LA PRUEBA ILICITA, REFLEXIONES A PARTIR DE LA "OPERACIÓN FENIX", EN COLOMBIA[1]

Diana María Ramírez Carvajal[2]

SUMARIO: I. ALGUNOS DATOS SOBRE LA "OPERACIÓN FENIX. II. REGULACIÓN NORMATIVA DE LA PRUEBA ILÍCITA. III. LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A PROBAR IV. EL IMPACTO SOCIAL DE LOS DELITOS TRANSNACIONALES. V. CONCLUSIONES

INTRODUCCIÓN

Un tema de mucha actualidad en las reflexiones jurídicas, es la ilicitud de la prueba, calificación que se obtiene cuando ella es recogida o presentada, mediante violaciones al debido proceso e incluso a cualquier otro derecho fundamental subjetivo.

Para la prueba ilícita, la sanción es la exclusión procesal y consecuencialmente la no valoración. Esta es la postura más generalizada, sin embargo, este artículo muestra cómo aún hoy en muchos países se discute sobre delitos de gran agresividad humana, que han dejado una huella imborrable de impacto social. Es el caso de los delitos transnacionales de narcotráfico, secuestro extorsivo y terrorismo, este último soportado por los colombianos durante más de 50 años.

Esta realidad deja entrever la necesidad que tiene la sociedad colombiana, de un tratamiento adecuado y diferencial para la ilicitud probatoria, donde se haga un ejercicio de ponderación, entre la violación al debido proceso y el derecho fundamental a probar de todo un País.

Hoy que se habla de novedades en el derecho: del proceso pro-víctima, de las nuevas dimensiones de la prueba, de la creación de los nexos materiales sobre la responsabilidad, del análisis de precedentes y nuevas fuentes del derecho; en la implementación de estas tendencias se requiere más que nunca, un juez capacitado para establecer relaciones directamente proporcionales con los fines de la justicia.

No son estas soluciones pacíficas, pero ante casos difíciles, como el terrorismo, es mejor discutir sobre la racionalidad de los argumentos, de la ponderación de principios, que aceptar la aplicación exegética de una regla como la exclusión.

---

1 Artículo producto de la investigación denominada Los principios de la Justicia civil, liderado por Michele Taruffo y financiado en Colombia por la Universidad Católica de Oriente.

2 Abogada, Magister en Derecho Procesal y Doctora en Derecho. Profesora e investigadora adscrita al grupo de investigaciones jurídicas de la Universidad Católica de Oriente. Email: posgrados@uco.edu.co

I. ALGUNOS DATOS SOBRE LA "OPERACIÓN FENIX"

"Operación Fénix", fue una operación militar[3] realizada el primero de marzo del año dos mil ocho. La fuerza aérea de Colombia, bombardeó un campamento de las FARC en la zona selvática de Angostura (territorio de Ecuador). Allí murieron 22 guerrilleros, entre ellos Luis Edgar Devia, alias Raúl Reyes[4], uno de los más importantes dirigentes que haya tenido la antes denominada guerrilla de las FARC –fuerzas armadas revolucionarias de Colombia-.

Como es de público conocimiento, esta intromisión de las fuerzas armadas de Colombia a territorio ecuatoriano, produjo una crisis diplomática entre ambos países, pues ésta se produjo con la trasgresión de varias normas de derecho internacional[5]. De un lado Ecuador discutió la violación de Colombia a la soberanía territorial del estado de Ecuador y por otro Colombia, reclamaba por la presencia de las FARC, en dicho país.

Colombia, con una posición geopolítica privilegiada en América Latina, está ubicada en medio del océano atlántico y el océano pacífico. Es un país tropical con uno de los mayores índices de biodiversidad en el mundo. Lo cruzan tres cordilleras, lo circundan dos mares, sus polos son la selva amazónica y el desierto de la guajira. Como diría Gabriel García Márquez, es un país donde vibra el realismo mágico.



El conflicto armado que por más de 50 años ha vivido la población colombiana, es una mezcla de intereses ideológicos, políticos, económicos y también de actividades conexas con el narcotráfico. Tal vez eso, le ha significado su permanencia en el tiempo.

Lo más importante que el Estado colombiano obtuvo con esta intervención militar, fue la recolección de tres computadores, propiedad del llamado canciller de las FARC, alias Raúl Reyes, muerto en la operación Fénix. Estos computadores contenían incalculable información sobre negocios, movimientos +y contactos de la guerrilla de las FARC.

---

[3] Ver informe periódico El Tiempo, marzo 9 de 2011. https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-9317880 recuperado, enero 28 de 2019.

[4] EL TIEMPO, reporte de marzo 1 de 2008. https://www.eltiempo.com/justicia/conflicto-y-narcotrafico/se-cumplen-10-anos-de-la-muerte-de-raul-reyes-188590

[5] TRUJILLO, Liza. La operación Fénix en el marco de los principios del derecho internacional. Repositorio Universidad Javeriana. 2010. https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/7732/tesis393.pdf?sequence=1

También se encontraron en el campamento, según los medios de comunicación[6], "*dos discos duros externos y tres memorias USB. Sobre este material, 64 funcionarios de Interpol trabajaron durante más de 5 mil horas, haciendo la revisión técnica de 609 gigas de datos, 37.872 documentos escritos, 22.481 páginas web, 10.537 archivos de multimedia y 210.888 fotografías. De estos, 983 archivos estaban encriptados*".

Los textos hallados, como puede deducirse, contenían una gran cantidad de información, que daban datos sobre incalculables delitos pasados y presentes, entre ellos relaciones con los capos de la droga, venta y compra de armas a contactos internacionales, relaciones diplomáticas secretas y transporte o envío de droga. En especial, para Colombia, se encontraron registros probatorios sobre tres temas muy importantes: la bomba del Nogal en febrero de 2003 donde se dejaron 36 civiles muertos[7], el asesinato de once diputados[8] que habían sido secuestrados en la ciudad de Cali en 2002 y datos sobre el asesinato de Liliana Gaviria[9] el 27 de abril de 2006, hermana del expresidente Cesar Gaviria Trujillo[10].

Como puede aún verificarse, en múltiples registros de los medios de comunicación, la operación Fénix, fue una operación de intervención militar con serios impactos diplomáticos. A nivel social produjo comentarios de todo tipo, acuerdos y desacuerdos circularon por todo el país. En el ámbito jurídico, esta operación arrojó una gran cantidad de pruebas, calificadas como ilícitas, sobre diversos temas relacionados no sólo con delitos nacionales, sino con los delitos transnacionales que marcan sistemáticamente y de manera negativa a Colombia: narcotráfico, terrorismo y secuestro extorsivo.

La discusión que se vivió en el país durante muchos años, e incluso hasta ahora, está en establecer si estas pruebas tienen uso y pertinencia en los procesos judiciales. La pregunta difícil es, si la comunidad jurídica debería declarar su automática exclusión de todos los procesos abiertos en el país, porque fueron recogidas con violación del debido proceso, o si existen alguna interpretación hermenéutica, que permita su valoración.

II. REGULACIÓN NORMATIVA DE LA PRUEBA ILÍCITA

La ilicitud se diferencia de la ilegalidad, en que lo ilícito contradice el debido proceso y vulnera, en todo o en parte, uno o más derechos fundamentales.

La prueba ilícita por ejemplo, se produce al obtener un testimonio a través de amenazas o de torturas, o negar la debida contradicción de parte; mientras que la legalidad se relaciona con

---

[6] Ver informe periódico El Tiempo, 27 de febrero 2016 https://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/reviva-la-operacion-fenix-38155 recuperado en febrero 10 de 2019

[7] Ver informe periódico El Tiempo, febrero 13 de 2018 https://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/farc-confiesan-por-que-atacaron-el-club-el-nogal-182314 recuperado en febrero 5 de 2019

[8] Ver informe periódico El Tiempo, marzo 9 de 2011 https://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/secuestro-y-muerte-de-los-diputados-del-valle-99296 recuperado febrero 10 de 2019

[9] https://noticias.caracoltv.com/colombia/exguerrillera-que-participo-en-homicidio-de-liliana-gaviria-pidio-perdon recuperado febrero 5 de 2019

[10] Ver informe Revista Semana, marzo 9 de 2011 https://www.semana.com/nacion/articulo/la-verdad-del-bombardeo/110971-3 recuperado febrero 5 de 2019

que la prueba haya cumplido con las condiciones y términos que —para tal efecto— establece la ley.

En el derecho colombiano, la ley exige la inmaculación de la prueba al ordenar que "*toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso*"[11]. A su vez la Constitución enuncia la licitud de la prueba como un principio estructural del debido proceso, por ello *"las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho"* [12].

Como afirma Trocker[13] "*el objetivo de esta disposición es claro y se desprende del principio de la dignidad humana, para garantizar que el procesado no reciba un perjuicio*", por eso las irregularidades constitucionales, comúnmente producen la inexistencia de la prueba por exclusión y el retiro del expediente del proceso; esto tiene diferencias conceptuales importantes con la ilegalidad que, como sanción jurídica, conlleva la no valoración o la valoración parcial de la prueba, dependiendo de que la ilegalidad produzca una nulidad absoluta o relativa.

En esta perspectiva, lo inconstitucional, siendo lo ilícito, puede causar una desestructuración de tal magnitud en el proceso, que deja sin viabilidad las pretensiones. Es por esto, que la doctrina jurídica, ha asumido diversas posturas teóricas, tendientes a mermar el impacto de la prueba ilícita refleja, la más común ha sido la teoría de los frutos del árbol envenenado.

Como explica Armenta[14], *la doctrina acepta sin mayores obstáculos que lo obtenido con violación de un derecho fundamental quede fuera de aplicación, pero en cuanto a los efectos indirectos la doctrina de los frutos del arbol envenenado ha generado diversas líneas de aplicación, unas más restrictivas como Estados Unidos y España y en otros países se han encontrado posiciones más garantistas. La evolución sobre este reconocimiento reflejo se expresa pendularmente en diversas excepciones como: el descubrimiento inevitable[15], el nexo causal atenuado[16], la fuente independiente[17] y la buena fe del transgresor[18].*

Esto es así porque la sociedad espera, que en el proceso judicial, todos los sujetos obren con buena fe y sobretodo con legalidad, por ello afirma Devis que "*la doctrina universal incluye entre los principios generales del derecho procesal y los especiales de la prueba judicial, los de la lealtad, probidad y buena fe, el de la espontaneidad de la prueba y el respeto a la*

---

[11]Código General del Proceso, artículo 164.

[12]Constitución Política de Colombia, artículo 29: "es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso".

[13]TROCKER, Nicoló, Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano, Milán, Giuffrè, 1974. Pàg.575. "L'obbiettivo della disposizione é chiaro: garantire che l'imputato non riceva pregiudizio nella libera determinazione del proprio volere dall'impiego di mezzi di costrizione che ne ledano l'integritá psico-fisica. Ed infatti il *Bundesgerichtshof* si richiama proprio al valore sovraordinato della dignitá umana".

[14] ARMENTA, Teresa. La prueba ilícita (un estudio comparado). Barcelona, Marcial Pons, 2011. Pág. 116 ss

[15] "la excepción del descubrimiento inevitable, asimismo de reminiscencias norteamericanas, perfecciona la excepción de la prueba independiente y fundamenta la valoración de la prueba obtenida de manera lícita, aunque ese hecho se haya conocido a través de una prueba ilícita directa o indirectamente". ARMENTA, Teresa. La prueba ilícita (un estudio comparado). Barcelona, Marcial Pons, 2011. Pág. 122

[16] La excepción del hallazgo casual admite la licitud de lo encontrado casualmente, aunque la prueba originaria sea ilícita; ejemplo típico y en este caso real es el descubrimiento de un delito de tráfico de drogas a través de una interceptación de teléfono autorizada para otro delito". ARMENTA, Teresa. La prueba ilícita (un estudio comparado). Barcelona, Marcial Pons, 2011. Pág. 122

[17] "La existencia de un nexo causal muy debilitado permite dejar de extender la ineficacia (…) la validación probatoria del hallazgo casual de droga, en una entrada y registro que no se había autorizado para investigar ese delito sino otro". ARMENTA, Teresa. La prueba ilícita (un estudio comparado). Barcelona, Marcial Pons, 2011. Pág. 123

[18] "la eliminación del efecto excluyente obedece a la creencia fundada y razonable de estar obrando lícitamente, lo que echa por tierra el efecto disuasorio de la regla de exclusión". ARMENTA, Teresa. La prueba ilícita (un estudio comparado). Barcelona, Marcial Pons, 2011. Pág. 123

persona humana (...) no puede ser lícito utilizar en la investigación de los hechos en el proceso civil o penal, medios que los desconozcan o violen"[19].

Entonces, visto lo anterior, uno de los más importantes criterios de admisibilidad de la prueba está en su licitud. Esto significa que en la recolección de la fuente de prueba o en la introducción del medio de prueba al proceso, o en la discusión probatoria en el juicio, no se encuentren elementos de inconstitucionalidad, de ningún tipo.

En esta perspectiva vale la pena indicar que las normas sobre ilicitud, que se encuentran en los sistemas jurídicos actuales, es bastante divergente, no sólo en cuanto a las familias jurídicas tradicionales de civil law y common law, sino también en cuanto a los países y sus modelos de justicia. "*Las perspectivas con que se acomete la prueba ilícita en los Estados Unidos de américa y los países continentales y latinoamericanos difiere. La perspectiva angloamericana se centra en regular los medios de prueba y su obtención, sin que existan –a priori- reglas de exclusión, en tanto los sistemas continentales centran sus esfuerzos en los medios de adquisición de las fuentes de prueba, aspecto regulado específicamente bajo pena de nulidad*"[20]

Dejando de lado el modelo norteaméricano, Europa y Latinoamérica, se asimilan en que discuten la valoración de la prueba desde dos vertientes diferentes: la legalidad y la ilicitud.

En esta perspectiva, la legalidad se identifica en "*la norma cuando expresa que no admitirá prueba que vulnere criterios de ley, se refiere explícitamente a un criterio de admisión de pruebas, ya que estamos ante la impertinencia o inutilidad de la actividad probatoria, esto es, de los criterios de admisión de pruebas. Por ello, el juez solo puede admitir aquella prueba que sea pertinente y útil y, además, que no esté prohibida por la ley*"[21]. Pero adicionalmente, con las teorías de la constitucionalización de la justicia, la prueba debe respetar la carta política, ahora se incluye en el análisis de admisibilidad de la prueba, la prohibición de violar los principios de orden constitucional, como aquella prueba que hubiera sido obtenida vulnerando un derecho fundamental.

En conclusion, la ilegalidad se circunscribe a un conjunto de reglas de invocación y trámite procesal del medio de prueba, para que estas puedan ser estimadas —o no— por el juez en el proceso. A diferencia, la ilicitud es un concepto de mayor jerarquía, que comprende la inconstitucionalidad de la prueba misma, bien por aspectos originados en la recolección de la fuente de prueba o en la introducción del medio de prueba al proceso, incluso puede darse ilicitud en la contradicción del medio de prueba, su efecto natural y tradicional es la exclusión del proceso.

La importancia de esta dupla, reglas para la legalidad de la prueba y reglas para determinar la ilicitud o violación inconstitucional, se da en los efectos que produce una u otra en el proceso. Ambas se comportan como límites para acceder a la verdad de los hechos, pero mientras la primera afecta el proceso de manera subsanable, la segunda afecta una garantía

---

[19] DEVIS, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Bogotá, Editorial Temis, 2002. Pág. 516
[20] ARMENTA, Teresa. La prueba ilícita (un estudio comparado). Barcelona, Marcial Pons, 2011. Pág. 21
[21] PICO, Joan. La prueba ilícita y su control judicial en el proceso. http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/prueba-ilicita-control-judicial-proceso-288524 Consultado 6 de enero de 2017.

constitucional que es el derecho a probar, en sí mismo un derecho fundamental. Por eso, la declaratoria de ilicitud de la prueba tiene un impacto directo en el acceso a la justicia, en la tutela judicial efectiva y en los derechos fundamentales de defensa y contradicción.

En ese sentido, cuando el proceso se encuentre frente a un dilema de ilicitud de prueba, el juez deberá abordar, necesariamente, un proceso hermenéutico de ponderación.

"*Con arreglo a la teoría de la ponderación, de aplicación mayoritaria en la actualidad, los intereses a ponderar se concretan teniendo en cuenta la gravedad del hecho y el peso de la infracción procesal. Esta ponderación corresponderá al juez de instancia, quien debe decidir en el juicio si puede subsanar la infracción procesal o ha de entender existente una prohibición de utilización no escrita*"[22].

En esta ruta, la aplicación de los principios constitucionales relacionados con la ilicitud de la prueba, cambian permanentemente su composición, pues al ser normas de "deber ser", su estructura contiene una situación fáctica, mas no una consecuencia jurídica. La concresión de la consecuencia jurídica respectiva se produce caso por caso, ya que *"la jurisprudencia adopta líneas interpretativas oscilantes –a la hora de decantarse por alguno de los intereses que deben ponderarse a la hora de ampliar o restringir la ineficacia directa e indirecta de las pruebas obtenidas ilícitamente"* [23].

Esto resulta evidente cuando en casos como el de Wilson Borja[24], los jueces transforman y modelan los principios:

"Si bien el Estado tiene un gran interés en castigar los delitos, la investigación de los mismos no puede realizarse a cualquier precio, porque el fin no justifica el empleo de medios que supongan la negación del Estado de Derecho mismo. De esa manera, la injusticia de la conducta delictiva —que se atribuye al imputado o procesado— no podría justificar la injusticia cometida por el propio Estado para averiguar la verdad. Esa es la razón por la cual las garantías que la Constitución, los tratados internacionales y la ley interna reconocen al imputado, tienden a asegurar la plenitud de las formas propias de cada juicio, el derecho de defensa y la presunción de inocencia, al punto que sólo podrá ser condenado si su responsabilidad se demuestra con prueba legal y oportunamente recolectada, esto es, rodeada de las garantías propias de un Estado de Derecho.

De esa manera, la doctrina constitucional deslinda los conceptos de «prueba inconstitucional» y de «prueba «ilícita», agregando —respecto de las consecuencias que esos vicios generan— que:

Según la norma constitucional citada, la prueba obtenida de esa manera es nula de pleno derecho. El desarrollo que el legislador penal le ha dado a dicha disposición ha sido el de señalar —como consecuencias de la obtención de pruebas contrarias al debido proceso o violatorias de los derechos fundamentales— el rechazo de la prueba (artículo 250, Decreto 2700 de 1991) y su exclusión del acervo probatorio por invalidez

---

[22] ARMENTA, Teresa. La prueba ilícita (un estudio comparado). Barcelona, Marcial Pons, 2011. Pág. 56

[23] ARMENTA, Teresa. La prueba ilícita (un estudio comparado). Barcelona, Marcial Pons, 2011. Pág. 116 ss

[24]Sala de Casación Penal, proceso 29877, Acta 169 resuelve auto de inhibición. Corte Suprema de Justicia, caso de Wilson Alfonso Borja Díaz. (Estudio del caso de recopilación de prueba en el campamento de Raúl Reyes).

De esa manera, el derecho a probar está limitado por el respeto a los derechos y libertades fundamentales, pues si el proceso es el medio de realización de la justicia, resultaría un contrasentido que se admitiera la comisión de una injusticia del tipo destacado con el fin de alcanzar ese objetivo".

Se puede deducir cómo el principio constitucional del debido proceso, que protege la licitud de la prueba, también tiene una estrecha relación con el derecho a probar que es una garantía constitucional, relacionada directamente con la verdad de los hechos.

En esta perspectiva, probar es un verbo de conjugación compleja en el proceso, que se concreta mediante un acto o acción intelectual de reconstrucción. Si bien los hechos existieron, en tiempo presente no existen. Por ello lo único con que cuentan los juristas para su reconstrucción son los mecanismos de recolección de fuente de prueba, las cuales recogen apartes de los hechos, que se encuentran defragmentados en el tiempo y el espacio. Estas actividades de recolección deben ser lideradas y realizadas por personal idóneo y capacitado, de tal forma que no violente los principios constitucionales ni los derechos fundamentales de las personas.

En este sentido, probar permite al juez tener una representación verdadera, de los hechos ocurridos y con ello, una solución al conflicto con sentido de justicia[25].

III. LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A PROBAR

Como se evidenció, en la doctrina mayoritaria se defiende contundentemente la exclusión probatoria, cuando la prueba resulta calificada como inconstitucional, esto es ilícita.

Se afirma que "*no debe prevalecer el interés de protección y de castigo de las conductas infractoras si para ello se lesionan injustificada o desproporcionadamente los derechos (fundamentales o no sólo estos), comprendiendo aquí tanto los de contenido material (derecho a la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones; a la integridad corporal, a la libertad) como los que determinan el carácter justo y equitativo del proceso (derecho de contradicción; derecho de defensa; derecho de asistencia letrada; derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes). Ambos, desde sus respectivas perspectivas legitiman el Estado de Derecho*"[26].

Siguiendo esta línea de pensamiento, los países iberoamericanos representan en el debido proceso, muchos componentes del valor justicia[27] y en una lógica consecuencial, la justicia se relaciona directamente con la verdad[28].

---

[25] TARUFFO, Michele. Sobre las fronteras. Bogotá, Temis, 2006. Pág. 199 ss

[26] ARMENTA, Teresa. La prueba ilícita (un estudio comparado). Barcelona, Marcial Pons, 2011. Pág. 25

[27] Para mayor comprensión del argumento, consultar a TARUFFO, Michele y otros. Los principios procesales de la justicia civil en Iberoamérica. Lima, palestra, 2018.

[28] "En este sentido, los sistemas iberoamericanos se muestran bastante homogéneos. Bolivia presenta como regla general "que los tribunales deben establecer la verdad de los hechos en litigio y que la verdad tiene que ser determinada tomando como base los medios de prueba relevantes y admisibles". Igualmente, la norma constitucional en Brasil "indica que la prueba está para buscar la verdad"; en Cuba, "el modelo procesal en diversos artículos propugna la búsqueda de la verdad como cometido de la prueba civil"; en Ecuador, se "tiene al juez como director del proceso, para realizar una investigación de oficio para encontrar la verdad" y, en España, según Nieva, se "considera que el juez es libre para valorar la prueba siempre y cuando motive sus conclusiones en función de inferencias correctamente construídas desde

Esta conjunción de principios, exige que el juez realice los máximos esfuerzos de corrección en el proceso, que "*se defiende como un método epistemicamente válido y racional para el descubrimiento de la verdad,* (el proceso) *no tiene por fin último alcanzar la verdad sobre los hechos, sino que está vinculado con el valor constitucional y social de la verdad"* [29].

Esto significa, que si bien el debido proceso es fundamental para que se produzca una decisión justa, también la verdad es fundamental para que esta decisión justa sea realidad. Esta estrecha correlación entre principios constitucionales, significa para el juez que "*un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución, pero puede, en ciertos casos, necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial*"[30].

Este ideal regulativo de verdad en el proceso, está a responsabilidad del juez, no serán las partes quienes sustenten la plenitud de la verdad en las dinámicas procesales, será el juez quien con sus capacidades y poderes legítimos, propenda por su construcción. Eso explica porque la función judicial en el Estado Social de Derecho cambia de sentido, hoy el juez más que un aplicador de normas es en sí mismo una garantía constitucional[31].

Por ello, cuando se realizan procesos relacionados con el conflicto armado colombiano, el juez es considerado un sujeto procesal muy importante, pues sus razonamientos generan un peso específico en favor de las víctimas, y por ello está llamado a establecer la verdad, la justicia, la reparación integral y la garantía de no repetición.

Como afirma la Corte Constitucional esa "*integralidad de la reparación supone y exige que se adopten todas las medidas necesarias, tendientes a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, de manera tal que se procure, en la mejor medida posible, que la víctima retorne al estado en que se encontraba antes de la violación —si es que esa situación es posible y deseable—, y en última instancia, que se dispongan las condiciones para la realización de su proyecto de vida, el cual se ha visto truncado justamente por la gravedad de las afrentas que ha sufrido"* [32].

Es así que la garantía de debido proceso es vital a la justicia. Ahora bien, la concreción de ambas, como garantías constitucionales, está en el derecho fundamental a probar, "*el derecho a presentar todas las pruebas relevantes es parte esencial de las garantías generales sobre la protección judicial de los derechos y del derecho de defensa, pues la oportunidad de probar los hechos que apoyan las pretensiones de las partes es condición necesaria de la efectividad de tales garantías*"[33].

Por ello, cuando en un proceso una prueba o muchas pruebas están viciadas de ilicitud - *como ocurre con los procesos que toman prueba de la Operación Fénix*-, el juez, como garante de

---

el punto de vista epistémico". RAMIREZ, Diana. Independencia del perito y resguardo de su idoneidad técnica EN La prueba en el proceso. Barcelona, Atelier, 2018. Pág. 433

[29] TARUFFO, Michele. La prueba. Barcelona, Marcial Pons, 2008. Pág. 155

[30] Sentencia T-406 de 1992, corte constitucional de Colombia. M.P. Ciro Angarita Barón

[31] Ver Sentencia T-406 de 1992, corte constitucional de Colombia. M.P. Ciro Angarita Barón

[32] Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-694 de 2015. Sala plena en estudio de la constitucionalidad de la ley de justicia especial para la paz –JEP-

[33] TARUFFO, Michele. La prueba. Barcelona, Marcial Pons, 2008. Pág. 56

la constitución obligatoriamente debe realizar ponderación entre principios, pues se produce de manera inmediata, una colisión de derechos fundamentales entre las partes.

Las reglas que limitan la prueba y en especial, las reglas de ilicitud "*están en conflicto con un desarrollo integral del derecho a la prueba, por la sencilla razón de que su función es impedir la presentación de algunos medios de prueba relevantes. Esta es una cuestión compleja, dado que las reglas de exclusión y las que establecen privilegios tienen, en ocasiones, como razón de ser la protección de valores e intereses judiciales o extrajudiciales (…) el conflicto se da entre diferentes valores relacionados con el proceso: la búsqueda de la verdad, por un lado, y la necesidad de tener un proceso imparcial, eficiente y preciso, por el otro. Sin embargo, dado que el derecho a la prueba tiene rango constitucional deberíamos inclinarnos a concluir que tiene que encontrarse un equilibrio favorable a la admisión de todas las pruebas relevantes de las que se dispongan las partes, ya que otras razones procesales no deberían afectar el derecho fundamental de éstas a la prueba, y mucho menos anularlo*"[34].

En términos generales se debe reconocer, que por regla general, en los ordenamientos jurídicos se encuentran consagradas diversas normas para la exclusión total de la prueba. Esta regla de exclusión se recrudece cuando la contaminación de la prueba se ha producido por la violación de una garantía constitucional.

Pero como afirma Taruffo "*la pregunta más importante es cuándo y en qué condiciones la protección de intereses o valores extraprocesales, debe prevalecer sobre la búsqueda de la verdad*"[35].

Dar respuesta a esta pregunta, no es sencillo. Se presentan muchas diferencias con las normas codificadas.

Es el caso del código procesal penal de Bolivia que afirma que "*los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por medios lícitos e incorporados al proceso conforme a las disposiciones de la Constitución Política del Estado y de este Código. No tendrá valor la prueba obtenida mediante torturas, malos tratos, coacciones, amenazas, engaños o violación de los derechos fundamentales de las personas, ni la obtenida en virtud de información originada en un procedimiento o medio ilícito*"[36], en el mismo sentido el código procesal penal de Colombia ordena que "*toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia*"[37].

Por ejemplo, en Italia, "*il codice di procedura penale de 1998, ha incorporado una prohibición de valoración de las pruebas obtenidas quebrantando las prohibiciones legales. Nos encontramos ante una categoría netamente procesal que salvaguarda la adquisición e incorporación de hechos o medios de prueba al proceso a través de una correcta aplicación*

[34] TARUFFO, Michele. La prueba. Barcelona, Marcial Pons, 2008. Pág. 57 y 58
[35] TARUFFO, Michele. La prueba. Barcelona, Marcial Pons, 2008. Pág. 51
[36] Código de procedimiento penal de Bolivia, artículo 13.
[37] Código procesal penal de Colombia, Ley 906 de 2004, artículo 23.

de las normas probatorias. La inutilizzabilitá constituye un límite al libre convencimiento del juez que excluye la posibilidad de formar su convicción sobre los hechos incorporados a través de tales pruebas"[38].

De igual forma, sobre el tema, la Ordenanza Procesal Penal alemana "*contiene una regla de exclusión obligatoria para toda prueba obtenida por medio de tortura, constituyendo uno de los pocos casos en los que se contiene un mandato tan taxativo (…) |la violación de una prohibición de producción no acarrea necesariamente una prohibición de utilización; para llegar a una prohibición de utilización se precisa una disposición legal expresa o bien una fundamentación teórica que aplique diversas teorías, y muy singularmente la teoría de la ponderación de intereses*"[39].

Como se evidencia en esta comparación, las normas de orden legal, tanto europeas como latinas, presentan diferentes soluciones a la prueba ilícita, mediante los códigos. Pero cuando se comparan las normas de orden constitucional, hay coincidencia en la adopción uniforme de garantías constitucionales procesales y en la protección de los derechos fundamentales.

Por ello, en respuesta a la pregunta más importante propuesta por Taruffo, es plausible sostener que para la solución de un caso concreto donde se enfrentan principios constitucionales, el juez no puede, no debe, excluir la prueba ilícita de manera automática. El proceso contemporáneo espera que haga uso de la ponderación entre principios, evitando que se fortalezca la criminalidad y la corrupción, y que se aporte a los valores de la justicia y a los principios del Estado de Social de Derecho.

En esta discusión jurídica, surge la necesidad de hacer prevalecer la ponderación de los principios, sobre la subsunción silogística de la norma de los códigos.

Como afirma Taruffo[40], "*un derecho fundamental, como lo es el derecho a la prueba, tiene que ser ponderado con derechos o intereses pertenecientes a otras áreas del sistema jurídico. Además, a veces estos derechos también son considerados "fundamentales" porque se dirigen a la protección de intereses individuales básicos (…) en aras de la aplicación efectiva de los derechos procesales fundamentales, las situaciones en las que prevalezca un derecho de interés extrajudicial –afectando o incluso anulando el derecho a la prueba- deberían reducirse a unos pocos casos especialmente importantes*".

En esta visión ampliada e integradora, los principios constitucionales compiten con las reglas, en el sentido de que todos tienen igual aplicación y de manera directa por el juez en el proceso.

De acuerdo con Alexy, los principios son mandatos de optimización, normas que exigen que "*algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes*"[41]. Esta es la perspectiva que adopta el ordenamiento jurídico colombiano, donde

---

[38] ARMENTA, Teresa. La prueba ilícita (un estudio comparado). Barcelona, Marcial Pons, 2011. Pág. 42
[39] ARMENTA, Teresa. La prueba ilícita (un estudio comparado). Barcelona, Marcial Pons, 2011. Pág. 53-54
[40] TARUFFO, Michele. La prueba. Barcelona, Marcial Pons, 2008. Pág. 58
[41] BERNAL, Carlos. La racionalidad de la ponderación. EN Filosofía del derecho constitucional, cuestiones fundamentales. Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. 2015. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4052/22.pdf consultado octubre 20 de 2017. 4 pm.

los principios constitucionales, pasan a tener categoría de aplicación directa. Así lo expresa la Corte Constitucional: *"la ley pierde su tradicional posición predominante y los principios y las decisiones judiciales, antes considerados como secundarios dentro del sistema normativo, adquieren importancia excepcional. Esta redistribución se explica ante todo por razones funcionales: no pudiendo el derecho, prever todas las soluciones posibles a través de los textos legales, necesita de criterios finalistas (principios) y de instrumentos de solución concreta (juez) para obtener una mejor comunicación con la sociedad"*[42].

Pero el principio, no se mide, no se aplica a través de la subsunción sino de la ponderación. Esto significa que "*en el mundo jurídico global se acepta cada día más la tesis de que los sistemas jurídicos modernos están compuestos por dos tipos básicos de normas: las reglas y los principios. (…) Por este motivo, la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica, en especial, para la aplicación jurídica de los derechos fundamentales*"[43].

Como explica Bernal[44], siguiendo a Alexy, *la ponderación es únicamente una estructura por medio de la cual no se establece una relación absoluta, sino "una relación de precedencia condicionada" entre los principios, a la luz de las circunstancias del caso, a fin de determinar el sentido de la decisión judicial. Para ponderar se siguen los siguientes pasos:*

- *Aplicación de la Ley de ponderación: cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.*
- *Aplicación del peso abstracto de los principios que puede variar de acuerdo con la jerarquía de la fuente del derecho en que estén. El peso abstracto es una variable muy particular, por cuanto siempre depende de consideraciones morales e ideológicas y lleva necesariamente al juez a adoptar una posición acerca de la teoría sustancial de la Constitución. Desde luego, la variable del peso abstracto pierde su importancia cuando los principios en colisión son de la misma naturaleza.*
- *Determinación de la seguridad o certeza de las apreciaciones empíricas concernientes, al grado en que la medida analizada implica fácticamente la falta de satisfacción del primer principio y la satisfacción del segundo en las circunstancias del caso concreto.*
- *Enunciación de la carga de la argumentación, que opera cuando el resultado de la aplicación de la fórmula del peso es un empate, es decir, cuando el peso concreto de*

---

[42] La sentencia T-406 de 1992, hace un análisis exhaustivo sobre el Estado Social de Derecho y el nuevo ordenamiento jurídico.
[43] BERNAL, Carlos. La racionalidad de la ponderación. EN Filosofía del derecho constitucional, cuestiones fundamentales. Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. 2015. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4052/22.pdf consultado octubre 20 de 2017. 4 pm.
[44] BERNAL, Carlos. La racionalidad de la ponderación. EN Filosofía del derecho constitucional, cuestiones fundamentales. Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. 2015. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4052/22.pdf consultado octubre 20 de 2017. 4 pm.

los principios en colisión es idéntico. En general, los argumentos deben favorecer el principio democrático.

Expuesto de esta manera, significa que cuando el juez se encuentre enfrentado con uno o más principios constitucionales, debe buscar una solución que dé la mejor respuesta para el caso, a través de la ponderación.

Es posible entonces sostener que en tanto la regla se aplica de una manera "universal" para todos los casos, el principio a través de la ponderación, puede encontrar maneras "particulares" de ser aplicado. También es evidente, que en tanto para aplicar la regla se hace un ejercicio por hallar la coherencia, entre los hechos y la situación fáctica de la norma, para aplicar un principio se requiere un esfuerzo de comparación argumentativa entre dos o más principios que comparten una jerarquía similar, lo que permite asignarles peso, abstracto y concreto, con la finalidad de establecer una consecuencia jurídica pertinente. Fallar en base a reglas, es adoptar criterios de justicia generalizables, fallar en base a principios, es adoptar criterios de justicia del caso por caso.

Un paso a paso, en la aplicación del principio, podría representarse así:

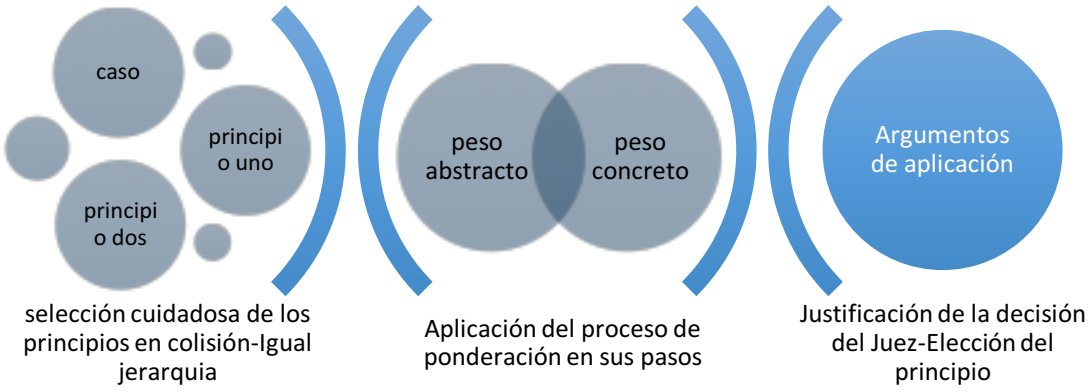


Figura tomada de "Los principios procesales de la justicia civil en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018. Pág. 163".

Los principios cumplen así su finalidad: dar la mejor perspectiva de uso al ordenamiento jurídico, y propiciar diversas fundamentaciones del derecho en las sentencias.

Ello es así porque el principio trasciende, a diferencia de la regla, la conducta de las personas, por ello está compuesto solamente del supuesto fáctico, sin consecuencia jurídica alguna. A diferencia de la regla, el principio no concluye deberes u obligaciones, simplemente antepone criterios, por ello son normas que se dicen abiertas, ya que no se cumplen o se incumplen, ellos se analizan transversalmente en la solución del caso.

Esta necesidad actual, se responde con una mayor participación activa del juez en el proceso. Hoy los jueces, en muchos países latinoamericanos y europeos, a través del control constitucional que ejercen sobre el proceso, tienen amplios poderes de instrucción, en especial para asegurar la protección constitucional se ha implantado la teoría del "*control*

difuso"[45], y por ello una de las obligaciones del juez, es garantizar la aplicación de los principios constitucionales y la protección de los derechos fundamentales, en todos y cada uno, de los procesos judiciales a su cargo.

En este orden de ideas, la regla de exclusión no es la única solución para la prueba ilícita. El juez deberá analizar, según la gravedad o complejidad del caso en estudio, el remedio más adecuado para la justicia de la decisión.

IV. EL IMPACTO SOCIAL DE LOS DELITOS TRANSNACIONALES

No son pocos los casos complejos o difíciles que resuelven los jueces enfrentados a delitos transnacionales. Algunos de los asuntos más conocidos, que deben las pruebas recaudadas a la "Operación Fénix", son los procesos contra varios políticos colombianos[46] por estar implicados directa o indirectamente con la entonces guerrilla de las FARC.

En el proceso contra el exrepresentante Borja, la Corte Suprema de Justicia[47] se cuestiona seriamente sobre la validez que tienen las pruebas: 1) argumenta la falta de competencia que tenían los funcionarios del Ejército de Colombia que recolectaron los computadores y la información en el campamento, pues no eran funcionarios de policía judicial. 2) pone de manifiesto la trasgresión del Convenio de Cooperación Judicial, suscrito entre Colombia y Ecuador y, 3) analiza la falta de jurisdicción en la obtención de la prueba, pues fue recogida en un país extranjero, y la prueba es válida siempre que se obtenga en el territorio donde tiene plena vigencia el ordenamiento jurídico en el que se hará valer, a no ser que se haga uso de los mecanismos y tratados internacionales respectivos.

Analizando estas circunstancias, la Corte pasa permanentemente del argumento de prueba ilegal al argumento de prueba ilícita, expone ideas y conceptos sobre los temas que encuentra discutibles, pero en ningún momento realiza un juicioso proceso hermenéutico de ponderación, necesario, para que la sociedad colombiana (víctima del proceso), entienda las razones por las cuales el proceso judicial no prospera.

Así se refiere la Corte Suprema de Justicia[48] de Colombia a la ilicitud de las pruebas obtenidas en la "Operación Fénix":

"Lo primero por aclarar en esta parte es que la exclusión de las pruebas, emanadas de los ordenadores electrónicos de «RAÚL REYES», no se derivó solamente del hecho de que las autoridades colombianas las recogieron en territorio ecuatoriano (desconociendo el Convenio de Cooperación Judicial suscrito entre ambas naciones), sino que, como se dijo

---

[45] A diferencia del control concentrado, que se ejerce por un órgano especializado, como un tribunal constitucional o una corte constitucional, el control difuso da poder a todos los jueces para controlar la constitucionalidad de innumerables actos. Ver, sentencia Corte Constitucional C-122 de 2011. MP. Juan Carlos Henao Pérez.

[46] Es el caso del exrepresentante Wilson Borja, quien se presenta ante la corte Suprema de Justicia: https://www.ambitojuridico.com/BancoMedios/Documentos%20PDF/auto%2029877%20(01-08-2011)%20reposici%C3%B3n%20wilson%20borja.pdf y el caso de la destitución de la exsenadora Piedad Córdoba, quien finalmente obtiene la anulación de la sentencia: https://www.dinero.com/pais/articulo/confirmada-destitucion-inhabilidad-piedad-cordoba/106320

[47] Ver el acta de conclusiones, https://www.ambitojuridico.com/BancoMedios/Documentos%20PDF/auto%2029877%20(01-08-2011)%20reposici%C3%B3n%20wilson%20borja.pdf recuperado en febrero 5 de 2019.

[48] Para mejor comprensión del caso se recomienda la lectura del Acta N.º 171 del 18 de mayo de 2011 de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, proceso 29877 donde la Corte se inhibe de abrir investigación penal a Wilson Alonso Borja Díaz. En igual sentido, el Acta 269 del 1.º de agosto de 2011 mediante la cual la Corte Suprema de Justicia resuelve el recurso de reposición al procurador general de la nación.

en el auto impugnado, se desatendió íntegramente la normativa que regula la práctica de pruebas en el exterior «desde la Constitución Política 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)»; de modo que no se trató de un error intrascendente: desatención de un tratado o una norma insustancial y aislada del sistema legal, sino de la vulneración de toda una institución procesal, pues se llevó de calle el estado jurídico en esa materia.

Las Fuerzas Armadas Colombianas, durante ese operativo, más allá de que se encontraran desarrollando actividades netamente militares y no del tipo investigativo-judicial, traspasaron las fronteras nacionales y, desconociendo todo el catálogo normativo que regula la recolección de pruebas en el exterior, incorporaron al país algunos elementos electrónicos con el propósito de hacer valer judicialmente sus contenidos, desbordando de esta manera el catálogo de sus facultades o competencias legales y constitucionales; amén de que el poder conferido por el Estado Colombiano a sus agentes, salvo excepciones que no vienen al caso, está circunscrito a los límites de su territorio.

La Corte no puede aceptar, porque ni el constituyente ni el legislador lo previeron en el derecho vigente, que en casos de «operaciones militares» de las Fuerzas Armadas colombianas en el exterior —que, por lo demás, aparecen como excepcionalísimas si se atiende a la normativa consagrada en la Carta de las Naciones Unidas— sea con el propósito de «contrarrestar amenazas terroristas» o por cualquiera otra razón, tratándose de procesar penalmente en el país a los señalados de tales comportamientos (Art. 16 Ley 599/00), no aplique el principio de legalidad de las pruebas (Arts. 6.º de las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004), ni el derecho constitucional a «un debido proceso» (Art. 29 Constitución Política); o que en esas situaciones tan particulares pueda prescindirse, al menos por excepción, de la Carta Fundamental, las Leyes, acuerdos y convenios internacionales, en cuanto a que ellos regulan las relaciones con autoridades extranjeras y la cooperación judicial. Nada de eso autoriza el orden jurídico del Estado.

Quede claro, eso sí, que a pesar de que las pruebas recogidas durante la «Operación Fénix» son ilegales, tras haberse desatendido el método jurídico previsto para su recaudo, bien puede suceder que por «fuente independiente» las autoridades obtengan otras que, sin mácula, acrediten los mismos hechos. En ese sentido, no se desconoce la existencia material de los elementos electrónicos y sus contenidos, sino que simplemente por su ilegalidad no cuentan con legitimidad para que puedan ser evaluados en este caso.

Ahora, en respuesta a la manifestación del señor Procurador, referida a que la exclusión de la evidencia en este caso puede afectar otro tipo de procesos penales trascendentes y que han demandado de años de investigación, la Sala apenas puede advertir que lo decidido aquí tiene efectos concretos sobre la condición jurídica del indiciado WILSON ALFONSO BORJA DÍAZ.

Pero, si sucede que en esos procesos a los cuales alude el impugnante de verdad se ha violentado gravemente el debido proceso (se recolectó prueba manifiestamente ilegal o se afectaron derechos fundamentales de los intervinientes), natural resulta que los funcionarios judiciales actúen, en consecuencia. Como perfectamente debe conocerlo el señor Procurador, en cuanto garante de la Constitución y de la Ley, que es la función primordial a él deferida por los numerales 1, 2 y 7 del artículo 277 de la Carta Política".

La pregunta que se hace la sociedad colombiana es: ¿y qué pasa con los cientos y cientos de delitos masivos que han ocurrido en el país, producto de las operaciones ilegítimas de las FARC por más de cincuenta años de conflicto armado?

El conflicto armado en Colombia, y en relación directa o indirecta con él, los delitos transnacionales, han generado un impacto social negativo de magnitud incalculable.



(Fueron muchos los municipios que vivieron esta realidad, decenas de civiles sacrificados. Foto tomada del Informe general del Centro de Memoria Histórica. http://centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2013/bastaYa/capitulos/basta-ya-cap1_30-109.pdf)

Vale mencionar algunos aspectos sociales de gran trascendencia que se deben al narcotráfico, a la guerrilla y al paramilitarismo:

- Corrupción de todos los poderes del Estado
- Daño a varias generaciones de jóvenes, quienes han participado activamente en estos enfrentamientos y delitos transnacionales
- Daño ambiental, bosques y selvas afectadas por el conflicto
- Desplazamiento forzado a gran escala
- Minería ilegal y otros negocios relacionados con ella como vandalismo sectorizado y prostitución
- Muertes y desapariciones

Solo para dar una idea de la magnitud del impacto que ha tenido que soportar la sociedad colombiana[49], se hace un comparativo con el caso de Argentina[50], quien contabiliza después de la violencia:

- 500 niños apropiados por el conflicto, 105 encontrados.
- 1000 personas procesadas, 698 elevadas a juicio.
- 200 personas dejadas en libertad, 788 con prisión preventiva.
- 483 en la cárcel y 297 en prisión domiciliaria.
- 413 condenados culpables y 45 inocentes.
- 13 juicios en todo el país sobre 1790 víctimas

[49] Centro de memoria histórica. http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/micrositios/informeGeneral/estadisticas.html recuperado febrero 05 de 2019

[50] SANTAGATTI, Claudio. La violación de los derechos humanos en Argentina en las décadas de los 70 y 80. EN Luces y Sombras de la constitucionalización en la justicia. Medellín, Sello Editorial Coruniamericana, 2018. Pág. 383 ss.

- Por el juicio en el centro de detención ESMA, ciudad de Buenos Aires, se juzgó a 68 personas por 796 víctimas.

Las cifras en Colombia, que pueden ser comparables con el caso de Argentina y con otros del mundo, han dejado:

- Al 31 de marzo del 2013, se reportaron por el RUV 25.007 personas desaparecidas, 1.754 víctimas de violencia sexual, 6.421 niños, niñas y adolescentes reclutados por grupos armados, y 4.744.046 personas desplazadas.
- El trabajo de Cifras & Conceptos para el GMH reporta 27.023 secuestros asociados con el conflicto armado entre 1970 y 2010, mientras que el Programa Presidencial de Atención Integral contra Minas Antipersonal (PAICMA) reporta 10.189 víctimas de minas antipersonal entre 1982 y 2012.
- la población civil ha resultado ser la más afectada, por cada combatiente caído han muerto (4) cuatro civiles[51]
- En el caso de las mujeres[52], las cifras no son menos tranquilizadoras: Las mujeres víctimas del conflicto armado, de diversas etnias, territorios y edades se han visto afectadas por esta guerra a lo largo y ancho del país. Ellas han experimentado inenarrables sufrimientos, múltiples y recurrentes abusos a su integridad física, sexual y psicológica. La intersección entre el género, la etnia, la edad y la localización en el territorio de conflicto, opera profundizando la discriminación contra las mujeres.

Es evidente, que los argumentos de la Corte Suprema de Justicia, para desestimar las pruebas por ilícitud se sustentan en varios los principios constitucionales, sin embargo ¿donde se encuentran ponderados los derechos fundamentales de los miles de colombianos afectados y víctimas del conflicto? ¿Se niega el derecho a probar de todo un país?

Hacer entender a las víctimas, las razones jurídicas para excluir una prueba, en procesos de alto impacto social, es una obligación de los jueces. Esto da cuenta de *"una nueva concepción del objeto del proceso como mecanismo de resolución de conflictos, que asume la garantía de la defensa no como oposición o resistencia de la acción, sino como una posibilidad de influir en la decisión que tomará el juez. De esta forma, las posibilidades de participación probatoria que les otorga el legislador a las partes, brindan el derecho o la posibilidad de incidir activamente en el desarrollo y eléxito del juicio*"[53].

Pedir ponderación entre las vulneraciones a los principios constitucionales violentados en la "Operación Fénix" y el derecho a probar de los millones de víctimas y afectados, no significa que se obvien las consecuencias jurídicas que debe generar una prueba ilícita. Tampoco que queden en la impunidad los actos de trasgresión, que se hayan realizado para su recolección. Estos son ámbitos diferentes a estudiar por la justicia.

A la vez que se reclama protección probatoria para las víctimas, y que se tome en cuenta el derecho a probar, como derecho fundamental; también se exige sanción para los responsables

---

[51] Centro de memoria histórica http://centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2013/bastaYa/capitulos/basta-ya-cap1_30-109.pdf recuperado en noviembre de 2018.

[52] La verdad de las mujeres. Víctimas del conflicto armado en Colombia. Comisión de la Verdad. https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/La%20verdad%20de%20la%20mujeres%20(Tomo%202)%20(1).pdf recuperado febrero 19 de 2019

[53] TROCKER, Nicoló. Citado por RAMIREZ, Diana. La prueba en el proceso –una aventura intelectual-. Medellín, Jurídica Sánchez, 2017. Pág. 32

de la incursión violenta al país vecino del Ecuador, igualmente sanciones contra los actores del poder ejecutivo y de las fuerzas militares que gestaron estas actividades inconstitucionales.

Ambas situaciones, la ponderación de principios para determinar el valor y eficacia de una prueba con el acto ilegal o inconstitucional cometido por un funcionario del Estado colombiano, no son compatibles, no son comparables en un mismo proceso, ni tampoco se pueden intervenir con los mismos instrumentos.

Por supuesto que el Estado colombiano debe ser sancionado por la incursión indebida a un país vecino, también sus dirigentes políticos, el presidente y los ministros, y los militares que realizaron la Operación Fénix. Todos ellos deben recibir las sanciones que el cargo y la responsabilidad derivada les merece.

Pero, la prueba recolectada y que es necesaria para obtener la verdad, la justicia y la reparación integral de las víctimas, representadas en la sociedad colombiana; y tal vez lo más importante, la garantía de no repetición para proyectar una sociedad y un mejor País, merece un "juicio adecuado de ponderación" en cada uno de los procesos donde se presente. Si la prueba ilícita, supera la ponderación, deberá valorarse adecuadamente en contra de los victimarios.

No es el pueblo colombiano el que debe quedar privado de su derecho a probar, atender a una adecuada ponderación no es una opción, es un deber del juez.

CONCLUSIONES

- La importancia de la constitucionalización de la justicia, lleva a que los derechos humanos y los derechos fundamentales, se discutan como la primera garantía a tener en cuenta en cualquier etapa del proceso y especialmente en la decisión de los jueces. Este es uno de los mayores logros del actual Estado de Derecho.
- En medio de esta tendencia, se vislumbra una fuerte discusión en torno a la prueba ilícita, aquella que es recolectada o procesada, en detrimento del debido proceso o de algún derecho fundamental. Este también es un gran logro frente a la humanización del proceso.
- No obstante lo expuesto, otro de los efectos importantes de la constitucionalización de la justicia, es la interacción en el ordenamiento jurídico entre regalas y principios, cuya naturaleza jurídica, exige un tratamiento hermenéutico diferente. En tanto para las reglas de los códigos se aplica una subsunción silogística simple, cuando el juez decide sobre la prevalencia de un principio constitucional debe ponderar.
- En este análisis de ponderación, no se hace prevalecer un principio en específico, sino que se aspira a una concreción de las consecuencias jurídicas, dependiendo del caso concreto. Esta es la forma, como la sociedad espera, argumentos racionales del juez en el uso de los principios, a favor de la justicia.
- La agresividad y la huella del impacto social, que dejan los delitos transnacionales en un país, requiere de un tratamiento adecuado, donde la ponderación deje ver

claramente, como surge y se reflexiona sobre el derecho fundamental a probar de todo un colectivo.

- Hoy que se habla de un proceso pro-víctima, de las nuevas dimensiones de la prueba, de la creación de los nexos causales sobre la responsabilidad, del análisis de precedentes y nuevas fuentes del derecho; se requiere más que nunca de un juez capacitado para establecer relaciones directamente proporcionales a la gravedad del daño.
- No son estas soluciones pacíficas, pero ante casos difíciles, es mejor discutir sobre la racionalidad de los argumentos de la ponderación de principios, que aceptar la aplicación exegética de una regla como la exclusión.

BIBLIOGRAFÍA

ARMENTA, Teresa. La prueba ilícita (un estudio comparado). Barcelona, Marcial Pons, 2011

BERNAL, Carlos. La racionalidad de la ponderación. EN Filosofía del derecho constitucional, cuestiones fundamentales. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4052/22.pdf Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. 2015.

DEVIS, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Bogotá, Editorial Temis, 2002.

JIMÉNEZ, José y otra. Investigación «El cuerpo humano como evidencia probatoria». Informe final, Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal. Medellín, Universidad de Medellín, 2005.

PICO, Joan. La prueba ilícita y su control judicial en el proceso. http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/prueba-ilicita-control-judicial-proceso-288524 Consultado 6 de enero de 2017

RAMIREZ, Diana. Independencia del perito y resguardo de su idoneidad técnica EN La prueba en el proceso. Barcelona, Atelier, 2018.

RAMIREZ, Diana. La prueba en el proceso – una aventura intelectual. Medellín, Editorial Jurídica Sánchez, 2017.

SANTAGATTI, Claudio. La violación de los derechos humanos en Argentina en las décadas de los 70 y 80. EN Luces y Sombras de la constitucionalización en la justicia. Medellín, Sello Editorial Coruniamericana, 2018.

SUZUKI, David, KNUDTSON, Peter. Genética. Conflictos entre la ingeniería genética y los valores humanos, Trad. Martín José y Vicedo Magda. Madrid, Tecnos, 1991.

TARUFFO, Michele y otros. Los principios procesales de la justicia civil. Lima, palestra, 2018.

TARUFFO, Michele. Sobre las fronteras. Bogotá, Temis, 2006

TARUFFO, Michele. La prueba. Barcelona, Marcial Pons, 2008.

TROKER, Nicoló. Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano, Milán, Giuffrè, 1974.

TRUJILLO, Liza. La operación Fénix en el marco de los principios del derecho internacional. https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/7732/tesis393.pdf?sequence=1 Repositorio Universidad Javeriana. 2010.

SENTENCIAS CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

T-406 de 1992, corte constitucional de Colombia. M.P. Ciro Angarita Barón

C-122 de 2011. MP. Juan Carlos Henao Pérez.

C-694 de 2015. Sala plena en estudio de la constitucionalidad de la ley de justicia especial para la paz – JEPSentencia Corte Constitucional

Acta No. 171 del 18 de mayo de 2011 de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, proceso 29877

WEBGRAFÍA

Periódico EL TIEMPO. http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4018612.

Periódico EL PAIS. http://www.elpais.com.co/elpais/internacional/noticias/ultimo-vuelo-boult.

Informe General del Centro de Memoria Histórica sobre el conflicto armado en Colombia http://centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2013/bastaYa/capitulos/basta-ya-cap1_30-109.pdf

La verdad de las mujeres. Víctimas del conflicto armado en Colombia. https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/La%20verdad%20de%20la%20mujeres%20(Tomo%202)%20(1).pdf

Revista Dinero https://www.dinero.com/pais/articulo/confirmada-destitucion-inhabilidad-piedad-cordoba/106320

Periódico EL TIEMPO https://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/reviva-la-operacion-fenix-38155 https://noticias.caracoltv.com/colombia/exguerrillera-que-participo-en-homicidio-de-liliana-gaviria-pidio-perdon

Revista Semana Diciembre 12 de 2009. https://www.semana.com/nacion/articulo/la-verdad-del-bombardeo/110971-3

EL TIEMPO, reporte de marzo 1 de 2008. https://www.eltiempo.com/justicia/conflicto-y-narcotrafico/se-cumplen-10-anos-de-la-muerte-de-raul-reyes-188590

NORMAS

Constitución Política de Colombia 1991

Código de procedimiento penal de Bolivia

Código procesal penal de Colombia, Ley 906 de 2004