

“EL VALOR PROBATORIO DEL MATERIAL RECAUDADO DURANTE LA
‘OPERACIÓN FÉNIX’. ESTUDIO DEL CASO WILSON BORJA”



FAHID NAME GÓMEZ

Presentado para optar el título de abogado

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

BOGOTÁ

2016

“EL VALOR PROBATORIO DEL MATERIAL RECAUDADO DURANTE LA
‘OPERACIÓN FÉNIX’. ESTUDIO DEL CASO WILSON BORJA”

Director: JOSÉ FERNANDO MESTRE ORDOÑEZ

Profesor del Departamento de Derecho Procesal

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

BOGOTÁ

FAHID NAME GÓMEZ

Presentado para optar el título de abogado

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

BOGOTÁ

2016

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por qué las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

RESUMEN

En medio de la coyuntura nacional cobra relevancia y pertinencia analizar la validez judicial probatoria de los medios electrónicos de Alias Raúl Reyes, quien fuera uno de los principales cabecillas de la organización guerrillera FARC.

El presente es un estudio de caso, con fundamento en dos autos de la H. Corte Suprema de Justicia, dentro de un proceso de indagación preliminar en contra del exrepresentante a la Cámara Wilson Borja, por presuntos nexos con esa guerrilla.

Toma como referente metodológico un estudio previo realizado por el semillero de investigación de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana.

Amid the national situation becomes relevant and analyze the legal validity of electronic media of Alias Raul Reyes, who was one of the main leaders of the guerrilla FARC.

This is a case study, based on two providences of the H. Supreme Court, in a preliminary inquiry process against Wilson Borja, former Congressman, for alleged links with the guerrillas.

It takes as its methodological reference a previous study by the research hotbed of Procedural Law at the Faculty of Law of Javeriana University.

Palabras clave (Key words): auto inhibitorio (inhibitory providence), medios electrónicos (electronic media), valor probatorio (probative value), debido proceso (due process).

INDICE

1 INTRODUCCIÓN.....	6
1.1 LOS HECHOS OBJETO DE ESTUDIO.....	10
1.2 La Operación Fénix.	11
1.3 Inicio de la investigación previa contra el exrepresentante Wilson Alfonso Borja Díaz.	12
1.3.1 La ley del proceso. Ley 600 de 2000 en los procesos de miembros del Congreso.	14
1.4 Auto inhibitorio para adelantar la investigación, la reposición y el auto que resuelve la reposición.	16
1.4.1 El auto inhibitorio:	16
1.4.2 La reposición del auto inhibitorio.	19
1.4.3 Auto que resuelve la reposición.	23
2 ARGUMENTOS DE LA SALA PENAL DE LA H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. EL VALOR JUDICIAL PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS DE ALIAS RAÚL REYES.	25
2.1 Los otros medios probatorios.....	26
2.2 La ilegalidad de la prueba. Los medios electrónicos de Raúl Reyes.	26
2.2.1 La ilegalidad de la prueba en abstracto.	26
2.2.2 La ilegalidad de la prueba en concreto. Razones de la ilegalidad.	31
3 VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS HALLADOS EN LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS DE A. RAÚL REYES.....	37
3.1 Requisitos de la providencia inhibitoria.	37
3.2 Cláusula de exclusión.....	38

3.2.1	Consecuencia de la aplicación de la cláusula de exclusión:	39
3.3	Ilicitud e ilegalidad de las pruebas:	39
3.4	Ilegalidad de los hechos. Ilegalidad de las pruebas:	40
3.5	Antecedentes:	41
4	ARGUMENTOS DE LA PONENCIA “DE DERECHO PROCESAL VIRTUAL A REALIDAD POLÍTICA. EL VALOR PROBATORIO DE LOS COMPUTADORES DE RAÚL REYES” SOBRE EL VALOR JUDICIAL PROBATORIO DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS RECAUDADOS COMO PRUEBA DENTRO DE UN PROCESO.	43
4.1	El debido Proceso, derechos y garantías relacionadas y la nulidad.	45
4.1.1	Derechos fundamentales a la intimidad, al buen nombre y el habeas data.	45
4.1.2	Pruebas derivadas.	46
4.1.3	Inviolabilidad del territorio de los Estados.	47
4.2	La prevalencia de la seguridad nacional y el interés general frente a los computadores de Reyes.	48
4.2.1	Estado social y democrático de Derecho. La prevalencia del interés general sobre el interés particular.	49
4.2.2	Autenticidad de los documentos electrónicos.	50
5	ARGUMENTOS COMUNES Y DIFERENTES ENTRE LAS PROVIDENCIAS Y LA PONENCIA.	52
5.1	La eficacia de los medios probatorios.	52
5.2	La legalidad de los actos y la legalidad de las pruebas.	54
5.3	Derechos y garantías fundamentales como elemento de la ilicitud de la prueba.	57
5.4	Autenticidad de la prueba.	59

5.5	Ilicitud de la prueba o ilegalidad de la prueba.....	61
6	CONCLUSIONES	64
6.1	Pertinencia y oportunidad de los análisis.	64
6.2	Influencia de los hechos en las decisiones judiciales.....	65
6.3	Auto inhibitorio, autos interlocutorios y sus efectos.....	66
6.4	Función de investigación y fuero Constitucional.	68
6.5	Análisis de origen diferente con conclusiones similares.....	70
6.6	La paz y la justicia.	71
7	BIBLIOGRAFÍA	73

1 INTRODUCCIÓN

Cualquier observador podría coincidir en que la realidad de Colombia durante toda su historia ha sido marcada por la guerra, determinada por posiciones políticas y jurídicas que de una u otra forma han prolongado y acrecentado sus condiciones.

Todas las decisiones judiciales, enmarcadas en teorías que se sustentan en profundas posturas ideológicas tienen repercusión sobre lo que sucede en el conflicto colombiano. No solo las decisiones políticas son relevantes para consolidar los procesos de paz, sino las decisiones judiciales cobran un valor especial en la forma en que se adelantan éstos.

Colombia aparentemente ha sido un Estado respetuoso de las decisiones judiciales, y de caracterizarse por el respeto de estas decisiones, aún cuando le son adversas. Lo anterior implica que ha imperado el Estado de derecho como principio fundamental de la justicia.¹ Sin embargo las posturas o posiciones políticas predominantes en determinados momentos definitivamente han definido el destino de estas decisiones judiciales.

En medio del conflicto colombiano ha habido hitos importantes que han sido determinantes para la guerrilla de las FARC y para el Estado, que tienen que ver con los principales cabecillas guerrilleros. Situaciones que han cambiado la forma en que se han desarrollado

¹ “Colombia en el curso de su historia, se ha ganado un merecido puesto en el concierto de las naciones como un país respetuoso del Derecho como supremo mecanismo para la solución de los distintos conflictos de intereses que se presentan en una sociedad, no solo a nivel individual, sino colectivo.” SANTOS CALDERON, Juan Manuel. Palabras del Presidente de la República. CIX Conversatorio de la Jurisdicción Constitucional. Diálogo constitucional para la paz. Corte Constitucional de Colombia, Presidencia, 2013. Pág. 31. Colección Textos de Jurisprudencia. Editorial Universidad del Rosario 2014. Primera edición: Bogotá D.C., abril 2014.

las relaciones entre los gobiernos de turno y el grupo armado. Esta situación ha influido marcadamente en las decisiones judiciales.

Dentro de ese conjunto de hitos de la historia del conflicto colombiano, hay uno que quizás ha sido el más relevante, no solo en el escenario propio de la confrontación, sino dentro del espectro jurídico, por todo lo que en él sucedió, y por cómo se dieron las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos.

Este es el caso de la Operación Fénix mediante la cual se llevó a cabo uno de los principales golpes militares en contra de las FARC. En los hechos se logró dar de baja al Comandante guerrillero Luis Edgar Devia Silva, (A) Raúl Reyes, en un campamento establecido en la zona de Angostura en la población de Santa Rosa de Yanamaru, en la provincia ecuatoriana de Sucumbíos.

Durante el operativo militar se logró recaudar varios medios electrónicos que se identificaron como de propiedad del guerrillero, con fundamento en los cuales, posteriormente se iniciarían varios procesos y servirían para identificar información que permitiera dar otros importantes golpes militares al grupo armado.

Por la relevancia de los hechos, en el ámbito del conflicto y las repercusiones jurídicas que tienen, es relevante realizar un análisis respecto de la validez judicial probatoria de los medios electrónicos de propiedad de (A) Raúl Reyes, recaudados durante el operativo en que se le dio de baja.

Lo anterior, por cuanto *“(e)n todas las ciencias reconstructivas, la prueba tiene una importancia fundamental, pues permite conocer el pasado, pero en el campo del derecho este aspecto es vital para saber quién tiene la razón”*²

Con fundamento en la información contenida los medios electrónicos de Raúl Reyes se ha despegado un sinnúmero de situaciones jurídicas que han tenido, tienen y tendrán relevancia hacia el futuro. Una de esas situaciones tiene que ver con el proceso No. 29.877 de la H. Corte Suprema de Justicia, mediante el cual se adelantó la investigación del exrepresentante a la Cámara Wilson Alfonso Borja Díaz por la presunta comisión de delitos relacionados con posibles vínculos con las FARC.

En ese proceso, la H. Corte Suprema de Justicia, mediante auto de mayo dieciocho (18) de dos mil once (2011) se declaró inhabilitada para continuar con la investigación del exrepresentante teniendo como fundamento algunos argumentos relacionados con la validez judicial probatoria de los elementos recaudados posteriormente al bombardeo al campamento de (A) Raúl Reyes.

Posteriormente, el primero (1) de agosto del mismo año la misma alta Corte expidió auto mediante el cual resolvió el recurso de reposición interpuesto por el señor Procurador General de la Nación en contra del auto inhibitorio de este mismo órgano, acudiendo a los mismos argumentos.

² PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. La prueba en los procedimientos: civil, penal (ordinario y militar), laboral, canónico, contencioso-administrativo y en el derecho comparado. Pág. 4. Décima primera edición, Editorial Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 2001

Al respecto, resulta importante anticipar, como será conclusión de esta investigación, que la providencias proferidas por la Sala acudieron a una serie de argumentos y llegaron a determinadas conclusiones que resultan cuestionables, abordando el problema jurídico de la validez jurídica probatoria del material recaudado como causal para declararse inhibida para decidir.

Por otro lado, teniendo en cuenta como referente previo a la expedición del auto inhibitorio, en el año 2009 se publicó la ponencia titulada *“De derecho procesal virtual a realidad política. El valor probatorio de los computadores de Raúl Reyes”*³ donde se aborda el problema de la validez judicial probatoria de los elementos mencionados anteriormente.

Esta ponencia fue el resultado de una investigación de la que participó el autor del presente estudio, razón por la cual se tiene en cuenta este como referente propio, no solo por el hecho de que aborda el mismo problema jurídico, sino por el valor que implica que sea un estudio previo.

El presente trabajo inició bajo la premisa de realizar un análisis comparativo sobre los argumentos de esa ponencia respecto de los del auto inhibitorio dentro del proceso en contra del exrepresentante Borja, sin embargo, durante su desarrollo fue formulado de manera diferente en el entendido de que, como resulta lógico, no todo lo contenido en la ponencia

³ ARIAS LALINDEZ, Adriana Lucía, CORREAL RODRÍGUEZ, Carolina (...) NAME GÓMEZ, Fahid. Y OTROS “De derecho procesal virtual a realidad política. El valor probatorio de los computadores de Raúl Reyes”, Revista Universitas Estudiantes. Pontificia Universidad Javeriana. Enero – Diciembre 2009.

fue abordado por la autoridad judicial en su decisión, y existen asuntos fundamentales de ésta última que no debían escapar al espectro de investigación de éste documento.

Resulta pertinente, en consecuencia, analizar los argumentos de estos documentos, para identificar si existe o no coincidencia sobre la forma en que se estudió la situación que se plantea.

A pesar de que la ponencia aborda de igual forma dos posturas antagónicas que fundamentan jurídicamente, una (i) la validez probatoria, y la otra (ii) la invalidez de estos medios electrónicos, lo cierto es que la H. Corte Suprema de Justicia aborda el asunto en el auto inhibitorio dentro del caso del exrepresentante Borja, a la luz de una de las dos posturas: la que indica que no puede otorgarse validez probatoria dentro de un proceso.

De alguna forma en el auto inhibitorio y el que resuelve el recurso de reposición interpuesto por el señor Procurador General de la Nación abordan ambas posturas, teniendo indefectiblemente que elegir una para resolver el problema jurídico respecto del exrepresentante a la Cámara Borja a su favor, declarando ilegales las pruebas recaudadas y aportadas dentro del proceso.

1.1 LOS HECHOS OBJETO DE ESTUDIO.

Como se ha anticipado en la introducción, existen algunas inquietudes respecto de los argumentos y las conclusiones a los que acude la H. Corte. Quizás la principal inquietud que

salta a la vista es la forma de abordar el problema jurídico de los presuntos vínculos del aforado con la guerrilla de las FARC realizando apenas menciones tangenciales al respecto de este hecho.

Es decir, como se aprecia en la integridad de las providencias, el asunto de los presuntos vínculos resulta ser accesorio o secundario, pues lo se evidencia es que el objetivo del fallador es la de desvirtuar la validez probatoria de dichos medios electrónicos.

Sin, embargo, dicho lo anterior, para efectos de aportar al contexto, resulta indispensable hacer una reseña histórica sobre los hechos que tienen relevancia para efectos de este estudio, con la finalidad de aclarar el contexto en que se desenvuelven, que sirven como fundamento para la toma de las decisiones dentro del proceso judicial.

Por lo anterior se hace un recuento de los eventos más relevantes en este acápite, intentando tomar de la fuente más fidedigna posible el contenido de ellos. Lo anterior, evitando abordar los detalles meramente anecdóticos y remitiéndose exclusivamente a lo relevante para efectos de este estudio.

1.2 La Operación Fénix.

El día 1 de marzo de 2008, se llevó a cabo la Operación Fénix, en la cual se dio de baja al Comandante guerrillero Luis Edgar Devia Silva, (A) Raúl Reyes, en un campamento

establecido en la zona de Angostura en la población de Santa Rosa de Yanamaru, en Sucumbíos, Ecuador.

Apartes de las declaraciones del Mayor CAMILO ERNESTO ÁLVAREZ OCHOA, Comandante de Operaciones Especiales COPEs” de la Policía Nacional, describen los hechos sucedidos posteriormente en los siguientes términos⁴:

“En el lugar se encontraron dos cajas que contenían tres computadores portátiles y los demás elementos que se relacionan (...).

“El grupo inicial que estaba conformado por EJÉRCITO, ARMADA y POLICÍA, fue trasladado hacia Colombia llevando algunos Elementos Materia de Prueba y dos cuerpos sin vida de dos terroristas, Alias “RAÚL REYES” y al parecer Alias “JULIAN CONRADO”.

“El grupo JUNGLA de la Policía, que quedó en el lugar de los hechos, realizó el respectivo procedimiento de filmación de los Elementos Materiales de Prueba y de los cadáveres que se encontraron en el campamento”.

“Las demás evidencias fueron dejadas en el lugar de los hechos para conocimiento y actuación de las autoridades Ecuatorianas”

1.3 Inicio de la investigación previa contra el exrepresentante Wilson Alfonso Borja Díaz.

⁴ Proceso Folios 1-3 cuaderno anexo No. 1 Expediente del proceso No. 29.877 de la H. Corte Suprema de Justicia.

Dentro del ordenamiento jurídico colombiano con la elección como Congresista se adquiere la condición de aforado, que implica una serie de derechos y obligaciones inherentes a su oficio.⁵

En ese orden de ideas, y de acuerdo con las normas que determinan el fuero, las actuaciones del exrepresentante Borja debían ser, como efectivamente fueron, investigadas por la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia.⁶

Como está consignado en el texto del auto de primero (1) de agosto de dos mil once (2011), por medio del cual se resolvió el recurso de reposición contra el auto inhibitorio precitado, la Unidad Nacional Contra el Terrorismo de la Fiscalía General de la Nación ordenó la expedición de copias y el traslado de las mismas a la H. Corte Suprema de Justicia, de algunos de los documentos electrónicos encontrados durante la Operación Fénix para que se investigara por presuntos vínculos del exrepresentante a la Cámara WILSON ALFONSO BORJA DÍAZ.

⁵ “El numeral 3º del artículo 235 consagra la atribución de la Corte Suprema de Justicia de investigar y juzgar a los miembros del Congreso, estableciendo de manera expresa un fuero para esos altos dignatarios del Estado, que lleva a que sean investigados y juzgados por el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria mediante un procedimiento de única instancia, generando a su favor dos ventajas: “la primera, la economía procesal; la segunda, el escapar a la posibilidad de los errores cometidos por los jueces o tribunales inferiores. A las cuales se suma la posibilidad de ejercer la acción de revisión, una vez ejecutoriada la sentencia. Además de señalar que el fuero de los altos dignatarios del Estado busca preservar la autonomía y la independencia de los funcionarios amparados por el mismo, esta corporación ha puntualizado, que los procesos especiales que contra ellos se adelanten pueden apartarse de los procedimientos ordinarios, con fundamento en la propia Carta Política, sin que ello implique discriminación alguna.” H. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-545/08, M.P. Dr. NILSON PINILLA PINILLA.

⁶ Al respecto del fuero Constitucional véase también Corte Constitucional, Sentencia T-965/09. M.P. Dra. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA. y Corte Suprema de Justicia: Rad: 29632 de 01/10/2009, Rad: 29942 de 18/04/2007, Rad: C-025 de 04/02/1994.

La razón por la cual se determina lo anterior es que en varios de ellos se menciona el nombre de BORJA DÍAZ lo cual permite identificar que éste presuntamente tendría dichos vínculos.

Consecuencia de lo anterior, una vez se acreditó por parte de la H. Cámara de Representantes la calidad de tal, la H. Corte decidió iniciar la investigación previa correspondiente el dieciocho (18) de junio de dos mil ocho (2008).

De acuerdo con lo regulado en la ley 600 de 2000⁷, el ente investigador, es decir la Corte Suprema de Justicia para este caso, procedió a iniciar la investigación previa de acuerdo con lo establecido en el artículo 322⁸.

1.3.1 La ley del proceso. Ley 600 de 2000 en los procesos de miembros del Congreso.

Un asunto que resulta fundamental en cualquier área del derecho, pero especialmente en materia penal es el establecimiento de las normas bajo las cuales se rigen los procedimientos.

Este principio y derecho fundamental ha sido claramente establecido en la Constitución Política en su artículo 29⁹ y se conoce como principio de legalidad.

⁷ LEY 600 DE 2000. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

⁸ Artículo 322. *“En caso de duda sobre la procedencia de la apertura de la instrucción, la investigación previa tendrá como finalidad determinar si ha tenido ocurrencia la conducta que por cualquier medio haya llegado a conocimiento de las autoridades, si está descrita en la ley penal como punible, si se ha actuado al amparo de una causal de ausencia de responsabilidad, si cumple el requisito de procesabilidad para iniciar la acción penal y para recaudar las pruebas indispensables para lograr la individualización o identificación de los autores o partícipes de la conducta punible”.*

Resulta fundamental la aclaración al respecto de la aplicación de la ley aplicable a la investigación objeto de estudio a partir de la aplicación del artículo 533 de la ley 906 de 2004, según la cual *“Los casos de que trata el numeral 3 del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000.”*

Esta remisión legal nos conduce a la consulta del artículo 235 constitucional, que a su vez señala que *“Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:(...) 3. Investigar y juzgar a los miembros del Congreso.”*

Sin embargo, es importante resaltar, que aún a pesar de lo anterior, de manera indistinta, la Sala utilizó argumentos con fundamento en ambos códigos, en un intento de hacer una integración normativa, que puede obedecer al principio de favorabilidad en materia penal consagrado en el artículo 29 Constitucional, que establece que en estos asuntos se aplicará para todos los efectos la norma más favorable o permisiva, aunque también es importante tener en cuenta que en la interpretación y aplicación que decide dar la Corte, el uso de ambos códigos sustancialmente tendrían las mismas consecuencias.

⁹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 29. *“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”

1.4 Auto inhibitorio para adelantar la investigación, la reposición y el auto que resuelve la reposición.

1.4.1 El auto inhibitorio:

Es importante empezar por señalar que esta providencia hizo especial énfasis en los hechos, no propiamente relacionados con los vínculos entre el exrepresentante a la Cámara, sino de la operación militar, marcando la tendencia de análisis sobre la legalidad de la misma, con la finalidad de desvirtuar la validez probatoria de los elementos recaudados como consecuencia de ella.

Dicho lo anterior, es importante señalar que el artículo 327 de la ley 600 de 2000 indica que quien investiga *“se abstendrá(n) de iniciar instrucción cuando aparezca que la conducta no ha existido, que es atípica, que la acción penal no puede iniciarse o proseguirse o que está demostrada una causal de ausencia de responsabilidad.(...)”*.

A su vez, el artículo 169¹⁰ de la precitada ley, al clasificar los tipos de providencias señala que las resoluciones serán solamente las expedidas por el Fiscal. Siendo en el caso de los aforados constitucionalmente, la facultad investigadora correspondiente a la Corte Suprema

¹⁰ LEY 600 de 2000, Artículo 169. *“Clasificación. Las providencias que se dicten en la actuación se denominarán resoluciones, autos y sentencias y se clasifican así:*

1. Sentencias, si deciden sobre el objeto del proceso, bien en primera o segunda instancia, en virtud de la casación o de la acción de revisión.
2. Autos interlocutorios, si resuelven algún incidente o aspecto sustancial.
3. Autos de sustanciación, si se limitan a disponer cualquier otro trámite de los que la ley establece para dar curso a la actuación o evitan el entorpecimiento de la misma.
4. Resoluciones, si las profiere el fiscal. Estas podrán ser interlocutorias o de sustanciación.”

de Justicia, como ya se ha señalado, la providencia no responderá al título de resolución sino al de auto.

El auto inhibitorio, de acuerdo con lo explicado, tendrá la condición de ser interlocutorio, lo que quiere decir que no decide sobre el objeto del proceso, sin embargo resuelve algún incidente o aspecto sustancial, en consecuencia puede ser impugnada mediante los recursos de reposición y de apelación, entre otros, por parte del Ministerio Público.¹¹

Bajo este entendido, la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, mediante auto de mayo dieciocho (18) de dos mil once (2011) se declaró inhibida para continuar con la investigación del exrepresentante teniendo como fundamento algunos argumentos relacionados con la validez judicial probatoria de los elementos recaudados posteriormente al bombardeo al campamento de Alias Raúl Reyes. Posteriormente se hará exposición sobre los argumentos de dicha providencia.

Siendo el objeto del proceso, la presunta responsabilidad penal derivada de una conducta punible por parte del exrepresentante, el sentido del auto es el de declararse inhibida para analizar este aspecto resolviendo el tema de la legalidad de las pruebas en las que se sustentaba la presunta responsabilidad penal.

¹¹ Al respecto de los autos inhibitorios: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de única instancia de 25 de noviembre de 1997, radicación 12112; en el mismo sentido Auto de única instancia de 16 de diciembre de 1997, radicación 12143.

1.4.1.1 Providencias inhibitorias.

La lectura desprevénida de los artículos 327 y siguientes de la ley 600 de 2000 permite identificar que esta norma, al definir las providencias cuyo objeto es el de declarar inhibida a la autoridad para iniciar la instrucción del proceso penal se refiere a ellas bajo el término de resoluciones inhibitorias.

Sin embargo, cuando se realiza el análisis del presente caso, la Corte Suprema de Justicia expide una providencia bajo la modalidad de auto.

La razón que justifica este hecho radica en que la misma ley en su artículo 169 señala los tipos de providencias, clasificándolas de acuerdo con la autoridad correspondiente que las expide. De acuerdo con esta norma, corresponde de manera privativa al Fiscal expedir resoluciones, las demás autoridades judiciales expiden autos o sentencias, de acuerdo con esta norma.

Recordando que la función investigativa corresponde a la Corte Suprema de Justicia, como se ha explicado previamente, por tratarse de un asunto relacionado con un aforado, el tipo de providencia a expedir corresponde a un auto y no una resolución.

Lo anterior también teniendo en cuenta que tampoco podría considerarse ésta como una sentencia por cuanto éstas *“si deciden sobre el objeto del proceso, bien en primera o segunda instancia, en virtud de la casación o de la acción de revisión”*.¹²

1.4.2 La reposición del auto inhibitorio.

De acuerdo con el escrito de impugnación impetrado por la Procuraduría General de la Nación¹³ se *“(…) sustentó el recurso de reposición contra el auto inhibitorio proferido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia a favor del doctor Wilson Alfonso Borja Díaz, exrepresentante a la Cámara.”*¹⁴

1.4.2.1 Principales argumentos de impugnación.

Como consecuencia de que el auto inhibitorio hizo especial énfasis en los hechos que rodearon y cómo se desarrolló la operación militar, la impugnación estuvo enfocada a señalar las razones por las cuales ésta no podría o debería ser considerada ilegal¹⁵.

¹² LEY 600 DE 2000, “Artículo 169. *Clasificación*. Las providencias que se dicten en la actuación se denominarán resoluciones, autos y sentencias y se clasifican así:

1. Sentencias, si deciden sobre el objeto del proceso, bien en primera o segunda instancia, en virtud de la casación o de la acción de revisión.

2. Autos interlocutorios, si resuelven algún incidente o aspecto sustancial.

3. Autos de sustanciación, si se limitan a disponer cualquier otro trámite de los que la ley establece para dar curso a la actuación o evitan el entorpecimiento de la misma.

4. Resoluciones, si las profiere el fiscal. Estas podrán ser interlocutorias o de sustanciación.”

¹³ BOLETÍN 547 de 26 mayo 2011 05:30 PM. (Con motivo de que el expediente del proceso es objeto de reserva sólo se pudo acceder al Comunicado de Prensa de la Procuraduría General de la Nación donde se exponen algunos de los principales argumentos que sustentan la impugnación.)

¹⁴ Op. Cit.

¹⁵ *“En opinión del memorialista, la referida operación militar fue válida ante el derecho internacional bajo el ius ad bellum, cobijada bajo el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, así como por la doctrina del extraterritorial law enforcement, toda vez que el actuar de Colombia se justificó ante la falta de acción de*

Sin embargo, presentó una serie de argumentos que son relevantes al respecto del material probatorio y su validez, que por la pertinencia en este estudio se abordan de la siguiente manera:

a) Extraterritorialidad de la Operación Fénix.

Señala el representante del Ministerio Público, que el asunto de la legalidad de las pruebas debe abordarse desde un punto de vista judicial y en consecuencia llegar a la conclusión de que tanto el ordenamiento jurídico interno como el internacional facultan a las autoridades nacionales de Colombia a asumir jurisdicción sobre personas, actos o cosas que tengan la potencialidad de lesionar los intereses del país.

Igualmente considera que el criterio de territorialidad de la ley cuenta con excepciones claras en las leyes vigentes y una de ellas es el Terrorismo, con fundamento en el artículo 93¹⁶ de la Constitución Política Nacional y los artículos 14 y 16 de la ley penal colombiana, lo cual autoriza el traspaso de fronteras para recolectar evidencia.

Ecuador de dar cumplimiento a las obligaciones que le asistían bajo la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad, y de atender las solicitudes hechas por nuestro país bajo los acuerdos bilaterales de cooperación vigentes entre ambos Estados, de neutralizar y capturar a los terroristas de las FARC que se refugiaban en su territorio y utilizaban su frontera y soberanía como escudo para perpetrar ataques terroristas contra Colombia.” H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal, Auto que resuelve un recurso de reposición de primero (1) de agosto de dos mil once (2011) Aprobado mediante acta No. 269.

¹⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 93. *“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.*

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”

b) Carácter militar de la Operación Fénix

Expone la reposición que el hecho de que la Operación Fénix tuviera un carácter militar en la lucha contra el terrorismo, y no policial en contra de criminales comunes, no era aplicable el Convenio de Cooperación Judicial suscrito con Ecuador, el cual solamente resulta aplicable a un estado de paz o normalidad.

En ese escenario de paz o normalidad sería aplicable dicho acuerdo dentro de un proceso de investigación judicial y no en uno en que, como aseguran quienes realizaron la operación, aún estando realizando el recaudo del material aún seguían las hostilidades por parte de la agrupación guerrillera, incluso desde el territorio de Colombia.

Este argumento resulta importante, porque aclara un punto trascendental, que tiene que ver con la aplicación del Convenio de Cooperación Internacional, el cual, como es evidente, es aplicable a procedimientos convencionales de carácter judicial, pero, como es claro, no era posible darle esa connotación a una operación netamente militar.

c) Funciones de policía Judicial, Primer Respondiente y Cadena de Custodia

El Procurador, de manera clara señaló que las autoridades que intervinieron en la Operación Fénix, en la realización del recaudo del material ejercieron una función legalmente establecida que corresponde a la figura del primer respondiente¹⁷.

¹⁷ “(...) su actuación se circunscribió dentro de las funciones supletorias de Policía Judicial asignadas a la Policía Nacional o como primer respondiente, bajo el régimen de excepción a la regla general, según la cual,

Esta función, definida con fundamento en el artículo 288¹⁸ de la ley 600 de 2000 que señala con claridad que toda autoridad tiene la obligación de aplicar la cadena de custodia del material probatorio. Actividad que aún más, las fuerzas militares están obligadas a cumplir de conformidad con el procedimiento reglado por el acuerdo de Cooperación Interinstitucional entre la Fiscalía y el Comando General de las Fuerzas Militares.

Este también es un importante punto, que tiene que ver con el hecho de que si bien, ese material probatorio fue recaudado en territorio extranjero, quienes lo recogieron, en virtud de ser funcionarios públicos tenían una doble obligación de respetar y darles el tratamiento que ordena la ley para garantizar la cadena de custodia y garantizar su validez probatoria.

d) Precedente Judicial

en todo momento los elementos materiales probatorios deben ser recolectados por Policía Judicial; y que conforme a los artículos 201 y 208 del Código de Procedimiento Penal, en ejercicio legítimo de esa actividad y frente a un inminente peligro de ataque de la guerrilla de las FARC, custodiaron el lugar de los hechos, inspeccionaron el sitio, recolectaron, embalaron, protegieron y transportaron las evidencias físicas más importantes, resaltando que los mismos constituyeron actos urgentes, de los que se describen de manera general en el artículo 205 de la Ley 906 de 2004.” H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal, Auto que resuelve un recurso de reposición de primero (1) de agosto de dos mil once (2011) Aprobado mediante acta No. 269.

¹⁸ LEY 600 DE 2000, “Artículo 288. Cadena de custodia. Se debe aplicar la cadena de custodia a los elementos físicos materia de prueba, para garantizar la autenticidad de los mismos, acreditando su identidad y estado original, las condiciones y las personas que intervienen en la recolección, envío, manejo, análisis y conservación de estos elementos, así mismo, los cambios hechos en ellos por cada custodio.

La cadena de custodia se inicia en el lugar donde se obtiene, encuentre o recaude el elemento físico de prueba y finaliza por orden de la autoridad competente.

Son responsables de la aplicación de la cadena de custodia todos los servidores públicos y los particulares que tengan relación con estos elementos, incluyendo al personal de servicios de salud, que dentro de sus funciones tengan contacto con elementos físicos que puedan ser de utilidad en la investigación.

El Fiscal General de la Nación reglamentará lo relacionado con el diseño, aplicación y control del sistema de cadena de custodia, conforme con los avances científicos y técnicos.”

Quizás el argumento más importante que toca la impugnación radica en el hecho de que en proceso penal previo, en contra de la Senadora Gloria Inés Ramírez con fundamento en los mismos elementos probatorios recaudados en la misma operación militar, proceso en el cual tampoco hubo lugar a identificar responsabilidad penal.

Sin embargo, lo importante del precedente radica en que en esa ocasión no se hizo análisis alguno sobre el asunto de la producción, práctica o aducción de la prueba, razón por la cual no encuentra válido hacerlo para este caso en particular, desatendiendo el precedente judicial ya establecido por la misma sala.

Esto tiene especial relevancia por cuanto pone en evidencia una vez más el interés de zanjar el asunto de la legalidad y en consecuencia de la validez de las pruebas, con la finalidad de excluir ese material de cualquier proceso posterior, como se ha reiterado con insistencia.

Pero quizás más importante, evidencia el interés de cuestionar y declarar la ilegalidad de los hechos en los que se halló dicho material.

1.4.3 Auto que resuelve la reposición.

El primero (1) de agosto de dos mil once (2011) la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia expidió el auto mediante el cual resolvió el recurso de reposición presentado por el Procurador General. En él reitera los argumentos que dieron origen a la decisión de declararse inhibida, sin embargo hace énfasis en aquellos que le llevaron a este órgano a considerar ilegal las pruebas aportadas dentro del proceso.

Los argumentos expuestos por la Sala resolviendo la reposición se abordan en el siguiente capítulo.

2 ARGUMENTOS DE LA SALA PENAL DE LA H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA¹⁹. EL VALOR JUDICIAL PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS DE ALIAS RAÚL REYES.

Como aclaración previa, valga empezar por señalar que para efectos metodológicos, si bien se trata de dos autos independientes, al encontrarse contenidos todos los argumentos del auto inhibitorio en el que resuelve la reposición, para todos los efectos se acudirá a los argumentos de la segunda providencia.

Resulta necesario empezar por decir, respecto del objeto de estudio que convoca, que dentro de este proceso la H. Corte Suprema Justicia resuelve que los medios probatorios aportados que fueran recaudados durante la Operación Fénix tienen una connotación doble:

- i) Por un lado señala el alto tribunal que en dichos medios no hay información que permita identificar la existencia de vínculos del excongresista con el grupo guerrillero.
- ii) Sin embargo, el principal y más importante argumento, que conlleva realmente a la conclusión de la necesidad de declararse inhibida para continuar la investigación previa es la ilegalidad de las pruebas recaudadas.

¹⁹ H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal, Auto inhibitorio de dieciocho (18) de mayo de dos mil once (2011), Aprobado mediante acta No. 171., Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto que resuelve un recurso de reposición de primero (1) de agosto de dos mil once (2011) Aprobado mediante acta No. 269.

2.1 Los otros medios probatorios.

Los autos de la H. Corte Suprema empiezan por hacer una consideración previa relacionada con los demás medios probatorios que se tuvieron en cuenta para efectos de determinar los posibles vínculos del exrepresentante a la Cámara con la guerrilla de las FARC, desestimando cada uno de ellos como idóneos para llegar a dicha conclusión, como se ha señalado anteriormente.

2.2 La ilegalidad de la prueba. Los medios electrónicos de Raúl Reyes.

2.2.1 La ilegalidad de la prueba en abstracto.

Resulta importante partir de la claridad, decantada con suficiencia por la jurisprudencia y la doctrina al respecto de la distinción de sobre los conceptos de ilicitud e ilegalidad de la prueba, para efectos de concluir que indefectiblemente las razones para excluir del análisis probatorio el material recaudado en el caso en concreto son las de la ilegalidad y no las de la ilicitud, aunque en su tratamiento, en los autos referidos, no se presenten éstos con diáfana claridad.

- I. Ilicitud de la prueba: Baste decir, al respecto del concepto de la ilicitud que éste fenómeno jurídico opera cuando en la obtención de la prueba se *“ha vulnerado los derechos fundamentales y las garantías constitucionales”*²⁰, resultando de ello que

²⁰ H. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-591 de 2005

“los elementos de prueba recaudados se reputan inexistentes y no podrán ser luego admitidos como prueba, ni mucho menos valorados como tal.”²¹.

La H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que este fenómeno corresponde con la prueba“(…) que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a la forma de obtención, es decir, aquella que ha sido obtenida de forma fraudulenta a través de una conducta ilícita”²².

- II. Ilegalidad de la prueba: Jurisprudencial y doctrinariamente se ha identificado que “La prueba ilegal se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, caso en el cual debe ser excluida, como lo indica el artículo 29 Superior”²³.

En este escenario, como lo reconoce la H. Corte Constitucional, no hay lugar a examen por parte del juez sobre la aplicabilidad de la regla de la exclusión, sino que cuando se está bajo el supuesto de la indudable ilegalidad, la prueba debe ser excluida del análisis probatorio.

En este orden de ideas, el verdadero argumento sustancial con fundamento en el cual la Corte consideró que debía declararse inhibida para pronunciarse de fondo al respecto de la posible relación del exrepresentante a la Cámara con la guerrilla de las FARC es el de la ilegalidad de la prueba.

²¹ Op. Cit.

²² H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Auto de 2 de marzo de 2005, dentro del proceso 18.103

²³ Op. Cit.

Lo anterior resulta altamente cuestionable si se tienen en cuenta las causales que establece la ley para las providencias inhibitorias, pues no se identifica que la ilegalidad del material probatorio sea una de éstas.

A pesar de que no se señala de manera enfática, la prescripción legal que se aplica en las providencias, es la contenida especialmente en el artículo 29 de la Constitución al señalar que “[e]s nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”²⁴.

Aunque realmente en el texto de las providencias no hay una hilvanada argumentación al respecto de la nulidad²⁵ de la prueba como consecuencia de la ilegalidad de ésta²⁶, sí se hace una especial mención constante a la aplicación de la cláusula de la exclusión contenida en el artículo 23 de la ley 906 de 2004, justificando en ésta norma la posición respecto de la cual, al considerar ilegales las pruebas, éstas no deben ser tenidas en cuenta dentro del proceso.

Al respecto de lo anterior, resulta relevante hacer alusión al hecho de que, si bien la Ley 600 de 2000, no tiene una prescripción relativa a la cláusula de exclusión, la Sala hace uso indistinto de ambas normas procesales, en un intento válido de integrar la normativa

²⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, Inciso final del Artículo 29.

²⁵ Respecto de la nulidad consultar: VELÁSQUEZ TURBAY, Camilo E. Derecho Constitucional. Pág. 369. Segunda Edición, Universidad Externado, Bogotá, 2001.

²⁶ “El principio de la legalidad de la prueba es consustancial con las garantías judiciales, entendidas como el conjunto de procedimientos dispuestos por la ley con el propósito de asegurar la vigencia de los derechos fundamentales, en la resolución de conflictos o controversias puestas a consideración del poder jurisdiccional del Estado” H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto inhibitorio, Proceso 29.877 de dieciocho (18) de mayo de dos mil once (2011) numeral 35.

procesal penal, aún a pesar de tener claridad de que la norma que regula el procedimiento en concreto es la ley 600, como se ha señalado en acápite previo.

En ese sentido sustenta que solo a través de los medios de prueba se puede justificar una *“imputación punible, con potencialidad para determinar la restricción de la libertad”*²⁷, o lo que es lo mismo, que solo con fundamento en un medio de prueba obtenido con observancia del principio de legalidad se puede llegar a la conclusión sancionatoria. *“De donde se sigue que el medio o instrumento de prueba sólo es válido si es practicado de modo lícito, con respeto irrestricto a los Derechos Fundamentales, libertades y garantías del justiciable, y con apego a las reglas establecidas en las normas que regulan su recaudo.”*²⁸

Válido resulta concluir este análisis reseñando lo que señala la Doctora Giacomette Ferrer²⁹ al respecto del asunto de las providencias dentro del proceso adelantado contra el exrepresentante Borja en el sentido de decir que incurre la H. Corte Suprema en un yerro mayor al confundir los conceptos ya decantados sobre la prueba ilegal y la prueba ilícita.

Al respecto, refiere que *“(e)n efecto, la Corte afirma que las pruebas recaudadas en la ‘Operación Fénix’ son ilegales porque se realizaron sin observancia de los requisitos para la práctica de pruebas en el exterior (...) Esa afirmación pareciera indicar que las pruebas no son válidas porque se omitieron los procedimientos legales (...)”*.

²⁷ Op. Cit.

²⁸ Op. Cit.

²⁹ Doctora en Jurisprudencia, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Magister en Derecho Procesal Constitucional. Universidad de los Andes. Presidenta del Centro Colombiano de Derechos Procesal Constitucional.

“No obstante, la Corte Suprema dice que las pruebas son ilegales porque desconocieron los mínimos esenciales garantizados en la Constitución. Así la supuesta ilegalidad de las pruebas se funda en la violación de derechos fundamentales consagrados en la Carta Magna, con lo cual se está en el terreno de la prueba ilícita y no de la ilegal.”³⁰

Y en ese orden de ideas, también es válido apreciar que si la H. Corte Suprema había manifestado de manera clara que daría aplicación de la regla de la exclusión, lo correspondiente habría sido abstenerse de realizar análisis alguno sobre el contenido del material probatorio, por cuanto, si resultaba palmaria su ilegalidad, no había lugar siquiera a realizar análisis de éste, sino desecharlo y desestimar su contenido dentro del análisis probatorio.

Sin embargo, entrando en una contradicción evidente, en varios apartes contenidos entre las páginas 107 y 125 del auto que resolvió la reposición interpuesta por el señor Procurador realiza sendos análisis sobre contenido de algunos otros documentos electrónicos donde se menciona al exrepresentante concluyendo nuevamente que nada indica que hubiera relación entre el grupo guerrillero y el exparlamentario.

³⁰ GIACOMETTE FERRER, ANA, Pruebas ilícitas e ilegales a raíz de la “Operación Fénix”: ¿Deslegitimación de la regla constitucional de exclusión?, en Reflexiones en torno al Derecho Procesal Constitucional, Universidad El Bosque, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Primera Edición, marzo de 2012, Colombia. P 135 - 136

Una vez hechas las salvedades anteriores, es pertinente continuar con el análisis con fundamento en lo contenido en las providencias.

2.2.2 La ilegalidad de la prueba en concreto. Razones de la ilegalidad.

El auto que resuelve la impugnación del Ministerio Público reconoce diez puntos fundamentales a tratar, con fundamento en los cuales considera ilegales las pruebas y en consecuencia desvirtúa las razones de impugnación.

Por considerarlas relevantes dentro del presente acápite se tratarán solo las principales en que se condensan las demás, y se expondrán como razones de la ilegalidad.

- i) El Estado de derecho y el debido proceso como garantía intangible;

Colombia es un Estado Social de Derecho, en consecuencia, todos, desde las autoridades hasta los ciudadanos están sometidos al imperio de la ley.

En el marco de ese imperio transversal de la ley, hay derechos y garantías que no pueden ser desconocidas ni aún siquiera suspendidas como el del debido proceso pues es indispensable para la defensa de los demás derechos fundamentales.

Esa característica indispensable del debido proceso como una especie de ‘*supra-derecho*’ sobre los demás porque los cobija se identifica de acuerdo con la jurisprudencia como garantía intangible³¹.

Ese concepto de Estado de derecho tiene especial relevancia en los Tratados de Cooperación judicial, en tanto éstos establecen los límites a que se debe ajustar cada Estado para el ejercicio de la cooperación judicial. Es decir, el reconocimiento de la soberanía de los Estados a través de la suscripción de los tratados implica el acatamiento de las normas internas y las del otro país en lo que tiene que ver con los procedimientos judiciales.

- ii) El Convenio de Cooperación y Asistencia Mutua en Materia Penal entre las Repúblicas de Colombia y Ecuador, y la persecución del terrorismo;

Partiendo de la premisa y principio del derecho internacional de que los “*pactos son para cumplirlos*”³², se argumenta que es evidente la aplicabilidad del Convenio de Cooperación Judicial suscrito entre Colombia y Ecuador, el cual fue además aprobado por el Congreso de la República a través de la ley 519 de 1999, y que se encontraba vigente en el momento de los hechos y aun hoy está vigente.

³¹ Véase al respecto de las garantías intangibles: Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987 y; Corte Constitucional de Colombia - Sentencia C-004/1992; C587/1992; C-179/1994; C-351/1998; C802/2002; C-1007/2002; C-1024/2002; C-210/2007; C135/2009; C-146/2009; C-252/2010

³² CONVENCION DE VIENA sobre el Derecho de los Tratados, adoptada en Colombia mediante Ley 32 de 1985, Artículo 26.

En consecuencia, este Acuerdo es vinculante a los servidores, y requería especial atención en la forma de realizar tanto el operativo como el recaudo del material probatorio. En el sentido de la obligatoriedad que reconoce el Estado colombiano a los Tratados y Acuerdos internacionales, suscribió la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados el cual en su artículo 26 identifica ese principio fundamental conforme al cual todo tratado debe ser cumplido por las partes que lo suscriben, de buena fe.

iii) El Estado de derecho y las funciones de Policía Judicial en la Operación Fénix;
La función de policía judicial es una figura que está exclusivamente identificada dentro del derecho interno nacional con la adecuada y armónica integración y cooperación de los poderes públicos³³ que se puede ejercer con previa autorización de la autoridad judicial correspondiente, o en su defecto con autorización del Estado donde se pretende hacer uso de ella, si en éste, la ley nacional lo permite igualmente.

La ley procesal penal permite que se ejerzan esas funciones de policía judicial de manera residual por otras autoridades, de conformidad con la ley procesal penal y el Convenio de Cooperación Interinstitucional entre la Fiscalía y las Fuerzas Militares.

iv) El principio de legalidad de las pruebas judiciales y la cláusula de exclusión;

³³ “CONVENIO DE COOPERACIÓN INTERINSTITUCIONAL” No. 025 de 26 de Mayo de 2006, suscrito entre la Fiscalía General de la Nación y el Comando General de las Fuerzas Militares colombianas

Existe en el ordenamiento jurídico, y más específicamente en la jurisprudencia constitucional y de la propia Corte Suprema una diferenciación entre la prueba ilícita y la prueba ilegal que permite la aplicación de la cláusula de exclusión de las pruebas.

En apretada síntesis, la prueba ilícita es aquella que “se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima; y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida.”³⁴

Por su parte, la prueba considerada ilegal es aquella en que en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales. En este caso, es el juez quien determina si el requisito legal que no se ha respetado tiene la entidad suficiente para violentar el debido proceso, de acuerdo con su capacidad de discernimiento. Lo anterior por cuanto no todo vicio en su trámite logra una trasgresión sustancial de los derechos fundamentales relacionados con el debido proceso³⁵.

En consecuencia, cuando el juez se encuentra en frente de una situación en que se presenta la eventualidad de la exclusión de la prueba, debe aplicar la diferenciación precitada, para identificar el adecuado proceder.

³⁴ SENTENCIA de casación del 7 de septiembre de 2006, radicación No.21.529.

³⁵ Ver, entre otras: SENTENCIA de casación del 2 de marzo de 2005, radicado No. 18.103.

En el caso en concreto determina la Sala que la ilegalidad de la prueba es evidente por tanto se trasgredieron principios y derechos fundamentales que no permiten que sean tenidas en cuenta dentro del proceso, aquellas que fueron recaudadas en el operativo de la Operación Fénix.

v) Ilegalidad de las pruebas recogidas durante la Operación Fénix;

Tratándose del asunto de la ley procesal penal vigente dentro del ordenamiento constitucional y legal no es admisible que no se aplique el principio de legalidad de las pruebas establecido, especialmente en los artículos sextos (6) de las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, aún en situaciones excepcionalísimas como aquellas en las que se desarrolló la Operación Fénix.

Igualmente, aquellas garantías y derechos constitucionales relacionados con el debido proceso. Menos aún que en esas situaciones, por particulares que sean, permitan pretermitir u omitir la aplicación de la Constitución y las leyes, acuerdos y convenios internacionales.

De cualquier forma, si se encontrara que por fuente diferente, de origen legal se lograra acceder a otros medios probatorios que acrediten los mismos hechos, éstos serán susceptibles de ser usados en un proceso judicial.

En suma, lo que llevó al convencimiento de la Corte sobre la ilegalidad del material probatorio obtenido y aportado se puede resumir en que³⁶ los hechos en los que se logró la obtención de éste estuvieron viciados en su procedimiento, fundamentalmente por haberse llevado a cabo en un país extranjero sin su autorización y sin haber aplicado los protocolos internacionales que demandaban su cooperación.

Lo anterior conduce a la conclusión de que el interés de la Sala fue el de abordar el problema jurídico de la legalidad de la operación militar, y no propiamente el debate sobre las pruebas dentro del proceso.

Esto se hace evidente, como se expuso anteriormente, en uno de los apartes de la impugnación por parte del Ministerio Público cuando menciona con claridad, que un caso similar, que había sentado precedente en la misma Sala, en que una Senadora era investigada con fundamento en los mismos hechos y las mismas pruebas, y en dicho caso, las providencias no fueron sustentadas haciendo análisis alguno sobre la legalidad de las pruebas.

³⁶ (...) si las autoridades nacionales desprovistas de facultades de policía judicial, desatendiendo la anterior preceptiva, desde la Constitución hasta los Convenios de Cooperación Judicial y Asistencia suscritos y ratificados por Colombia, pasando por las Leyes de Procedimiento Penal vigentes (Ley 600 de 2000 y 906 de 2004) practican inspecciones y recogen elementos de conocimiento, que luego incorporan al país y propugnan su judicialización, dado el carácter de esencialidad que reviste la falta, esas pruebas son ilegales y conforme lo manda el artículo 29 de la Carta Fundamental les aplica la cláusula de exclusión tornándose “nulas de pleno derecho”. H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto de 18 de mayo de 2011. Proceso No. 29.877.

3 VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS HALLADOS EN LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS DE A. RAÚL REYES.

Antes de entrar en materia al respecto del asunto fundamental objeto de este estudio, que corresponde a la validez probatoria de los documentos hallados en los medios electrónicos de A. Raúl Reyes es pertinente hacer referencia a los principales asuntos que se abordarán en este acápite.

Para dar respuesta al asunto, es necesario abordar i) Requisitos de la resolución inhibitoria; ii) Cláusula de exclusión ley 906 de 2004; iii) Confusión en los conceptos de Ilícitud e ilegalidad de las pruebas; iv) Ilegalidad de los hechos, ilegalidad de las pruebas; v) Antecedente jurisprudencial.

3.1 Requisitos de la providencia inhibitoria.

Como se ha señalado, el artículo 327 de la ley 600 de 2000 establece que para efectos de proveer resolución o auto inhibitorio, la autoridad competente *“se abstendrá[n] de iniciar instrucción cuando aparezca que la conducta no ha existido, que es atípica, que la acción penal no puede iniciarse o proseguirse o que está demostrada una causal de ausencia de responsabilidad.”*

En este orden de ideas, las razones por las cuales, establece la norma, puede expedirse por parte de la autoridad judicial una providencia inhibitoria tiene cuatro supuestos claramente definidos, los cuales se enuncian en el artículo.

Sin entrar en el detalle de ellos, resulta bastante evidente que la ilegalidad de las pruebas, ni la ilicitud, si acaso fuera el caso, de las mismas, configura el supuesto fáctico que demanda la norma para hacer procedente la expedición de la providencia en ese sentido.

Por esa razón, resulta altamente cuestionable la decisión de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que, no se identifica que toda la línea argumentativa en torno de la ilegalidad de la operación militar, ni de las pruebas, como derivación de lo primero, sea causal válida para haber proveído en tal sentido.

3.2 Cláusula de exclusión.

El artículo 21 de la ley 906 de 2004³⁷ establece la cláusula de exclusión de las pruebas obtenidas con violación de las garantías fundamentales. Este fue uno de los argumentos que reiteradamente utilizó la Corte para declararse inhibida para adelantar la investigación contra el exrepresentante.

Como se analizó previamente, el tema de la aplicación de la cláusula de exclusión, figura propia de la ley 906, ley que en principio no es aplicable al caso en concreto, obedece a una intención sistematizadora de la interpretación de la ley procesal penal, seguramente aplicando el principio de favorabilidad en materia penal.

³⁷ LEY 906 DE 2004, Artículo 23. *“Cláusula de exclusión. Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.”*

A pesar de que pueda considerarse cuestionable esta posición, resulta válido en tanto la aparición de la norma del artículo 23 del nuevo código es la consecuencia de las normas que le preceden en el cambio a un sistema adversarial, que realmente no modifica sustancialmente la situación, si se tiene en cuenta que en aplicación del último inciso del artículo 29 constitucional se hubiera podido llegar a la misma conclusión, por errada que esta pueda considerarse.

3.2.1 Consecuencia de la aplicación de la cláusula de exclusión:

Aún con lo anterior, es importante tener en cuenta que como consecuencia de la aplicación de la cláusula de exclusión, la lógica indicaría que lo correspondiente habría sido abstenerse de realizar análisis alguno sobre el contenido del material probatorio, por cuanto, si resultaba palmaria su ilegalidad, y habiéndose previsto la exclusión del material, no había lugar siquiera a realizar análisis de éste, sino desecharlo y desestimar su contenido dentro del análisis probatorio.

3.3 Ilicitud e ilegalidad de las pruebas:

La evidente confusión que presenta la Corte en sus providencias al respecto de los conceptos de ilicitud e ilegalidad, tratados por la doctrinante Giacomette Ferrer no solamente son desarrolladas en este proceso, sino que también se pueden evidenciar en recientes Sentencias incluso en sede de Casación.

En un caso justamente que trata de una situación que vincula a una excongresista con un grupo ilegal al margen de la ley³⁸, se reitera la confusión sobre los asuntos de la ilegalidad y la ilicitud de la prueba y sus consecuencias jurídicas.

Tratándose de un proceso en el cual se realizaron unas interceptaciones telefónicas de forma ilegal violando derechos fundamentales de la procesada, la Corte Suprema de Justicia le da el tratamiento de forma indistinta a los conceptos, confundiéndolos.

En algunos apartes de la sentencia en particular, se le da tratamiento a las pruebas como ilícitas y en otras como ilegales, y finalmente termina excluyendo unas y aceptando otras grabaciones.

En contraste, entre muchas otras, la sentencia de dieciséis (16) de diciembre de dos mil quince (2015), dentro del proceso de Radicación número 46139 de la misma Sala hace una clara diferenciación sobre los dos conceptos, aclarando especialmente las diferencias en sus efectos.

3.4 Ilegalidad de los hechos. Ilegalidad de las pruebas:

Las providencias de la Sala hicieron especial énfasis en los hechos que tuvieron que ver con la realización de la operación militar, dejando a un lado el principal problema jurídico el cual radicaba en los presuntos vínculos del exrepresentante con la guerrilla de las FARC.

³⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de dieciocho (18) de enero de dos mil dieciséis (2016), Radicación N° 34099 contra Piedad Zucardi.

Hizo un extenso recorrido sobre las situaciones de modo, tiempo y lugar en que se desarrollaron éstos, con la firme convicción de llegar a la conclusión de que ellos fueron ilegales, y que consecuencia de esa ilegalidad, las pruebas en ella recaudadas lo eran igualmente. Esta posición resulta inquietante si se tiene en cuenta que el objeto de controversia no estaba afincado en los hechos de la operación, sino en la posibilidad de que el aforado pudiera tener vínculos con dicha guerrilla.

3.5 Antecedentes:

El interesante análisis de providencias previas emanadas del mismo fallador, que permite determinar la existencia de un antecedente jurisprudencial sobre dos aspectos trascendentales resulta importante para aclarar y ratificar los intereses de la Corte en este asunto.

Al margen de la discusión, de por sí válida sobre si los autos tienen la virtualidad de sentar precedente jurisprudencial, sí resulta al menos importante tener en cuenta los antecedentes de las providencias emanadas por los mismos órganos en similares o idénticas condiciones, para al menos, en torno al principio de coherencia, reflexionar sobre la forma y las intenciones que llevan al órgano judicial a decidir.

En este caso, sobre los mismos hechos, en un proceso judicial previo, como lo señaló en su documento impugnatorio el Procurador General de la Nación, ya se había presentado un caso con condiciones casi idénticas, en las cuales se indagaba sobre los presuntos nexos o

vínculos de la hoy exsenadora Gloria Inés Ramírez³⁹ en los que de igual forma, de conformidad con lo aportado al proceso no había ninguna prueba, siquiera indiciaria que indicara que los tuviera (recordando que es la misma situación del exrepresentante Borja).

Sin embargo, en el estudio de este caso, la Sala no hizo mención alguna a los hechos de la Operación Fénix ni a la legalidad de la misma o de los medios de prueba recaudados.

En el auto que resolvió la reposición del Procurador se hizo un análisis al respecto, señalando que el silencio sobre estos asuntos no representaba un precedente judicial, con lo que puede estarse de acuerdo. Sin embargo, lo que sí puede afirmarse es que ese antecedente reitera el manifiesto interés de la Sala de excluir el material probatorio zanjando la discusión coyuntural sobre la legalidad de la operación militar, de lo contrario, no se explica la razón por la cual, en la ocasión previa no se realizó dicho análisis.

³⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Auto de 15 de julio de 2009

4 ARGUMENTOS DE LA PONENCIA “DE DERECHO PROCESAL VIRTUAL A REALIDAD POLÍTICA. EL VALOR PROBATORIO DE LOS COMPUTADORES DE RAÚL REYES” SOBRE EL VALOR JUDICIAL PROBATORIO DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS RECAUDADOS COMO PRUEBA DENTRO DE UN PROCESO.

La ponencia publicada en el año dos mil nueve (2009) por la revista Universitas Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana⁴⁰ trata el asunto del valor probatorio de los medios electrónicos de (A) Raúl Reyes casi dos años antes de que la H. Corte Suprema de Justicia abordara el asunto dentro de una providencia, la cual zanjaría toda discusión en torno del problema.

Esta ponencia fue el resultado de una investigación de la que participó el autor del presente estudio, razón por la cual se tiene en cuenta este como referente propio, no solo por el hecho de que aborda el mismo problema jurídico, sino por el valor que implica que sea un estudio previo que identificó de manera anticipada lo que posteriormente se consolidaría como la postura predominante en la instancia judicial para resolver la situación.

Sin embargo resulta especialmente interesante el estudio de los argumentos de esta ponencia a la luz de las providencias para analizar cuáles fueron y cuáles no los que se emplearon en el estudio por parte de la corporación judicial.

⁴⁰ARIAS LALINDEZ, Adriana Lucía, CORREAL RODRÍGUEZ, Carolina (...) NAME GÓMEZ, Fahid. Y OTROS, Universitas Estudiantes, Bogotá (Colombia) N° 6: 125-140, enero-diciembre de 2009

La ponencia aborda las dos posibles posiciones frente a la validez jurídica probatoria del material recaudado de propiedad del guerrillero, es decir, aquella frente a la cual debe reconocerse la validez probatoria y la opuesta a ésta.

El hecho de que no hubiera aún pronunciamiento judicial al respecto de ningún caso específico hizo que la ponencia se circunscribiera al terreno de lo académico, indagando de manera exhaustiva en argumentos a favor y en contra de la posibilidad de que el material recaudado en la operación militar fuera posiblemente utilizado válidamente dentro de un proceso judicial como prueba.

Como para el momento no existía un marco conceptual diferente al establecido por los hechos y la jurisprudencia y la doctrina, la ponencia hizo un análisis preliminar sobre conceptos básicos como la validez probatoria de los medios magnéticos dentro del ordenamiento jurídico nacional, la nulidad de la prueba, la cláusula de exclusión, el debido proceso, las garantías constitucionales, entre otros, como los derechos de la información o 'habeas data' y el derecho a la intimidad, respecto de la información que posiblemente contendrían los medios magnéticos y documentos electrónicos recaudados.

Finalmente se concibió y sostuvo dentro de la ponencia, que si bien había argumentos muy sólidos para identificar como nulas por ser ilegales las pruebas recaudadas, también, a la luz de la Constitución nacional, y algunas otras normas de orden legal, habría igualmente suficientes argumentos para identificar como válidas las pruebas recaudadas.

4.1 El debido Proceso, derechos y garantías relacionadas y la nulidad.

El debido proceso es el principal y originario argumento con fundamento en el cual se sostiene que el material probatorio que se recaudó en el operativo que dio de baja a (A) Raúl Reyes carece de validez jurídica probatoria.

Sin embargo, se hace un análisis que trasciende el aspecto meramente procesal del artículo 29 constitucional, señalando otros argumentos relacionados de fundamental importancia.

4.1.1 Derechos fundamentales a la intimidad, al buen nombre y el habeas data.

Por tratarse de temas que aún en la primera década del nuevo siglo se tornaban confusos y realmente poco comunes, la jurisprudencia había apenas esbozado algunos lineamientos sobre los derechos y garantías relacionados con la información contenida en medios electrónicos, sin embargo ya había pronunciamientos jurisprudenciales de orden constitucional⁴¹ en el sentido de que hay casos en los que incluso mediando orden judicial, existe cierta información que no podía ser utilizada como medio probatorio dentro de un proceso.

Identifica la ponencia, con fundamento en la jurisprudencia que la “[i]nformación reservada (que) no puede ser ni siquiera obtenida a pesar de que medie autoridad judicial y que por su

⁴¹ H. CORTE CONSTITUCIONAL en sentencias C-336 de 2007, C-822 de 2005, T-552 de 1997, T-414 de 1992

rango se encuentra en la órbita exclusiva del titular estando estrechamente relacionada con el derecho de intimidad, dignidad y libertad.”⁴²

Como para el momento de los hechos no había claridad del contenido de la información de los medios electrónicos, al menos la jurisprudencia sí había sentado algunos pilares al respecto de que al menos la información que tuviera estricto vínculo con los derechos a la intimidad, la dignidad y la libertad, no podrían hacerse valer como medio de prueba dentro de un proceso.

4.1.2 Pruebas derivadas⁴³.

La Corte Constitucional, desde 2002 había ya establecido una unificación jurisprudencial en el sentido de señalar que todo elemento que potencialmente pretendiera aportarse judicialmente como medio probatorio y fuera obtenido de manera ilegal, sería considerado ilegal y devendría nulo de pleno derecho.

Señala la jurisprudencia reseñada que, en aplicación de las reglas de exclusión de conformidad con las teorías de la doctrina y jurisprudencia comparada cuando el acto de recaudo de la prueba es ilegal de ello se deriva que la prueba recaudada lo será igual.

⁴² ARIAS LALINDEZ, Adriana Lucía, CORREAL RODRÍGUEZ, Carolina (..) NAME GÓMEZ, Fahid. Y OTROS, Universitas Estudiantes, Bogotá (Colombia) N° 6: 125-140, enero-diciembre de 2009, página 132

⁴³ Al respecto de las pruebas derivadas, especialmente consultar: H. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU 159 de 2002. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

Lo anterior partiendo de la base de que los actos mediante los cuales se recaudaron los elementos fueron igualmente ilegales.

4.1.3 Inviolabilidad del territorio de los Estados.

Finalmente la ponencia en el acápite que defiende la idea de la ilegalidad de la prueba, trata el asunto de la ilegalidad de los actos a través de los cuales se obtuvieron y recaudaron los ordenadores.

Al respecto, se afirma que el ordenamiento jurídico internacional debidamente ratificado por el Estado colombiano establece una serie de prohibiciones y límites al ejercicio de la ocupación militar, especialmente contenida en la Carta de Naciones Unidas y la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

A partir, especialmente de estos instrumentos jurídicos internacionales⁴⁴ se argumenta que la intrusión por parte de las fuerzas militares colombianas en el territorio ecuatoriano, mediante la cual se obtuvo los elementos de ordenación electrónica implica una transgresión de la normatividad internacional lo que hace ilegal este acto.

⁴⁴ CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Artículo 21 “El territorio de un Estado es inviolable; no puede ser objeto de ocupación militar ni de otras medidas de fuerza tomadas por otro Estado, directa o indirectamente, cualquiera que fuere el motivo, aun de manera temporal. No se reconocerán las adquisiciones territoriales o las ventajas especiales que se obtengan por la fuerza o por cualquier otro medio de coacción”.

“Así las cosas, puede entenderse que las Fuerzas Armadas de Colombia incursionaron en territorio ecuatoriano sin previo aviso ni autorización de dicho país, generando la ilicitud del operativo. Bajo este entendido, el uso de la información contenida en los computadores encontrados como medio probatorio resulta violatorio al debido proceso por cuanto se trasgredió lo dispuesto en tratados internacionales, la ley y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En consecuencia, bajo esta interpretación, todas las pruebas que tengan sustento en dichos documentos serán nulas.”⁴⁵

4.2 La prevalencia de la seguridad nacional y el interés general frente a los computadores de Reyes.

Por otro lado, la ponencia aborda la posibilidad de que se reconozca validez probatoria al material recaudado durante la operación militar con fundamento, principalmente en los argumentos relacionados con la prevalencia de la seguridad nacional y el principio del interés general frente a los computadores de Reyes.

En este caso se identifica que hay unas normas y derechos de rango constitucional que bien podrían pugnar con las normas procesales, en defensa de esos derechos y garantías constitucionales, harían válido el reconocimiento de ese material como prueba dentro de un proceso judicial.

⁴⁵ ARIAS LALINDEZ, Adriana Lucía, CORREAL RODRÍGUEZ, Carolina (..) NAME GÓMEZ, Fahid. Y OTROS, Universitas Estudiantes, Bogotá (Colombia) N° 6: 125-140, enero-diciembre de 2009, página 133

4.2.1 Estado social y democrático de Derecho. La prevalencia del interés general sobre el interés particular.

Colombia, al haberse instituido como un Estado social y democrático de Derecho, tiene la obligación de velar por la efectividad de los derechos de todos los ciudadanos, dando prevalencia al interés general sobre el interés particular.

Consecuencia de lo anterior, es jurídicamente justificable el uso del contenido de los elementos probatorios recaudados durante el operativo militar en Ecuador, aun cuando éste haya carecido de los elementos de legalidad.

Es decir, en torno de la posibilidad de que existan medios de prueba que tengan la potencialidad de ser usados como tales en un proceso, cualquiera que él sea, con la finalidad de perseguir conductas punibles o incluso prevenirlas, es justificable el uso de esos medios probatorios, aun cuando éstos hayan sido recaudados durante una acción ilegal por parte de agentes del Estado.

“Esta situación presenta una dualidad, debido a que el Estado debe ser garante de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, pero al mismo tiempo debe generar resultados frente al terrorismo y frente a la comunidad, tanto nacional como internacional. El terrorismo también es visto como una amenaza a la población y el Estado debe buscar que prevalezca la paz y la seguridad dentro del territorio nacional, de ahí que la

*Constitución Política colombiana resalta la labor del Estado en favorecer la comunidad políticamente organizada.*⁴⁶

4.2.2 Autenticidad de los documentos electrónicos.

La legislación colombiana, desde la expedición de la ley 527 de 1999 reconoció valor probatorio a los mensajes de datos como una categoría propia e independiente a la cual se le da idéntico tratamiento y se le aplican las reglas del documento⁴⁷.

La ley precitada en su artículo 11 señala que “[p]ara la valoración de la fuerza probatoria de los mensajes de datos a que se refiere esta ley, se tendrán en cuenta las reglas de la sana crítica demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas”.

Sin embargo, al margen de la posible discusión al respecto de la validez probatoria de los mensajes de datos obtenidos, la cual es evidente, no solo por la ley que así lo determina sino por los principios y reglas del derecho probatorio colombiano, lo relevante para el análisis es el asunto de la autenticidad.

⁴⁶ SEGURA CALVO, SONIA ESPERANZA, Operación Fénix, pruebas ilegales e ilícitas: una mirada desde los derechos humanos, en Reflexiones en torno al Derecho Procesal Constitucional, Universidad El Bosque, marzo de 201, página 155

⁴⁷ Al respecto de la equivalencia funcional de los documentos electrónicos ver: H. CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia C-662 de 2000 MP: Fabio Morón Díaz, y H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil MP: Arturo Solarte Rodríguez, del 4 de Septiembre de 2007 Ref.: 05001-22-03-000-2007-00230-01.

Al respecto la ponencia da cuenta de que, la única forma de poder determinar la autenticidad es verificando el respeto de la cadena de custodia y realizando las pruebas técnicas que puedan llevar al convencimiento de la autoría y autenticidad del medio recaudado.

“Todo lo anteriormente expuesto indica que, en la lucha contra el terrorismo y la delincuencia, se evidencia una marcada decisión de erradicar por cualquier medio los problemas de seguridad a través de la persecución de los grupos al margen de la ley. La utilización de la información contenida en los medios electrónicos del guerrillero en un proceso judicial tiene completa validez y viabilidad jurídica dentro del sistema jurídico colombiano, sustentado también con jurisprudencia tanto constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, siempre que se cumpla con los requisitos de obtención y se demuestre la autenticidad.”⁴⁸

⁴⁸ ARIAS LALINDEZ, Adriana Lucía, CORREAL RODRÍGUEZ, Carolina (...) NAME GÓMEZ, Fahid. Y OTROS, Universitas Estudiantes, Bogotá (Colombia) N° 6: 125-140, enero-diciembre de 2009, página 137

5 ARGUMENTOS COMUNES Y DIFERENTES ENTRE LAS PROVIDENCIAS Y LA PONENCIA.

Es menester empezar por señalar que la principal diferencia sustancial entre las providencias objeto de estudio respecto de la ponencia, radica en que ésta identifica argumentos jurídicos válidos para soportar la licitud y la legalidad de los medios probatorios a la luz de las normas y la jurisprudencia vigente.

Evidentemente para la H. Corte Suprema de Justicia solo hay una posición jurídica válida que fundamenta su decisión de declararse inhibida para continuar con la investigación preliminar adelantada en contra del exrepresentante⁴⁹.

5.1 La eficacia de los medios probatorios.

Es importante empezar por señalar que el principal y quizás único argumento que debió esgrimir el órgano judicial al momento del estudio del caso del exrepresentante para declararse inhibido para continuar cualquier procedimiento de investigación en contra del ex funcionario es el de la eficacia de los medios probatorios aportados como tal.

⁴⁹ Al respecto: HERNÁNDEZ GALINDO, JOSÉ GREGORIO, Los computadores de “Raúl Reyes” y el debido proceso en Colombia en Reflexiones en torno al Derecho Procesal Constitucional, Universidad El Bosque, Páginas 140 - 147

Es decir, como bien lo señala el contenido de los autos, una vez se indagó el contenido de los computadores de (A) Raúl Reyes no se encontró evidencia alguna que permitiera identificar posibles vínculos del exrepresentante con la guerrilla de las FARC.

Dicho en otras palabras, para efectos de llegar a la verdad sobre los hechos sobre los que se indagaba, es decir, si Borja tenía relación jurídicamente reprochable con la guerrilla de las FARC, bastaba con identificar que en el contenido de lo recaudado no se evidenciaba tal situación.

Es decir, los medios probatorios aportados carecían de eficacia para cumplir el objetivo pretendido.

Como lo reseñan las providencias mismas al señalar que *“(f)ueron ingentes los esfuerzos investigativos, como que se revisaron todos documentos electrónicos hallados en poder de distintos jefes guerrilleros de las “FARC”, abatidos o detenidos; se entrevistó y se escuchó en declaración a buen numero de subversivos de esa misma guerrilla, entre capturados y desertores (...) ninguna entre todas esas personas, en el largo itinerario de sus vidas, estableció que el excongresista WILSON ALFONSO BORJA DÍAZ, desempeñara algún papel dentro de esa agrupación armada”*.⁵⁰

⁵⁰ H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal, Auto inhibitorio de dieciocho (18) de mayo de dos mil once (2011), Aprobado mediante acta No. 171.

Sin embargo, el evidente objetivo de la Sala fue el de zanjar definitivamente el tema de la juridicidad, licitud y legalidad de las pruebas recaudadas en el operativo y la del operativo en sí mismo. Es decir, resulta palmaria la intención de la Sala de establecer un punto final a la discusión sobre la validez probatoria del material incautado y esto no solo tendrá efectos sobre ese caso en particular, sino que se yergue como parámetro para cualquier otro pronunciamiento con fundamento en iguales pruebas.

Por su parte, la ponencia, por carecer del conocimiento de dichos medios, no aborda el asunto en mención.

5.2 La legalidad de los actos y la legalidad de las pruebas.

Los autos emitidos por la H. Corte Suprema hacen un exhaustivo examen sobre la juridicidad de los actos que dieron origen a la obtención de los elementos de propiedad de (A) Raúl Reyes. Y aunque desveladamente, es evidente que llega al convencimiento de que en el marco del ordenamiento jurídico colombiano el operativo ejecutado fue ilegal y consecuencia de ello los elementos recaudados en él son ilegales.

De hecho, si bien no trata el asunto directamente, permite ver que considera que en la operación militar hubo irregularidades, tales que llegan a convertir el recaudo de los medios electrónicos de ordenación en ilegales ante la ley procesal penal.

Consecuencia de lo anterior llega a la conclusión de que como resultado de un operativo ilícito no es posible que los elementos recaudados puedan considerarse legales y en consecuencia llevar a una condena con fundamento en ellos.

Sin embargo, la ponencia estudia el asunto a la luz de la jurisprudencia constitucional del país, identificando que aun cuando el medio a través del cual se obtenga sea de origen ilícito, es posible que su contenido sea legalmente usado dentro de un proceso, de acuerdo con las reglas establecidas especialmente a través de la jurisprudencia con fundamento en la ley penal y procesal penal colombiana. Para la Corte se confunde el hecho de la ilegalidad del acto de obtención con la ilegalidad del elemento recaudado.

Es decir, no es necesariamente cierto o identificable lo segundo (ilegalidad de la prueba) como consecuencia de lo primero (ilegalidad en los actos de obtención). Asunto que no fue tenido en cuenta dentro del análisis de la Sala.

Al respecto, vale la pena reseñar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado ciertos criterios de aplicación de la regla constitucional de la exclusión que permiten identificar una diferenciación como la descrita.

Mediante sentencia C – 591 de 2005, la cual se realizó el estudio de constitucionalidad de algunas normas del sistema penal instituido por la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional estableció tres formas que se constituyen como excepciones a la regla de la exclusión.

En dicha ocasión, el máximo órgano constitucional determinó que “(a)l respecto de los criterios determinados por el legislador en el artículo acusado, (455 de la Ley 906 de 2004) en el derecho comparado han conocido tales criterios, en el sentido de que por vínculo atenuado se ha entendido que si el nexo existente entre la prueba ilícita y la derivada es tenue, entonces la segunda es admisible atendiendo al principio de la buena fe, como quiera que el vínculo entre ambas pruebas resulta ser tan tenue que casi se diluye el nexo de causalidad; (iv) la fuente independiente, según la cual si determinada evidencia tiene un origen diferente de la prueba ilegalmente obtenida, no se aplica la teoría de los frutos del árbol ponzoñoso; y (v) el descubrimiento inevitable, consistente en que la prueba derivada es admisible si el órgano de acusación logra demostrar que aquella habría sido de todas formas obtenida por un medio lícito”⁵¹

Sin embargo, es realmente en la discrecionalidad del juez en donde se afianza la posibilidad de realizar un análisis individual con sujeción a las normas sustanciales y procesales, constitucionales y legales respecto de la individualización de la legalidad de los hechos, respecto de la legalidad o licitud de las pruebas.

“Para tales efectos, el juez deberá tener en cuenta las reglas de la experiencia y de la sana crítica, dado que será preciso examinar la presencia o no de un nexo causal entre una prueba y otra, al igual que entrar a ponderar entre diversos factores, tales como los

⁵¹ H. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-591 de 2005

*derechos fundamentales del procesado, aquellos de las víctimas y terceros, al igual que el cumplimiento estatal de investigar y sancionar efectivamente el delito”.*⁵²

De hecho, de acuerdo con lo descrito, no se trata de una excepción real a la regla de la exclusión de la prueba ilícita, sino de un desarrollo amparado en el artículo legal que determina que es del juez realizar el análisis en consonancia con los demás principios del derecho probatorio, cuyo propósito es la efectividad de los derechos.⁵³

5.3 Derechos y garantías fundamentales como elemento de la ilicitud de la prueba.

De acuerdo con la ponencia y como ha señalado la jurisprudencia constitucional, uno de los elementos fundamentales que deben analizarse dentro de un examen de licitud de una prueba recaudada a través de un acto ilegal, es el de la defensa de los derechos y garantías fundamentales como el derecho a la intimidad, entre otros derechos.

En el caso de estudio resulta relevante analizar si los documentos electrónicos y demás elementos recaudados potencialmente podrían violentar o poner en peligro derechos fundamentales de terceros, o incluso del mismo guerrillero, para poder colegir que no puedan ser utilizados como prueba dentro de un proceso.

⁵² Op. Cit.

⁵³ Al respecto: MONSALVE CORREA, SEBASTIAN, La prueba ilícita en el proceso penal colombiano a partir de la Constitución de 1991. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Pontificia Bolivariana. Vol. 40, No. 113. P 351 – 379. Medellín, Colombia. Julio – Diciembre de 2010

Lo anterior con la finalidad de sopesar o equilibrar éstos derechos con las garantías constitucionales dentro del análisis sobre la aplicación de la regla de la exclusión.

Como ejemplo de lo descrito vale traer a colación lo establecido por el máximo juez constitucional nacional, mediante sentencia SU-159 de 2002 cuando señala que *“el derecho penal en un Estado social de derecho también busca un adecuado funcionamiento de la justicia y, obviamente, no funciona bien la justicia que conduce a la impunidad o a un fallo arbitrario, es decir, que carece de la virtud de garantizar efectivamente los derechos, principios y fines constitucionales desarrollados por la legislación penal. Por ello, la decisión de excluir una prueba incide no sólo en el respeto a las garantías de imparcialidad, debido proceso y derecho de defensa, sino, además, en el goce efectivo de otros derechos constitucionales tales como la vida, la integridad y la libertad, protegidos por el legislador mediante la sanción de quienes violen el Código Penal.”*⁵⁴

Lo anterior refuerza los conceptos de principalmente desarrollados por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, de donde se traslada la figura de la regla de la exclusión al derecho nacional, en el sentido de que la realidad y los hechos son los que determinan la forma de aplicación de ésta, en la búsqueda de lograr el equilibrio entre la lucha contra la impunidad y la violación del régimen procesal.

⁵⁴ H. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-159 de 2002.

Así se evidencia en el emblemático caso Hudson vs. Michigan en Salas, 2008, en cuya sentencia se aclaró que *“(l)a exclusión de la prueba, sin embargo, ha sido siempre nuestro último recurso, no nuestro primer impulso. La regla de exclusión genera costos sociales sustanciales que, algunas veces, incluyen la liberación de un culpable y que el peligroso esté suelto”*⁵⁵

Por su parte, las providencias de la Corte Suprema dentro del caso que convoca, no hacen referencia al asunto de las garantías y derechos fundamentales que posiblemente se podrían vulnerar si fueran usados los elementos recaudados como medio de prueba dentro de ese o algún otro proceso.

5.4 Autenticidad de la prueba.

Abordado por la ponencia, el asunto de la autenticidad de la prueba resulta fundamental dentro del análisis de la validez probatoria de los elementos recaudados.

Como se trató en acápite anterior, no solo basta con hacer un análisis sobre el contenido o sobre las situaciones en que se dieron los hechos que llevaron al recaudo de estos medios electrónicos sino el asunto fundamental de la capacidad de identificar la autenticidad de lo encontrado.

⁵⁵ HUDSON VS. MICHIGAN en Salas, 2008, pp. 476. Tomado de MONSALVE CORREA, SEBASTIAN, La prueba ilícita en el proceso penal colombiano a partir de la Constitución de 1991. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Pontificia Bolivariana. Vol. 40, No. 113. P 369. Medellín, Colombia. Julio – Diciembre de 2010.

Como se ha señalado, la Constitución y la ley otorgan igual validez, dentro del marco de la teoría de la equivalencia funcional a los documentos electrónicos que a los físicos, y abundante jurisprudencia y doctrina pacíficamente aceptan esta idea.

De igual forma, al otorgar iguales calidades y reconocer idénticas facultades probatorias a ambos tipos de documentos se parte de la presunción de autenticidad que se predicen del documento físico.⁵⁶

En este orden de ideas, solamente dentro del proceso mismo se puede poner en entredicho la autenticidad de la prueba aportada, y será el juez quien deberá otorgar las garantías procesales a las partes para impugnar la autenticidad de la prueba.

Al respecto establece el artículo 262 de la ley 600 de 2000 que *“(s)e presumen auténticos los documentos cuando el sujeto procesal contra el cual se aducen no manifieste su inconformidad con los hechos o las cosas que expresan, antes de la finalización de la audiencia pública”*.

A su vez, el artículo 425 de la Ley 906 de 2004 establece que *“(s)alvo prueba en contrario, se tendrá como auténtico el documento cuando se tiene conocimiento cierto sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido*

⁵⁶ El artículo 83 de la Constitución Política es el fundamento de la presunción de autenticidad dentro del ordenamiento jurídico nacional. *“ARTÍCULO 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”*

por algún otro procedimiento. (...) y, finalmente, todo documento de aceptación general en la comunidad”.

Sin embargo, la particularidad de las situaciones que plantea el caso de estudio impone al respecto al menos un interrogante sobre el procedimiento para abordar el asunto de la autenticidad, siempre que, aún cuando se cumplieran todos los presupuestos establecidos en la ley para la presunción de autenticidad, no habría forma de determinar ésta al menos de manera directa. El único camino para controvertir la autenticidad de los documentos electrónicos de (A) Raúl Reyes sería el ejercicio de la impugnación de éstos por parte del exrepresentante.

Aun con lo anterior, es importante señalar que en las providencias no se da noticia sobre un análisis siquiera somero que permita identificar que dichas pruebas provienen efectivamente de lugar geográfico donde se supone fueron hallados, tampoco al respecto de la autenticidad de éstos y de su contenido, es decir, no hay claridad, al menos no manifiesta en los autos de la H. Corte, de que su autor sea ese y no otro guerrillero.

5.5 Ilicitud de la prueba o ilegalidad de la prueba.

La ponencia aborda el problema de la ilicitud de la prueba en el caso de la Operación Fénix, sin embargo no hace una clara identificación del de la ilegalidad de la misma. Esto obedece

a que parte del supuesto de que en cualquiera de los casos, los hechos de la operación militar misma no carecen de legalidad.

Por su parte, las providencias de la Corte Suprema determinan que las pruebas aportadas son ilegales, cuando conceptualmente hacen una descripción de la ilicitud de las mismas. Lo anterior permite ver que el centro de la discusión para el máximo órgano de la justicia ordinaria no es el de la ilicitud o la ilegalidad de los documentos electrónicos sino de la operación militar misma.

Es decir, al dar un tratamiento indistinto a los conceptos de ilegalidad de la prueba con ilicitud de la prueba la Sala resta relevancia a la identificación de los dos conceptos de manera individual, llevando a deducir que lo importante realmente es el hecho de la carencia de legalidad de los hechos que dieron lugar a la obtención de los documentos.⁵⁷

Hay una clara postura de la H. Corte Suprema en el sentido de considerar la operación militar como violatoria del derecho internacional debidamente ratificado por Colombia. Aunque no se pronuncia en sentido estricto en torno de este asunto, su conclusión y los análisis que hace en torno de la forma en que se realizaron los actos permite identificar esta posición.

⁵⁷ Al respecto de los conceptos de prueba ilícita y prueba ilegal: GIACOMETTE FERRER, ANA. Introducción a la teoría general de la prueba. Bogotá, Universidad del Rosario - Señal Editora, Colombia, 2009. P. 112 y 116.

En ese orden de ideas es importante señalar que si bien los argumentos de la Corte Suprema tienen un orden lógico que permite llegar a la conclusión de la ilegalidad de las pruebas, es bastante precario el análisis en torno de la posibilidad de la ilicitud de las mismas, aunque aborde tangencialmente algunos aspectos que tienen que son propios de este concepto.

Sin embargo, hay una clara distinción, esbozada especialmente por la misma jurisprudencia que determina cuál es el alcance de la ilicitud de la prueba y cuál el de la ilegalidad.

Al respecto resulta importante volver sobre lo planteado previamente en el acápite correspondiente recordando que *“(e)sta confusión teórica tiene consecuencias prácticas. En efecto, la Corte estima que las pruebas recaudadas en el ‘Operación Fénix’ son ilegales porque se realizaron sin observancia de los requisitos para la práctica de pruebas en el exterior, con lo cual se vulneró “el seguimiento de la Carta Política, las Leyes de Procedimiento Penal y los instrumentos internacionales” (...) Así, la supuesta ilegalidad de las pruebas se funda en la violación de derechos fundamentales consagrados en la Carta magna, con lo cual se está en el terreno de la prueba ilícita y no de la ilegal.”*⁵⁸

⁵⁸ GIACOMETTE FERRER, ANA, Pruebas ilícitas e ilegales a raíz de la “Operación Fénix”: ¿Deslegitimación de la regla constitucional de exclusión?, en Reflexiones en torno al Derecho Procesal Constitucional, Universidad El Bosque, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Primera Edición, marzo de 2012, Colombia. P. 135 - 136

6 CONCLUSIONES

6.1 Pertinencia y oportunidad de los análisis.

A lo largo de la investigación, la consulta bibliográfica y la elaboración del presente trabajo fue tomando mayor importancia y relevancia realizar los análisis que contienen los acápites anteriores.

Si bien los hechos objeto de análisis sucedieron hace bastante tiempo, lo cierto es que la actualidad reclama este tipo de estudios que tienen que ver con la realidad del país en tiempos de negociación, y especialmente en lo que se considera inminente para una etapa posterior a la negociación con la guerrilla de las FARC.

Todo lo analizado en este estudio tiene que ver con la estructura del Estado, con la forma en que se abordan, regulan y reglamentan las situaciones jurídicas en Colombia, pero especialmente, con la manera y los argumentos que fundamentan las decisiones de la justicia en el país.

Por esa razón, la consideración sobre la pertinencia y la oportunidad del análisis contenido en este estudio dentro de las conclusiones del mismo se justifica en la medida en que cumple la función principal de resaltar la relevancia de lo estudiado, pero especialmente por cuanto permite reiterar que la esencia de los pronunciamientos de la justicia no está en la decisión de los órganos competentes para emitirla sino en lo que motiva y justifica dichas decisiones.

En ese mismo sentido es válido también resaltar la creatividad y valentía del grupo de investigación de derecho procesal de la Pontificia Universidad Javeriana, (a cual tuve el orgullo y privilegio de pertenecer) de abordar este asunto en momentos en que ni siquiera había pronunciamientos que pudieran orientar la discusión, realizando la investigación con la convicción de poder mostrar el mismo problema jurídico de la validez jurídica probatoria del material incautado en la Operación Fénix desde dos posiciones antagónicas con argumentos igualmente válidos a la luz de la legislación nacional.

6.2 Influencia de los hechos en las decisiones judiciales.

Es innegable que las posiciones políticas, ideológicas e incluso la influencia de las circunstancias y los hechos que rodean a quienes ejercen autoridad para tomar decisiones tienen repercusión en éstas.

En el caso objeto de estudio, se presenta con claridad que la decisión que se estaba tomando representó una excusa para manifestarse de fondo sobre un asunto que cobraba importancia coyuntural, pero no era el objeto en litigio.

Seguramente, a la luz de la legislación y el ordenamiento jurídico la decisión sobre la legalidad de la operación militar hubiera podido ser una diferente, o podría ser exactamente la misma, dentro de un proceso cuyo objeto fuera determinar la legalidad de ésta. Con claridad hay argumentos con profundidad y validez jurídica suficientes para considerar la Operación Fénix, ajustada a derecho.

Sin embargo lo que se presenta conflictivo es utilizar un proceso penal, cuyo objeto no es propuesto, como excusa para pronunciarse al respecto, máxime, haciendo uso de una figura, como la providencia inhibitoria, que como se ha expuesto, no contempla la ilegalidad de las pruebas como causal dentro del marco procesal penal.

Hacer este tipo de disertaciones no solo es válido sino importante en la medida en que, si bien la actividad judicial, como toda actividad humana es perfectible y merece análisis críticos que puedan aportar.

6.3 Auto inhibitorio, autos interlocutorios y sus efectos.

Como fue explicado anteriormente, los autos inhibitorios en materia penal son providencias que establecen que no existe mérito para iniciar una investigación formal en contra de quien se sindicó de haber cometido un delito.

De lo anterior, todo indica que los autos inhibitorios deciden situaciones sobre casos específicos, que no tienen la virtualidad de generar efectos sobre terceros, al menos en principio. Sin embargo, el tratamiento que da la H. Corte Suprema de Justicia en el presente caso permite evidenciar que esto puede no funcionar del todo así, en todos los casos.

Si bien es claro que los autos inhibitorios son por antonomasia interlocutorios, y así mismo lo reconoce la prescripción legal al señalar que *“Tal decisión se tomará mediante resolución interlocutoria contra la cual proceden los recursos de reposición y de apelación por parte del Ministerio Público, del denunciante o querellante y del perjudicado o sus apoderados constituidos para el efecto.”*⁵⁹, lo cierto es que dentro del proceso objeto de estudio las decisiones que toma la Sala Penal de la H. Corte Suprema cobra un carácter de sustancial aún superior en sus efectos a los que tradicionalmente tienen de los autos interlocutorios.

Si se tiene en cuenta que la Sala afirma que no encuentra ninguna prueba, ni aún por la vía indiciaria, proveniente o no del material recaudado durante la Operación Fénix, que pueda comprometer directa o indirectamente al exrepresentante Borja con la guerrilla de las FARC, sustento suficiente para haberse declarado inhibida para iniciar proceso formal en contra de él, no es claro cuál es la razón por la cual entra a hacer análisis y realizar consideraciones de fondo sobre la validez de dicho material.

Como se ha explicado con anticipación, no suficiente con esto, entra a realizar el análisis sobre la ilegalidad de las pruebas, llegando a la conclusión de que la razón sustancial para declararse inhibida esta afincado en la ilegalidad de las pruebas. Sin embargo, genera esto una consecuencia que de sí, no pareciera propia de los autos interlocutorios, especialmente en procesos penales: la de ser vinculantes para otros posibles procesos judiciales.

⁵⁹ LEY 600 de 2000, artículo 327, inciso segundo.

Explica ROJAS GÓMEZ que *“bajo este rótulo (de interlocutorias) no sólo las decisiones que el juez debe adoptar para preparar el pronunciamiento de la sentencia, sino además las que tiene que tomar para materializar su cumplimiento (...)”*⁶⁰.

A la luz de la definición de este tipo de decisiones se colige que los efectos de éstas normalmente son solo de carácter particular, respecto de quienes hacen parte de un proceso en específico, más aún cuando se trata de procesos penales.

Sin embargo, el tratamiento dado por la H. Corte Suprema de Justicia en el caso planteado permite colegir que cuando se aplica la regla de la exclusión por ilegalidad de una o unas pruebas, los efectos de este tipo de decisiones, aunque interlocutorias y de tipo particular, tienen la virtualidad de ser aplicables a otros procesos de igual índole.

En este sentido queda claro que la intención de la Sala en este caso, no sólo era la de declararse inhibida en el caso específico, sino la de excluir cualquier prueba recaudada dentro de la Operación Fénix de cualquier proceso posible, posterior.

6.4 Función de investigación y fuero Constitucional.

El fuero Constitucional que establece que los Congresistas serán investigados por la Corte Suprema de Justicia ha desatado una gran cantidad de situaciones que aún hoy no permiten

⁶⁰ ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. Lecciones de derecho procesal, Tomo I. Tercera edición. Enero de 2013.

una claridad sobre ciertos procedimientos que tienen que ver con la función de investigación.

Quizás la principal y más compleja situación que suscita el fuero de los Congresistas, que ha sido tratada en muchos intentos de reforma es la del principio y garantía de doble instancia, que se ha erigido como un derecho para todos los ciudadanos, que sin embargo, de acuerdo con la estructura constitucional nacional, no lo es para los Congresistas.

Otro factor que ha tenido especial incidencia es la concentración de las funciones de investigación y juzgamiento en un mismo órgano, que de cierta forma trasgrede todos los fundamentos de las garantías procesales de todo ciudadano, que igualmente no fue así concebida en la estructura original de la Constitución de 1991.

Esto ha sido un factor determinante para los efectos de la definición de la situación jurídica de los congresistas históricamente, para unos a favor y para otros en contra.

Lo anterior sin entrar a controvertir la idoneidad, juridicidad e imparcialidad de las decisiones del Alto Tribunal y sus miembros, pero que ha permitido que en una única instancia, como en el caso de estudio, se tomen ciertas determinaciones que, quizás de haberse llevado por la vía del trámite ordinario de la justicia, hubieran tenido un desenlace diferente.

6.5 Análisis de origen diferente con conclusiones similares.

El análisis de la juridicidad del uso del material recaudado durante la Operación Fénix dentro de un proceso judicial es abordado en la ponencia desde el punto de vista netamente académico.

Esta perspectiva resulta bastante conveniente desde el punto de vista de las licencias que permite la academia, que se resume fundamentalmente en el hecho de identificar libremente posiciones jurídicas igualmente defensables desde posturas diferentes, sin la obligación de decidir por una sobre la otra.

En contraposición, la obligación del juzgador, en tanto su función constitucional le exige, asume una posición única, de acuerdo con su leal saber y entender de la ley, la constitución y la jurisprudencia.

Sin embargo, lo que resulta realmente resaltable es el hecho de que, aún desde posiciones diferentes, la ponencia, realizada con anterioridad considerable a las providencias aborda los problemas jurídicos que tendrá posteriormente que enfrentar la Sala al momento de decidir en derecho.

De hecho, también es importante señalar que gran parte de los argumentos que desvirtúa la Alta Corte al momento de decidir la impugnación del Procurador General, identifica también

escenarios comunes con lo expuesto dentro de la ponencia, al momento de defender la juridicidad y legalidad de las pruebas.

6.6 La paz y la justicia.

La justicia, bajo el entendido de la acepción a que se refiere y cobija el asunto de la rama del poder público de la justicia, o rama judicial, en todos los escenarios de conflicto y de paz en el mundo resulta fundamental. Colombia no es la excepción.

Por tal, en el país en muchos episodios ha ejercido un papel preponderante que se ha convertido en eje de la guerra misma y de la solución de los conflictos, igualmente.

Basta recordar las épocas de la violencia reciente de los carteles de la droga, en que jueces y fiscales fueron objeto de persecución cotidiana, y terminaron por presentarse, bajo la necesidad de instaurar figuras como los jueces y fiscales sin rostro para poder impartir justicia.

Y como ese, en muchas ocasiones ha sido la justicia el principal protagonista de la guerra misma. Pero también, y quizás mayoritariamente, por los tribunales, cortes y juzgados han llegado las soluciones y los puntos de encuentro para la solución de grandes conflictos y el resarcimiento de las víctimas. Y casos habrá muchos, pero solo por enunciar, todos los que tienen que ver con la restitución de tierras y reparación de víctimas del conflicto armado.

Tan imperfecta como humana, la justicia ha tenido y tendrá el reto de ser, hacia adelante y especialmente en la coyuntura del país, el eje cohesionador de la paz. Por esos órganos, u otros ya constituidos, o algunos que vendrán, pasarán los acuerdos en que converjan el gobierno nacional y las guerrillas.

Por esa razón es fundamental que la rama judicial ejerza de manera autónoma e independiente sus funciones legales y constitucionales, dentro del marco de una justicia que permita la reconstrucción del tejido social con reparación integral y garantía de no repetición pero especialmente la garantía del derecho a la verdad de los hechos ocurridos durante todo el tiempo del conflicto armado.

7 BIBLIOGRAFÍA

- Ponencia “De derecho procesal Virtual a realidad Política. El valor probatorio de los computadores de Raúl Reyes.”
- Auto (inhibitorio) de dieciocho (18) de mayo de dos mil once (2011) de la H. Corte Suprema de Justicia dentro del proceso No. 29.877.
- Auto que resuelve la reposición de primero (1) de agosto de dos mil once (2011) de la H. Corte Suprema de Justicia del proceso No. 29.877.
- Auto de 15 de julio de 2009, de la H. Corte Suprema de Justicia.
- Constitución Política de Colombia arts. 2, 6, 113, 122, 123, 124, 235.
- Ley 600 de 2000 (Código de Procedimiento Penal) Artículo 327.
- Resoluciones 1269, 1373 y 1333 del Consejo de Seguridad de la ONU.
- ALMAGRO NOSETE, José y otros. Derecho Procesal. Tomo I. (Vol I), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1987.
- Sentencia de dieciocho (18) de enero de dos mil dieciséis (2016), Radicación N° 34099 contra Piedad Zucardi. H. Corte Suprema de Justicia.
- APONTE CARDONA, Alejandro. Derecho Penal del enemigo en Colombia: Entre la paz y la guerra. Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, Vol. 1., Euros Editores, Buenos Aires, 2006.
- ARENAS SALAZAR, Jorge. Pruebas Penales. Segunda Edición, Editorial Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, 2003.

- BONILLA, Daniel e ITURRALDE, Manuel. Entre el derecho de defensa y la soberanía estatal. Revista Semana Online. Marzo 13 de 2008. En internet http://www.semana.com/wf_InfoArticulo.aspx?idArt=11016
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Tomo I. Editorial A.B.C., Bogotá, 1985.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Segunda edición.
- FERREIRA RUBIO, Delia Matilde. El Derecho a la Intimidad. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1982.
- GRUPO DE ESTUDIOS EN INTERNET COMERCIO ELECTRÓNICO Y TELECOMUNICACIONES E INFORMÁTICA. Derecho de Internet y telecomunicaciones. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Editorial Legis. 2003.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, Tratado de Derecho Procesal Penal, Editorial Aranzadi, 2004.
- LUMIA, Guisepppe. Principios de teoría e ideología del derecho. Editorial Debate, Madrid, 1985.
- MELENDEZ, Florentin. La suspensión de los derechos fundamentales en los estados de excepción según el derecho internacional de los derechos humanos, Primera Ed. Criterio, El Salvador, 1999.
- MOTTA NAVAS, Álvaro Andrés. El reconocimiento jurídico de los mensajes de datos y su apreciación como prueba, Capítulo 4. Estudios Jurídicos sobre Comercio Electrónico, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, Marzo de 2006.

- OLANO, Hernán Alejandro. Constitución Política de Colombia Comentada y Concordada e Historia Constitucional Colombiana, Tercera Edición, Editorial Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, 1997.
- PARADA CAICEDO, Juan Bautista. El documento electrónico como medio de prueba, Prueba documental y pericial, Editorial Jurídica Boliviana, Primera Edición, 2002.
- RENGIFO GARCIA, Ernesto. El Documento Electrónico, XXII Congreso Colombiano De Derecho Procesal, Departamento de Publicaciones Universidad Libre, Colombia, 2001.
- ROCHA ALVIRA, Antonio. De la prueba en el Derecho, actualizado y revisado por CLAVIJO GONZÁLEZ, Alfonso, Grupo editorial Ibañez, 2012.
- VARGAS, Álvaro. ¿Es realmente neutra la norma procesal? En: Temas Procesales No. 9 Centro de Estudios de Derecho Procesal, Medellín, octubre de 1989.
- VELÁSQUEZ TURBAY, Camilo E. Derecho Constitucional, Segunda Edición, Universidad Externado, Bogotá, 2001.