

¿ILEGALIDAD EN LA OPERACIÓN FÉNIX “CASO RAÚL REYES”?

Juan Pablo Rincón Camacho, José Eduardo Rincón Camacho.*

Introducción. 1. Formulación del Problema. 1.1. Objetivos 1.1.1 Objetivo general. 1.1.2. Objetivos específicos. 2 La proporcionalidad en el Uso de la fuerza por parte del Estado. 3. Antecedentes Históricos de la Operación Fénix. 3.1 Problemas internos asociados al Narcotráfico y Guerrilla. 3.2. Repercusión en las relaciones con países vecinos. 4. Alcance del Principio de legalidad. 5 Conclusiones. Bibliografía.

RESUMEN

En este trabajo se analiza la manera en que se pudo ver afectado el principio de legalidad durante la Operación Fénix, para lo cual se examina la aplicación del principio de proporcionalidad en el uso de la fuerza por parte del Estado, se describen los antecedentes históricos de la Operación Fénix y se estudia el alcance de la aplicación del principio de legalidad en el sistema penal colombiano.

El trabajo está desarrollado en capítulos, en el primero la aplicación del principio de proporcionalidad frente al uso de la fuerza por parte del Estado en la operación fenix; en el segundo capítulo se describen los antecedentes históricos, tanto internos como internacionales, que rodearon los hechos de la Operación Fénix; en el tercer capítulo se analiza el alcance del principio de legalidad y en el cuarto capítulo se presentan las conclusiones del trabajo.

* Juan Pablo Rincón Camacho, Abogado egresado de la Universidad Santo Tomas – Bogotá D.C., Especialista en Derecho Administrativo U. Santo Tomás Bogotá D.C., Derecho Penal & Derecho Procesal de la Universidad Santo Tomas – Tunja, candidato a Magister en Derecho Penal & Derecho Procesal Penal en la Universidad Santo Tomas Tunja – Colombia, Abogado Litigante.

* José Eduardo Rincón Camacho, Abogado egresado de la Universidad Santo Tomas – Bogotá D.C., Especialista en Derecho Penal U. Santo Tomás Bogotá, Derecho Penal & Derecho Procesal de la Universidad Santo Tomas – Tunja, candidato a Magister en Derecho Penal & Derecho Procesal Penal en la Universidad Santo Tomas Tunja – Colombia, Procurador Judicial I en Asuntos Penales Yopal.

Palabras claves: FARC-E. P, Raúl Reyes, legalidad, ilicitud, pruebas electrónicas.

ABSTRACT

This paper analyzes the way in which the principle of legality could be affected during Operación Fénix, for which the application of the principle of proportionality in the use of force by the State is examined, the historical background of Operation Fénix and the scope of the application of the principle of legality in the Colombian penal system are studied.

The work is developed in five chapters, and in the first one the approach of the researched problem is specified and the objectives formulated; In the second chapter, the application of the principle of proportionality to the use of force by the State is discussed; The third chapter describes the historical background, both internal and international, that surrounded the events of Operation Fénix. In the fourth chapter the scope of the principle of legality is analyzed and in the fifth chapter the conclusions of the work are presented.

Keywords: FARC-EP, Raul Reyes, legality, illegality, electronic evidence.

INTRODUCCIÓN

Dentro de las distintas dificultades que ha enfrentado el Estado colombiano, encontramos la corrupción, el tema del narcotráfico y sin lugar a dudas la lucha armada contras las organizaciones subversivas y las mismas de extrema derecha.

El Estado Colombiano en ejecución del plan Colombia, el 1 de marzo de 2008 las fuerzas armadas bajo el mando supremo del Presidente Álvaro Uribe Vélez, incursionaron en territorio Ecuatoriano, cerca de la frontera, para atacar el campamento en donde se tenía conocimiento de la presencia del comandante guerrillero Luis Édgar Devia Silva, conocido por el alias de Raúl Reyes, quien resultó muerto junto con otras personas que le acompañaban. En la operación, denominada “Operación Fénix”, también se incautaron computadores, unidades extraíbles tipo USB, discos duros, así como material de intendencia.

Con ocasión a los documentos electrónicos incautados en la operación militar, se encontró suficiente evidencia para colocar en conocimiento de la Corte Suprema de Justicia el nexos que tenía el señor Wilson Borja representante a la Cámara por Bogotá, con el grupo subversivo de las FARC EP, sin embargo la Corte Suprema de Justicia-sala Penal en auto inhibitorio decidió no abrir investigación formal pues la obtención de estos elementos materiales probatorios fue ilegal, pues no se ajustaba a la cooperación internacional entre Estados, como la obtención de la evidencia electrónica se apartó del procedimiento penal, es decir por fuera del principio de legalidad, análisis que entraremos a desarrollar en este artículo.

1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Teniendo en cuenta los principios de proporcionalidad y el mismo derecho ductil, la discrecionalidad de la ejecución de los actos del ejecutivo como de las operaciones militares, surge entonces la siguiente pregunta de investigación: ¿De qué manera se pudo ver afectado el principio de legalidad durante la Operación Fénix?

1.1. OBJETIVOS

1.1.1. Objetivo general.

Analizar la manera en que se pudo ver afectado el principio de legalidad durante la Operación Fénix.

1.1.2. Objetivos específicos

1. Analizar la aplicación del principio de proporcionalidad en el uso de la fuerza por parte del Estado.
2. Describir los antecedentes históricos de la Operación Fénix.
3. Estudiar el alcance de la aplicación del principio de legalidad en el sistema penal colombiano.

1. LA PROPORCIONALIDAD EN EL USO DE LA FUERZA POR PARTE DEL ESTADO

Independientemente de la controversia que generó la Operación Fénix a nivel internacional, ese evento también generó al interior del país un debate ya no por el derecho del Estado Colombiano a actuar por fuera de sus límites territoriales, sino respecto de la necesidad de desplegar de la forma en que se hizo los recursos militares para lograr el

objetivo de neutralizar las operaciones del grupo guerrillero que fue objeto de ese ataque. Para abordar ese aspecto de la discusión resulta conveniente referirse al principio de proporcionalidad.

A juicio de Marín Hernández, “uno de los principios que más ha sido desarrollado es el de la proporcionalidad, por cuanto es una herramienta y parámetro de control de la actividad de la administración, pero también ha tenido influencia en el campo de los derechos fundamentales y los conflictos que se suscitan entre éstos y las diferentes actividades del Estado en la medida en que éste interfiere en los derechos o patrimonio de los individuos (Marín Hernández, 2007). La Corte Constitucional ha señalado que “el principio de proporcionalidad es una herramienta conceptual del derecho constitucional que permite evaluar la validez o legitimidad constitucional de las intervenciones que las autoridades públicas (y principalmente el Legislador) en los derechos fundamentales” (Sentencia C-433, 2013).

En cuanto a la discrecionalidad que aplica al momento de aplicarlo, el juicio de proporcionalidad tiene especial importancia, ya que en el ejercicio de esa facultad se debe elegir entre las varias opciones, con el único propósito de proteger el interés general. En efecto, en Colombia la Corte Constitucional ha señalado unas subreglas que el juez constitucional debe seguir al momento de evaluar la correcta y pertinente aplicación del principio de proporcionalidad, como son las de determinar:

1. Si se persigue una finalidad válida a la luz de la Constitución;
2. Si el trato diferente es “adecuado” para lograr la finalidad perseguida;
3. Si el medio utilizado es “necesario”, en el sentido de que no exista uno menos oneroso, en términos de sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin perseguido y,
- 4.

Si el trato diferenciado es “proporcional stricto sensu”, es decir, que no se sacrifiquen valores, principios o derechos (dentro de los cuales se encuentra la igualdad) que tengan un mayor peso que los que pretende satisfacer mediante dicho trato. (Sentencias T-422, 1992)

La Corte ha explicado estas subreglas que conforman el denominado test de proporcionalidad en los siguientes términos; en primer lugar, en el análisis se busca establecer la finalidad de la medida de que se trata el propósito que el precepto cuestionado persigue y los intereses que busca favorecer resultan relevantes, en cuanto si la medida implica alguna restricción o sacrificio de otros derechos o intereses; de acuerdo con la Corte, la validez constitucional de esa limitación depende, entre otros criterios, de la importancia que el texto superior le reconozca al objetivo que la norma pretende alcanzar. (Sentencia C-470, 2011)

El segundo elemento por analizar con miras a determinar la proporcionalidad de la medida que se estudia es su idoneidad para alcanzar la finalidad propuesta. Entonces, para que una norma pueda considerarse proporcional, ha de ser adecuada o conducente para el logro del fin propuesto, para lo cual deberá existir un importante grado de probabilidad de que a través de ella pueda lograrse el objetivo buscado. (Sentencia C-470, 2011)

En tercer lugar, dentro de este test de proporcionalidad debe examinarse lo relativo a la necesidad de la medida, lo que equivale a preguntarse si la misma resulta indispensable para el logro del objetivo propuesto. De acuerdo con la Corte, este aspecto normalmente se determina examinando la posibilidad de que se implemente otra medida menos gravosa, y que sin embargo resulte igualmente conducente al propósito esperado. Y, por último, debe analizarse si esta medida resulta proporcionada en sentido estricto, para lo cual se requiere

establecer el balance existente entre los beneficios que su aplicación podría reportar y los costos o dificultades que ello ocasionaría. Sin embargo, en algunos casos este criterio resulta bastante subjetivo, dado que la alta indeterminación del beneficio o del costo que se puede generar, queda entonces en un plano puramente especulativo evaluar la relación costo - beneficio que al respecto pudiera plantearse y, a partir de allí, deducir si se está quebrantando el principio de proporcionalidad.

A través de su ejercicio de juez constitucional la Corte ha hecho varios ejercicios de valoración frente al principio de proporcionalidad; sin embargo algunos autores solamente señalan tres de esos cuatro elementos del test de proporcionalidad, aunque al describirlos hacen referencia a los cuatro; por ejemplo, Rodríguez de Santiago se refiere a ellos señalando como primero es que tiene que ver con la adecuación, idoneidad o de congruencia, el segundo el relacionado con la necesidad, intervención mínima o menor lesividad, y el tercero es el de proporcionalidad, en sentido estricto (Rodríguez, 2000).

La Corte ha señalado que no existe una estructuración dogmática del principio de proporcionalidad, y cuando hace referencia a él lo entrelaza o mezcla con el de razonabilidad, racionalidad, igualdad e interdicción de la arbitrariedad (Sentencia C-525, 1995). En otras sentencias se hace un claro estudio del principio de proporcionalidad y se integran los mandatos ya referenciados, como sucede en la Sentencia T-308 de 1993, en la que, tras hacer un análisis de la adecuación entre los medios y los fines, de la necesidad de menor lesividad y de ponderación, amparó los derechos de los habitantes vecinos a un batallón militar que se quejaban por los ruidos de las armas de fuego que interrumpían su tranquilidad.

La Corte se ha referido a este principio calificándolo como “una herramienta conceptual del derecho constitucional que permite evaluar la validez o legitimidad constitucional de las intervenciones que las autoridades públicas (y principalmente el Legislador) en los derechos fundamentales” (Sentencia C-433, 2013). En esta misma sentencia lo valoró frente al *non bis in ídem*, encontrando que este es, en cambio, una posición de derecho fundamental adscrita al debido proceso, por lo que pertenecen entonces a categorías distintas, es decir una herramienta conceptual, el primero y el segundo una norma de derecho fundamental, por lo que consideró que no es cierto que el uno sea un componente del otro.

Este mismo principio fue considerado por la Corte al analizar la discrecionalidad del Estado al momento de implementar la política criminal, encontrando que:

En el ámbito de su regulación, la validez e idoneidad de las medidas que en este campo se puedan adoptar, depende de que las mismas sean compatibles con los valores superiores, los principios constitucionales y los derechos fundamentales, lo que exige mantener un margen de razonabilidad y proporcionalidad con respecto al fin para el cual fueron concebidas. Uno de los límites a la facultad legislativa en materia penal y en particular, a la potestad de definir los delitos y las penas es precisamente el principio de legalidad, en virtud del cual las personas solo pueden ser investigadas, acusadas, juzgadas y sancionadas penalmente, por acciones omisiones constitutivas de delitos que se encuentren previamente establecidos en la ley de manera clara, expresa, precisa e inequívoca (Sentencia C-500, 2014).

Además, la Corte Constitucional consideró que las penas fijadas para el delito de lesiones personales en sus distintas modalidades no constituyen un parámetro de

comparación para determinar la proporcionalidad de la pena fijada para la violencia intrafamiliar, dado que se busca proteger a la familia, como bien jurídico distinto a la integridad personal y elemento fundamental de la sociedad, e incluye dentro de las conductas constitutivas de la infracción muchos otros comportamientos diferentes a causar daño en el cuerpo o en la salud. Se nota en este análisis de la Corte la importancia que se le reconoce a los bienes jurídicos sustanciales como la familia al momento de valorar la proporcionalidad de una norma, colocándola inclusive por encima de la integridad personal al considerarla como elemento fundamental de la sociedad. En su concepto la modificación introducida por el legislador a través del artículo 229 del Código Penal al tipo penal de violencia intrafamiliar, contraría los principios constitucionales de legalidad y proporcionalidad de la pena, dado que, no obstante, la censura que merecen todas las formas de violencia intrafamiliar, el incremento punitivo establecido en la norma acusada, resulta desproporcionado a la luz de las conductas de maltrato que se pretende castigar.

En efecto la Corte ha señalado que, de acuerdo con el principio de proporcionalidad penal, todas las penas deben ser proporcionales a la gravedad de los delitos y al daño ocasionado, por lo que una de las características de las sanciones o penas debe ser el establecimiento de un límite en el tiempo, a fin de dar cumplimiento al artículo 28 de la Constitución que prohíbe mecanismos sancionatorios imprescriptibles. Así, a la luz de los principios de legalidad, proporcionalidad y prescriptibilidad, no es posible en Colombia consagrar sanciones subsidiarias o dependientes que se extiendan en el tiempo indefinidamente, al punto que terminen por superar la sanción penal impuesta en el marco de un proceso judicial. (Sentencia C-370, 2014)

En el caso de las normas determinadas por el Legislativo para resolver el problema de congestión judicial la Corte encontró que las mismas no satisfacen el test de proporcionalidad, por considerar que la congestión judicial es una problemática amplia y multifactorial, por lo que podría agravarse o por el contrario reducirse, por efecto de una gran cantidad de circunstancias, situación en la que resulta difícil afirmar que una específica medida resulta determinante y necesaria para su solución. Adicionalmente la Corte consideró que no se había demostrado que la nueva regla fuera efectivamente útil para contribuir a la solución del problema planteado, lo que hace aún menos posible evaluar su necesidad, así como la relación costo-beneficio de la medida legal, como elementos necesarios para deducir si se está quebrantando el principio de proporcionalidad (Sentencia C-470, 2011). El tribunal señaló en esta sentencia que la medida establecida no supera el test de proporcionalidad, “por cuanto si bien pretende contribuir a una finalidad legítima y acorde con la Constitución como lo es la descongestión de los despachos judiciales, resulta tener un efecto exiguo y dudoso frente al logro de ese propósito, no puede catalogarse como necesaria y no resulta proporcionada” (Sentencia C-470, 2011).

El principio de proporcionalidad fue empleado recientemente por la Corte para analizar la constitucionalidad de la Ley 1696 de 2013, por medio de la cual se dictan disposiciones penales y administrativas para sancionar la conducción bajo el influjo del alcohol u otras sustancias psicoactivas (Sentencia C-633, 2014). En esta oportunidad la Corte abordó el análisis de proporcionalidad de estas medidas, empleando para ello un test de intensidad intermedia, destacando que: i) estas medidas persiguen propósitos constitucionales importantes, entre ellos la protección de la vida y la integridad de las personas; ii) emplean medios no proscritos por la Constitución, pues aunque implican la

anticipada restricción de algunos derechos, tienen por finalidad asegurar la efectividad del procedimiento en curso, a través del cual se busca resguardar intereses de especial valor constitucional; iii) las competencias atribuidas son efectivamente conducentes para controlar los riesgos asociados a la conducción bajo los efectos del alcohol.

En este mismo año la Corte encontró que la expresión “siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor” del artículo 229 del Código Penal respeta el principio de taxatividad penal, al considerar que no genera ambigüedad sobre ninguno de los elementos del tipo penal de violencia intrafamiliar; Particularmente consideró que ese artículo no hace indeterminada la consecuencia punitiva ni lleva a la confusión, pues constituye en realidad un criterio al cual deben acudir los funcionarios judiciales al momento de realizar el proceso de adecuación típica de la conducta sometida a investigación y juicio en cada caso concreto (Sentencia C-368, 2014). Adicionalmente, la Corporación advirtió que esta elevación de los límites punitivos no resulta contraria a los principios de proporcionalidad y razonabilidad porque es un mecanismo adecuado para prevenir y reprimir los actos de maltrato en la familia, lo que han sido considerados por el legislador como una situación que afecta ostensiblemente la convivencia pacífica.

Ya en 2011 la Corte se había referido a este principio cuando estudió normas previstas para el decomiso de bienes por parte de autoridades administrativas. De acuerdo con ese alto tribunal, la previsión del decomiso como medida correctiva de carácter policivo, prevista en los artículos 166, numeral 10 del Decreto 1355 de 1970 y 129 del Decreto 522 de 1971, constituye una limitación legítima del derecho de propiedad diferente de la acción de extinción del dominio y, por tanto, que no requiere ser ordenado por una autoridad judicial, sino que puede ser impuesto por una autoridad administrativa como lo es

el alcalde. Así mismo la Corte encontró que el decomiso cumple con los principios de legalidad, debido proceso, tipicidad y proporcionalidad que constitucionalmente se exige de toda sanción. En efecto corresponden al ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas al Presidente de la República, además de que existe un procedimiento para la imposición de la sanción, que garantiza el debido proceso y defensa. Analizadas cada una de las contravenciones por las cuales se puede imponer el decomiso, la Corte concluyó que se ajustan a la Constitución y específicamente, con el principio de proporcionalidad, habida cuenta que (i) tienen un fin legítimo de preservación, de uno o varios elementos que componen el orden público; (ii) son idóneas para el logro de dicho fin y (iii) son proporcionales en sí mismas consideradas en la medida que son necesarias y no existe otra forma para lograr la preservación de la seguridad, tranquilidad y salubridad públicas que se afecta con tales conductas (Sentencia C-459, 2011). Se observa en esta sentencia la rigurosidad empleada por la Corte respecto de la aplicación del test de proporcionalidad para evaluar la constitucional de una norma, en este caso relacionada con el decomiso.

Dentro de los límites que tienen los servidores públicos, estos están regulados en la Constitución Política y la misma ley, es por ello que en el inciso segundo del artículo 4 de la Carta Política se habla que los nacionales colombianos como los extranjeros sus actuaciones deben estar enmarcadas o ajustadas a garantizar los principios, derechos y garantías.

Así las cosas remontándonos a los hechos ocurridos el 1 de marzo de 2008, en la operación fénix, tenemos que efectivamente los miembros de la fuerza pública Colombiana tenían suficiente material de inteligencia que daba cuenta que en el estado sucumbíos del territorio Ecuatoriano existía un frente de la organización subversiva (Farc ep) liderado

por el señor Edgar Devia, que ante la confirmación de ese grupo ilegal, se procedió a ingresar a ese territorio extranjero sin mediar autorización del Estado Ecuatoriano, argumentando la legítima defensa preventiva (Unidas., 1945) en el artículo 51 se dispuso que todos los estados miembros de esta organización establecía el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un miembro de las Naciones Unidas, hasta que el Consejo de seguridad haya tomado las medidas para mantener la paz y la seguridad internacional.

El primer análisis que debemos hacer en ese test de proporcionalidad es si la incursión militar (operación fénix) perseguía una finalidad válida a la luz de la Constitución Política, en ese sentido encontramos que nuestro estado Colombiano se caracteriza por ser democrático y participativo, pluralista, fundado en el respeto de la dignidad humana, lo cual nos lleva que hubo una extralimitación de funciones, pues en el momento de la ejecución de la acción militar para neutralizar a estos grupos insurgentes estaba reglada por la ley 906 de 2004, donde se expresa en su libro V Cooperación Internacional, debían mediar la presencia de no solo las autoridades militares, sino también de las autoridades judiciales competentes para respectiva cooperación, entre los cuales era necesario solicitar al Ministerio de relaciones exteriores, dicha petición como la imperiosa necesidad de utilizar canales como los de la Organización Internacional de Policía Criminal (Legis Información y Soluciones, 2019) actuación militar que desatendió los lineamientos del artículo 484 del estatuto adjetivo colombiano, destacando que la misma operación se apartó de los tratados y convenios entre estados en este caso con Ecuador – Ley 519 de 1999– (Ecuador., 1996), hecho militar que no legitima o se encuentra ajustado para validar la actuación a la luz de la Constitución Política.

Siguiendo con el análisis del test proporcionalidad, en su segundo momento, es si ese trato diferente de dar prioridad a la operación militar Colombiana, para dar captura a los subversivos en territorio ecuatoriano como incautar elementos probatorios, permite dar un trato desigual a la luz de las normas internacionales, Constitución y la misma ley, amparados que el único fin era prevenir una acción militar subversiva injusta, colocando en peligro la integridad del territorio nacional y la misma población colombiana, destacando en que en esa época, los grupos subversivos colombianos eran considerados terroristas.

Ante lo anterior debemos analizar que la legítima defensa preventiva fue utilizada en el gobierno Bush, aduciendo que en Afganistán protegía a Osama Bin Laden y se negaba a entregarlo, con ocasión al ataque del 11 de septiembre de 2001, tomando la decisión el gobierno de Estados Unidos, se reservaba el derecho de atacar a otros países ante una inminente agresión a la población, actos que fueron respaldados con la resolución 1373 de 2001 del Consejo de Seguridad de la ONU, donde se prohíbe albergar grupos terroristas por los estados parte.

De la misma forma el estado Colombiano por el gobierno nacional y la cúpula militar planteo la utilización de esta resolución 1373 de 2001, para ingresar a territorio extranjero y hacer un bombardeo con fines de neutralizar a miembros de la FARC –EP como la incautación de material de intendencia, armas de fuego, explosivos y documentos electrónicos para lograr judicializar a los auspiciadores o colaboradores de este grupo ilegal, actuaciones que no presentan justificación, pues desatendieron la dignidad humana, los derechos humanos, el principio de legalidad, la soberanía de los estados y el derecho internacional humanitario, pues como ya se ha dejado claro la operación militar tenían dos componentes, uno la acción militar y otros con fines judiciales, que era capturar los

autores de delitos contra el régimen constitucional y legal e incautar elementos electrónicos; los cuales no podían tener un marco de legalidad, pues se apartaron de los tratados internacionales, la Constitución política y la misma ley.

El tercer momento dentro del test proporcionalidad ajustado al análisis de la operación fénix, es verificar si el medio utilizado por el gobierno nacional y las fuerzas militares era el medio idóneo, sacrificando otros principios constitucionales. Estableciendo que el medio utilizado por el Estado Colombiano fue el empleo de la fuerza en la incursión militar en estado ecuatoriano, la cual aparentemente estaba legitimada en el argumento de que la seguridad nacional del estado colombiano se encontraba en alto grado de vulnerabilidad debido a la presencia del grupo armado en territorio de dicho estado, provocando la intervención militar con el objeto de aprehender a los miembros del grupo subversivo, pero el gobierno nacional, dejó de lado el hecho de que el empleo de la fuerza militar tiene unos límites los cuales debían estar ajustado a la necesidad y la proporcional de la acción militar; si bien, se entendida que existía una agresión injusta contra el estado Colombiano, afectando la estabilidad institucional, la integridad del territorial y la vida e integridad de sus habitantes, dicha circunstancia no ocurría, pues los subversivos no hacían parte del otro estado, razón por la cual lo que debía mediar era la ejecución de actos diplomáticos y la asistencia judicial entre estados. La muerte de miembros del grupo subversivo como de militares en la operación fue desproporcional, pues se quebrantó el principio de dignidad humana al desarrollar una operación que ante una valoración normativa era desde todo punto de vista ilegal, y que de igual forma, si se tiene en cuenta que por dignidad humana según sentencia T-291 de 2016, es entendida bajo tres lineamientos como: (i) la posibilidad de diseñar un plan de vida, es decir, de auto

determinarse, (ii) la posibilidad de tener ciertas condiciones materiales concretas de existencia, como el mínimo vital, la salud, etc. y, (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, como la integridad física y moral, es decir, la posibilidad de vivir sin ser sometido a humillaciones o torturas, la pérdida de vidas humanas tanto del grupo subversivo como de las fuerzas militares colombianas, represento una clara violación al mencionado principio de dignidad humana, un principio fundante del ordenamiento jurídico, que toma el sentido de la dignidad como valor, y que adicionalmente se presenta como principio constitucional y derecho fundamental autónomo.

En cuanto a la proporcionalidad de la acción militar preventiva del estado Colombiano, en el mismo sentido fue desproporcional, pues no se ajustó a circunstancias de urgencia, debido a que lo que se buscaba era evitar que se vulneraran otros derechos, pero lo que en realidad se ejecuto fue una acción militar que tomo por sorpresa a los subversivos, sin realizarse por los medios convencionales del derecho internacional y menos aún en el derecho interno de ambos estados, afectando garantías y principios que en un sistema democrático de derecho no podría tener cabida en la operación y menos aún en las pruebas para poder enjuiciar a los presuntos infractores.

Lo anterior hace necesario conocer los antecedentes históricos que rodearon la Operación Fénix, como elemento de juicio para establecer si esa operación era la óptima o menos onerosa para lograr el objetivo estratégico de neutralizar al comandante guerrillero Luis Édgar Devia Silva, conocido por el alias de Raúl Reyes y a las personas que lo acompañaban en su campamento.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA OPERACIÓN FÉNIX

En este capítulo se describirán los problemas internos asociados al narcotráfico y a la guerrilla y se estudiarán las repercusiones internacionales del conflicto, especialmente con los países vecinos.

2.1. PROBLEMAS INTERNOS ASOCIADOS AL NARCOTRÁFICO Y GUERRILLA

Desde la década de los 70's, con la bonanza marimbera¹ y el tráfico menor de cocaína, se formó en Colombia una especie de empresarios de lo ilegal. Pero fue a principios de los 80's que las ganancias producto de este comercio ilícito, alcanzaron cifras sin antecedentes lo cual represento un quiebre histórico en la dinámica del conflicto (Foro Nacional por Colombia:, 2006). Para esta época los grupos alzados en armas ya eran considerados grupos armados ilegales debido a sus actos delictivos en contra de la sociedad civil, tales como secuestros, extorsiones, desplazamiento forzado entre otros, sin embargo, con el auge del narcotráfico, la guerrilla encontró una fuente confiable de financiación lo cual permitió su interacción con las redes narcotraficantes de otros países.

El narcotráfico generó que la tasa de homicidios se incrementara progresivamente durante la siguiente década, la delincuencia aumentó, lo cual hizo que colapsara el sistema de justicia mediante asesinatos, sobornos y amenazas, sumándole a lo anterior el agravante que los narcotraficantes se infiltraron en la clase política a todos los niveles del Estado (Foro Nacional por Colombia:, 2006).

¹ Con ese nombre se conoce la bonanza generada por el tráfico de marihuana, especialmente en la zona de la Costa Atlántica del país.

La ausencia del Estado principalmente en las zonas rurales permitió que los grupos guerrilleros se asentaran e implementaran sus propias reglas, pero no fue sino a partir de la década de los ochenta, que empezaron un proceso de expansión hacia las regiones más ricas, donde a través del terror, la extorsión y el secuestro empezaron a extraer cobrar tributos a los campesinos, hacendados y empresarios de la época con el fin de solventar sus gastos. Teniendo en cuenta lo anterior es posible afirmar que con la expansión la guerrilla, la ineficiencia del sistema de justicia y notable ausencia del Estado, estos grupos se apropiaron de las funciones del Estado al administrar la justicia e inclusive mediante la implementación de reglamentos para las elecciones políticas en los municipios.

Como consecuencia de lo anterior, los grandes hacendados, comerciantes y empresarios optaron por financiar grupos armados ilegales, ya que habían sido víctimas de la expansión guerrillera; los primeros paramilitares funcionaban como grupos armados que garantizaban la seguridad de quienes los financiaban, todo lo anterior de la mano con las fuerzas armadas colombianas lo cual estableció una jerarquización entre los paramilitares, los miembros de la fuerza pública y la clase política tradicional.

Las fuerzas armadas colombianas tenían la tarea de velar por la seguridad de la sociedad civil y contrarrestar las consecuencias de la lucha armada de los grupos al margen de la ley; Colombia empezó a tener una imagen negativa ante la comunidad internacional debido a su conflicto interno y a la problemática del narcotráfico lo cual convirtió al país en una amenaza regional.

Si bien el Estado a través de la fuerza pública estaba intentando de una manera poco eficiente de retomar el control de las zonas invadidas por la guerrilla, no hay que dejar de

lado que fue precisamente la falta de garantías hacia la sociedad civil y las disputas bipartidistas por el poder lo que ocasionaron el surgimiento de estos grupos alzados en armas y posteriormente los paramilitares quienes con el tiempo, inconformes con el Estado, enfocarían su lucha armada hacia fines supuestamente políticos y sociales.

En los años 60 y 80 el conflicto en Colombia era incipiente, lo que no representaba mayor dificultad para sus países vecinos; después, entre 1983 y 1995 se evidencia la presencia de actores armados ilegales en zonas fronterizas como Venezuela, donde se registraron hechos de ataques a entidades militares de ese país. Entre 1996 y 2003 el conflicto toma más fuerza lo que, sumado a la ineficiencia del Estado en las fronteras, genera un alto impacto sobre la población existente en ambos lados de la frontera debido a la disputa entre guerrilla y paramilitares por el control de la región (Ramírez S., Colombia y sus vecinos. Nueva sociedad. Democracia y Política en América Latina, 2004).

A partir de entonces se presenta la evolución de las organizaciones armadas y entran en juego factores determinantes como la búsqueda por parte de estas organizaciones de nuevas fuentes de recursos para subsistir, incluyendo el secuestro, la extorsión, el narcotráfico y el lavado de activos, entre otras actividades ilícitas que permitieron la construcción de nuevas relaciones con redes internacionales con las cuales entablaban negociaciones para seguir obteniendo recursos.

2.2. REPERCUSIÓN EN LAS RELACIONES CON PAÍSES VECINOS

Luego del gobierno de Ernesto Samper, el gobierno colombiano se vio “una dirigencia política descompuesta que no merecía confianza ni apoyo internacional” (Ramírez S., Están Sitiados, 2008, p. 52), por lo que gobiernos posteriores han buscado

formas de controlar las consecuencias de conflicto en la región andina y de obtener apoyo internacional con el fin de resolver el conflicto, llevando a cabo acciones conjuntas con terceros países. Iniciativas evidentes se produjeron durante los gobiernos de Andrés Pastrana (1998-2002) y Álvaro Uribe Vélez (2002-2010)

Por otra parte, a partir de lo sucedido en Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001, la lucha contra el terrorismo forma parte importante de la seguridad a nivel mundial (Camargo, 2010). Lo anterior se hace evidente en Colombia cuando durante el periodo presidencia del Álvaro Uribe Vélez se crea la Política de Defensa y Seguridad Democrática; ésta fue concebida como una política de Estado de largo plazo, que se desarrolla en coordinación con todas las entidades del Gobierno y las demás ramas del poder (Presidencia de la República, 2003). La política de seguridad ciudadana tiene como objetivo principal, mediante el uso de las fuerzas militares, lograr el control territorial y fortalecer la estructura ofensiva contra el narcotráfico (Armanda Nacional, 2015), considerado como una de las fuentes económicas más importantes para los Grupos Armados al Margen de la Ley (GAML).

La presidencia de Álvaro Uribe Vélez generó la imagen del conflicto interno colombiano como terrorismo y buscó que otros países tomaran esa misma posición. Venezuela y Ecuador, por su parte, no ven el conflicto de la misma manera; esta diversidad de posiciones afecta directamente las relaciones entre estos países y Colombia (Camargo, 2010).

Así mismo, durante el gobierno de Andrés Pastrana, el Plan Colombia pasó de ser una herramienta para la paz a un compromiso bélico contra las drogas y la subversión

(Ramírez S., 2010). Para el presidente Hugo Chávez, la implementación del Plan Colombia ha facilitado la entrada de Estados Unidos en la región andina, lo que genera preocupación en su gobierno, pues considera a ese último país como amenaza, por lo que se ha manifestado preocupado por la presencia de fuerzas militares estadounidenses en Colombia, que podrían ser usadas en su contra.

Según Cardona el presidente venezolano Hugo Chávez “parece percibir que la Colombia de comienzos del siglo XXI es el principal obstáculo de la revolución bolivariana, en la medida en que esta requiere ampliarse para consolidarse. Y ha asumido que los gobiernos colombianos, en especial los de Álvaro Uribe, eran una especie de apéndice de la voluntad de la potencia hegemónica, Estados Unidos” (Cardona, 2011, p. 32). De acuerdo con esta posición es posible pensar, que las relaciones internacionales de cualquier tipo (de seguridad, económicas y políticas) entre Colombia y Estados Unidos, van a incidir directamente en las relaciones colombo-venezolanas.

En las elecciones realizadas en Venezuela el 3 de diciembre de 2006, Hugo Chávez fue reelegido con el 62,84% de los votos (Consejo Nacional Electoral, 2015). Se puede decir que la campaña de Chávez estuvo basada en dos puntos importantes “la promesa de un estado grande y un discurso confrontativo contra Estados Unidos” (Daza, 2008, p. 28). Es así como las políticas de integración entre el gobierno colombiano y Estados Unidos con el fin de acabar con el conflicto interno, el terrorismo y el narcotráfico, pueden generar confrontación y podrían además ser usadas en campañas políticas que tengan como punto relevante, impedir la entrada del llamado “imperialismo” en Suramérica y generar rechazo a la hegemonía de los Estados Unidos.

Por otra parte, con el manejo que se dio a las relaciones internacionales durante el gobierno de Uribe, se dejaron de lado varias instituciones creadas anteriormente con el fin de minimizar el impacto que tendrían las relaciones diplomáticas entre los países; otra medida que se tomó fue el aumento del pie de fuerza por parte de Colombia y Venezuela principalmente. Esto con el fin de aumentar la seguridad nacional frente al conflicto armado y frente al riesgo que representa el país vecino, respectivamente (Camargo, 2010). Las relaciones entre Colombia y los países vecinos llegaron a deteriorarse de tal manera, que, en algunos de esos países como Ecuador, se afirma que los colombianos que habitan en estos países son “los causantes de violencia y delincuencia” (Consejería en Proyectos, 2007, p. 29).

En respuesta a los efectos negativos del Plan Colombia, el Gobierno de Ecuador establece el Plan Ecuador, como “una política del Estado ecuatoriano de desarrollo y paz, articulada a una estrategia de seguridad, para promover el buen vivir de las poblaciones que habitan la Frontera Norte” (Camargo, 2010, p. 12). Este plan hace evidente la respuesta que tuvo el gobierno ecuatoriano, frente a las políticas creadas por Colombia en su territorio, además de cuestionar el papel de Estados Unidos en Suramérica (Malamud C., 2009). Uno de los puntos relevantes de esta política ecuatoriana fue el de defender su territorio de los efectos que genera el glifosato, pues las fumigaciones aéreas ocasionan desplazamiento; también se buscó con este plan fortalecer la presencia estatal en la zona fronteriza (Consejería en Proyectos, 2007).

Se observa entonces que las decisiones e interacciones políticas tomadas por los dirigentes de cada país, se han visto influenciadas tanto por el conflicto colombiano como por la interacción de terceros, especialmente por la relación entre el Estado Colombiano y

los Estados Unidos, especialmente durante el Gobierno de Álvaro Uribe Vélez. Especialmente el gobierno de Chávez “ha asumido que los gobiernos colombianos, en especial los de Álvaro Uribe, eran una especie de apéndice de la voluntad de la potencia hegemónica, Estados Unidos” (Cardona, 2011, p. 27).

Otro efecto del conflicto y de su manejo en las políticas de los distintos países, se ve reflejado en lo referente al desplazamiento de personas. Según el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) entre 2000 y 2004 más de cinco mil colombianos migraron a Venezuela huyendo del conflicto (Ahumada, 2005). Esto generó demoras en la aplicación de las respectivas políticas de inmigración en Venezuela y unas condiciones deficitarias para los inmigrantes. También el bombardeo en 2008 en territorio ecuatoriano, generó cambios importantes en las leyes de ingreso de colombianos al vecino país.

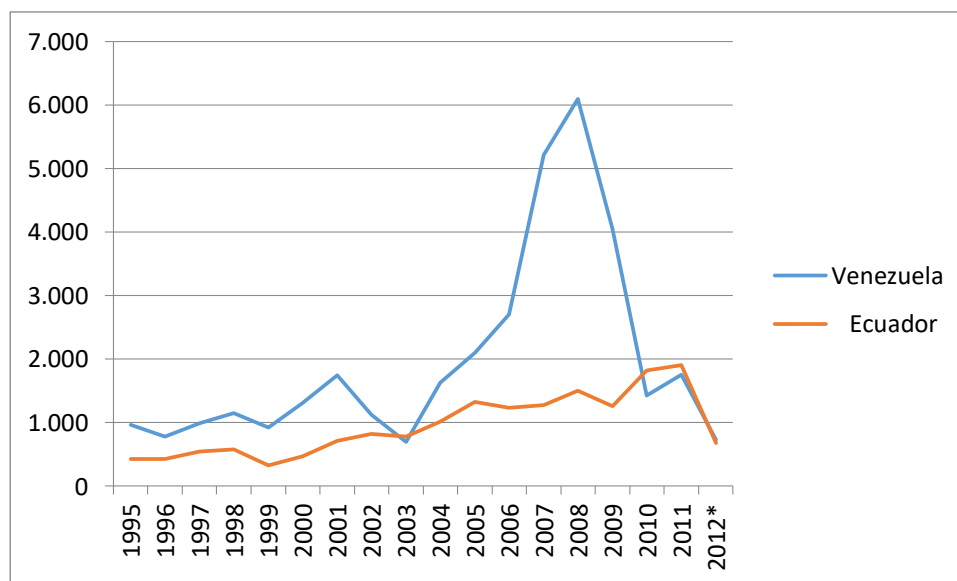
Puede concluirse entonces que el conflicto colombiano ha tenido un efecto considerable en el aspecto político en los países vecinos, especialmente Venezuela y Ecuador. Ese efecto ha sido aprovechado por los correspondientes gobiernos de esos países como argumento para fortalecer algunas de sus políticas internas, así como para generar opinión pública favorable a los respectivos gobiernos, motivada por el rechazo a los supuestos intereses imperialistas de terceros países aliados de Colombia. En el caso de Venezuela los efectos políticos han sido más notorios y han llegado a tener incidencia en las campañas electorales de Hugo Chávez.

Todo lo anterior tuvo efectos desde el punto de vista económico, lo que también hizo parte de los antecedentes de la operación Fénix. Venezuela y Ecuador son unos de los

socios comerciales más importantes para Colombia; históricamente se puede decir que Colombia desarrolló parte de su mercado automotriz y textil con estos países (Urrea, 2011).

Figura 1. Exportaciones a Venezuela y Ecuador 1995-2012.

(Millones de dólares FOB)



Fuente: Elaboración propia. Datos DANE (2012)

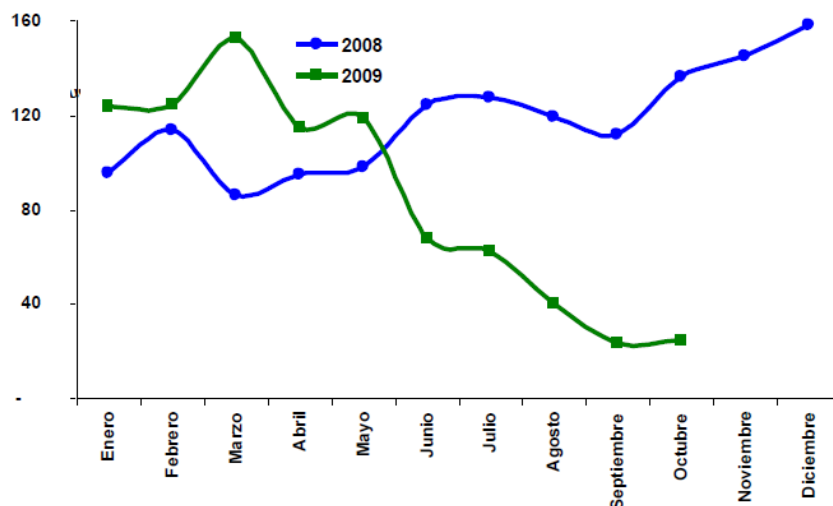
Como se observa en la Figura 1, las exportaciones a Ecuador presentaron una tendencia de crecimiento permanente desde 1995 hasta 2010, al pasar de 428 a 1909 millones de dólares FOB. En cuanto a las exportaciones a Venezuela, mantuvieron un crecimiento desde 967 hasta 1742 millones de dólares FOB entre 1995 y 2001 y luego descendieron a 780 millones entre 2002 y 2003, es decir, por debajo del nivel de 1995; posteriormente incrementaron hasta un máximo de 6092 millones en 2008.

Las tensiones que surgieron entre Colombia y Ecuador durante los dos periodos presidenciales de Álvaro Uribe Vélez entre 2002 y 2010, impidieron algunos de los propósitos comerciales de las Zonas de Integración Fronterizas (ZIF), como son la

ampliación de pasos fronterizos formales y el mejoramiento de la infraestructura de servicios públicos (Ramírez S., 2006), los que permitirían mejorar las relaciones comerciales entre los dos países. Uno de los eventos que dejó huella en las relaciones comerciales, fue la muerte de Raúl Reyes, conocido como el número dos de las FARC; este evento originó el cierre de las fronteras con Ecuador (López, 2015), lo cual impidió de manera repentina y radical el comercio entre los dos países.

Las relaciones comerciales colombo-ecuatorianas estaban regidas principalmente por la Comunidad Andina de Naciones (CAN) que permitía un comercio libre entre los dos países desde 1993; también fue creada La Comisión de Vecindad e Integración Colombo-ecuatoriana (1989) (Universidad ICESI, 2009), entre otras instituciones que fomentan el comercio binacional (Urrea, 2011). Algunos de los sectores que se ven afectados por las alteraciones en las relaciones diplomáticas y comerciales entre los dos países son: vehículos, hierro, telecomunicaciones, autopartes, productos procesados de mar, cereales, confitería y calzado. Por tratarse de productos que involucran mano de obra, resulta lógico que en la medida en que se afecten las relaciones comerciales entre los dos países no solamente se afectan los empresarios que usualmente se benefician de este comercio, sino también los empleados que trabajan en las correspondientes empresas, es decir, se genera también un problema de carácter social. Dado que el volumen de exportaciones a Venezuela es más significativo, en la Figura 2 se presenta la evolución de las exportaciones a este país en los años 2008 y 2009.

Figura 2. Exportaciones Agropecuarias mensuales de Colombia a Venezuela 2008-2009 (millones de dólares FOB).



Fuente DANE; cálculos OEE - Mincomercio. Tomado Ministerio de Comercio, Industria y Turismo República de Colombia. 2010.

Como se observa en la Figura 2, la evolución de las exportaciones en 2009 fue de decrecimiento, contrario a lo que había sucedido en el año inmediatamente anterior. El 24 de enero de 2005 se cierra la frontera colombo-venezolana, debido a las diferencias generadas entre los dos gobiernos por la captura de Rodrigo Granda en Caracas (Arroyo, 2009). A pesar de iniciar el año con este inconveniente, en el periodo comprendido entre 2005 y 2008, las exportaciones a Venezuela aumentaron de forma importante; tanto que aportaron el 45% del crecimiento de las exportaciones de sector industrial colombiano en ese periodo (Montes E.: Garavito & Esguerra, 2010), debido a políticas y acontecimientos económicos en ambos países (Esguerra, Montes, A., & Pulido, 2010).

El comercio con Venezuela empezó a reducirse drásticamente desde 2008, producto de las diferencias que mantuvieron los presidentes Uribe y Chávez que se reflejaron en

desplazamiento de fuerzas militares venezolanas a la frontera, y permanentes señalamientos del presidente Uribe en el sentido de que el gobierno venezolano estaba favoreciendo la presencia de grupos irregulares colombianos en ese país (Ver Figura 1). Uno de los sectores que se vio más afectado fue el sector agropecuario; según el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, las exportaciones hacia Venezuela, se han visto afectadas por las medidas discriminatorias a los productos colombianos (Esguerra, Montes, A., & Pulido, 2010). Concretamente los productos que se han visto afectados por esta disminución de las exportaciones son: alimentos, textiles, confecciones y automóviles, entre otros. Igual que sucede en el caso de las exportaciones a Ecuador, se trata de exportaciones que generan empleo en Colombia, por lo que también en el caso de Venezuela los inconvenientes en materia comercial, originados por el conflicto colombiano, ocasionan problemas sociales, especialmente en las zonas de frontera.

Datos del Departamento Administrativo Nacional de Estadística de Colombia indican una caída del comercio bilateral de 76,3% entre 2008 y 2010, de 7.000 a 1.500 millones de dólares, monto sobre el cual se perfilaría un modesto aumento de 33% en 2011 (Cardozo, 2011). El impacto de esta disminución a largo plazo sería una pérdida de exportaciones reales para Colombia de 3,08% y del PIB de 1,01, mientras que, en Venezuela, por su parte los impactos sobre las ventas y el PIB serían mayores (Esguerra, Montes, A., & Pulido, 2010).

Especial atención merece el caso de las ventas de energía entre Colombia y Venezuela, dado que ésta considerada uno de los elementos principales para el desarrollo de los países, lo que la hace importante tanto desde el punto de vista económico como político; Colombia exporta gas desde La Guajira a Venezuela y energía eléctrica a Ecuador,

en cumplimiento de convenios multilaterales celebrados con anterioridad por medio de varias de las asociaciones como Unasur, CAN, y Mercosur, entre otras) para fomentar y regular el comercio de energía de distintos tipos entre los países suramericanos. Ese comercio no se vio afectado por los conflictos que se vivieron con estos dos países durante la presidencia de Álvaro Uribe.

3. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La obligatoriedad o principio de legalidad, consiste en que no puede la autoridad competente prescindir de la persecución penal ante la noticia que tenga respecto de la presunta comisión de una conducta punible, pero la misma ley contiene una salvedad de cómo debe interpretarse el principio de oportunidad. (Maestre, 2008)

Dentro de los límites que tiene el estado dentro de la acción penal se encuentra el principio de legalidad, el cual aparece como principio rector tanto en el código penal como en el código de procedimiento penal colombiano, determinando que los presuntos infractores de la ley penal deben ser juzgados conforme a la ley preexistente, así mismo, el juez natural al ser un juez competente debe garantizar las formalidades de cada juicio, y la correcta forma de recaudo de los elementos materiales probatorios y evidencias físicas, las cuales por consiguiente deben ajustarse al principio de legalidad, pues la obtención de pruebas que se aparten de postulados constitucionales como los del inciso ultimo del artículo 29 de la constitución política, conllevaran sin lugar a dudas, a que se decrete la nulidad de la actuación y se excluyan dichos elementos materiales probatorios. De otro lado, el principio de legalidad aparece también dentro de la obtención, aducción e incorporación de la prueba, estableciendo que esta se debe obtener conforme a los

procedimientos fijados en la ley, pues de no garantizar dichos presupuestos de orden legal, convertirían a la prueba en ilegal, lo cual adicionalmente, llevaría a que el juez, excluya el elemento material probatorio o prueba dentro del proceso penal.

Uno de los límites a la facultad legislativa en materia penal y en particular, a la potestad de definir los delitos y las penas es precisamente el principio de legalidad, en virtud del cual las personas solo pueden ser investigadas, acusadas, juzgadas y sancionadas penalmente, por acciones u omisiones constitutivas de delitos que se encuentren previamente establecidos en la ley de manera clara, expresa, precisa e inequívoca (Sentencia C-500, 2014).

Sin embargo, el principio de legalidad tiene otras implicaciones. De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia:

Esta limitación para el Estado y garantía para la persona, se establece en el artículo 29 Constitucional que dispone, *«El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas»*. La fórmula empleada por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 condensa diferentes aspectos: (i) el debido proceso se aplica a las actuaciones judiciales y administrativas; (ii) su contenido implica garantías tales como el principio de legalidad, el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal competente, la plenitud de las formas del juicio, el derecho a la favorabilidad penal, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa, el derecho a un debido proceso sin dilaciones, el derecho a presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra, el derecho a la impugnación, la garantía de la cosa juzgada y; (iii) tematiza la prueba ilícita. (Corte Suprema de Justicia, 2017).

La misma Corte ha señalado que este principio opera tanto en el momento de la definición de lo que es punible, como al aplicar la ley y al ejecutar la pena. Esto implica que la pena no se puede aplicar de manera arbitraria, sino en los términos prescritos en la ley, de modo que las leyes de ejecución penal han de recoger las garantías, derechos fundamentales y libertades públicas consagradas constitucionalmente. (Corte Suprema de Justicia, 2016)

Por otra parte, el principio de legalidad se debe aplicar en concordancia con otros que constituyen de la validez del sistema acusatorio, como el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal competente, la plenitud de las formas del juicio, el derecho a la favorabilidad penal, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa, el derecho a un debido proceso sin dilaciones, el derecho a presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra, el derecho a la impugnación, la garantía de la cosa juzgada. (Corte Suprema de Justicia, 2017)

Como quiera que la construcción de este artículo se enmarca en el análisis de la legalidad o ilegalidad de la operación fénix, que recae directamente sobre la obtención de documentos electrónicos, es determinante precisar que la jurisprudencia como la doctrina han sido pacíficos en definir cuando la prueba es ilegal y cuando la prueba es ilícita.

Debemos resaltar que la administración del Presidente Ernesto Samper Pizano 1994-1998, fue conocido el caso de una conversación telefónica sostenida entre el Ministro de Energía (Rodrigo Villamizar) y el ministro de Comunicaciones (Saulo Arboleda), en la cual pactaban la adjudicación de una emisora de radio, decisión en la cual se excluyó las

grabaciones. Sentencia SU-159 DE 2002. (Prueba ilícita y reglas de exclusión en materia penal. , 2002.)

La prueba ilícita es aquella que se obtiene con violación al debido proceso, es decir, como lo señala el texto constitucional en el artículo 29 inciso final, “es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación al debido proceso”, se destaca entonces que esta prueba se obtiene con violación a los derechos humanos, bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, al respecto la sentencia C-591 de 2005 ha dispuesto lo siguiente:

El artículo 23 de la Ley 906 de 2004, trata de una disposición que inspira todo el trámite del nuevo proceso penal de tendencia acusatoria, y regula la cláusula general de exclusión, al disponer que [T]oda 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 sólo puedan explicarse en razón de su existencia. De entrada advierte la Corte, que esta norma general no se opone al artículo 29 Superior, y por el contrario lo reafirma, al disponer la nulidad de pleno derecho de la prueba y su exclusión cuando ha sido obtenida con violación de las garantías fundamentales, así como las que sean consecuencia de las pruebas excluidas; es decir, se refiere a la nulidad de pleno derecho y la exclusión del proceso de la prueba obtenida contrariando la Constitución, la que según lo considerado por la Corte, es una fuente de exclusión de la prueba de conformidad con el artículo 29 Superior.

[...]

Una interpretación armónica del artículo 29 Superior con las nuevas disposiciones constitucionales mediante las cuales se estructura el nuevo modelo procesal penal de tendencia acusatoria, conlleva a que la regla de exclusión sea aplicable durante todas las etapas del proceso, es decir, no solamente durante el juicio sino en las etapas anteriores a él, con la posibilidad de excluir entonces, no solamente pruebas, sino también elementos materiales probatorios y evidencia física.

En tal sentido, como antecedente histórico que sustenta lo mencionado por la Corte Constitucional, y que permite analizar la forma en como debe ser interpretada dicha regla de exclusión, encontramos el caso del coronel Alfonso Plazas Vega, quien fue condenado en primer y segunda instancia teniendo como lícitas la interceptación de las comunicaciones a miembros de la fuerza pública por parte de radioaficionados, particularizando que en sentencia 38957 del 16 de diciembre de 2015, la sala penal de la Corte Suprema De Justicia, absolvió al oficial plazas vega, no con ocasión a las grabaciones, sino por considerar que en ningún momento dio la orden de desaparecer los cuerpos.

En ese orden de ideas la prueba ilegal, es aquella que se obtiene transgrediendo directamente la norma procesal, quiere decir que quien recauda la prueba se aparta de los procedimientos establecidos en el código de procedimiento penal, tal es el caso del Auto Inhibitorio No. 29877 (Corte Suprema de Justicia, 2011), en donde en la ya citada operación Fénix, los miembros de la fuerza pública, capturan, neutralizan e incautan

elementos materiales probatorios por fuera del marco de la ley, funcionarios que no contaban con funciones de policía judicial. Encontrando por tanto la corte que se inhibía para continuar con la indagación, pues considera que las citadas pruebas son ilegales.

Sin embargo la doctrina ha traído nuevos conceptos de pruebas no permitidas en el proceso penal, como la prueba prohibida, prueba irregular, prueba no valorable (Medina, 2017), razón por la cual se hace necesario analizar a mayor profundidad el tratamiento de las pruebas obtenidas a través de la operación fénix, para poder determinar si efectivamente todo lo recaudado por las fuerzas armadas colombianas, ostentaban la ilegalidad asignada por la Corte Suprema de Justicia, o si por el contrario, éstas podían ser rescatadas en parte.

Adicionalmente, podemos afirmar, que bajo ninguna circunstancia las pruebas recaudadas podrían encuadrarse en la ilicitud debido a que las mismas no fueron obtenidas en los 3 presupuestos establecidos por la legislación colombiana como son: la tortura, la desaparición forzosa y la ejecución extrajudicial, razón por la cual, en primer lugar, la corte suprema de justicia acertó en la valoración dada a las pruebas recaudadas, sin dejar de lado la posibilidad de atender a los nuevos criterios traídos por la doctrina penal en la valoración probatoria.

Al analizar las circunstancias en que se produjo la Operación Fénix, puede observarse que, en lugar de detener a los guerrilleros que se encontraban en el campamento, lo que se produjo fue un bombardeo; es decir que no se produjo un enfrentamiento que le permitiera a las fuerzas militares hacer uso legítimo de las armas.

En el mismo sentido, no produjo una captura con fines de dar inicio a un proceso judicial, sino que se produjo el asesinato de algunos guerrilleros. Esas características de la

operación impidieron que se llevara a cabo un juicio con todos los elementos que establece el sistema penal vigente en el país. A lo anterior debe agregarse que los hechos se produjeron en territorio extranjero, e inclusive motivaron el rechazo del gobierno de Ecuador.

Sin lugar a dudas debemos traer los importantes conceptos que se han construido bajo el concepto del derecho dúctil, (Gustavo, 2014) entendido como una propuesta pacífica y democrática en la cual el derecho moderno no se compone solo de leyes sino que nuestro sistema jurídico está conformado por reglas y principios quiere decir que bajo este concepto moderno los principios de libertad y justicia entra en contacto con los casos reales de la vida y deben guiar la aplicación de la ley que hacen los jueces, cuya función es completamente distinta de la actual como simples porta voces de la ley, esta figura nos permite aplicarla en cuanto a la ilegalidad en la operación Fénix, pues el Estado Colombiano en ese momento sí estaba legitimado para realizar una operación militar, pero supone que para hacer esa incursión militar, debe estar dentro del marco de la Constitución y la ley, la garantía y el respeto los derechos individuales y colectivos, la que no se tuvo en cuenta pues hubo una operación que violó la soberanía del estado Ecuatoriano y que en ultimas tanto las personas neutralizadas como los elementos materiales probatorios y evidencias físicas incautadas no estaban garantizados dentro del marco de los tratados, convenios y normas mínimas que garantice los derechos humanos situación que hoy es criticada y que a toda costa de decisión tomada por la Sala de Casación Penal en el Proceso No. 29877 de la Corte Suprema de Justicia constituye una garantía al respeto de los derechos fundamentales como el principio de legalidad y traza un nuevo fenómeno jurídico conocido como positivismo corregido, en el cual lo debemos interpretar como la capacidad

que tienen las autoridades judiciales de abordar e interpretar la ley hacia un interés general provisto de efectivizar los derechos creando una nueva cultura jurídica, no enmarcada en el absolutismo, sino ubicada en el garantismo y en procura del respeto de los derechos humanos.

Finalmente, sin apartarnos de la realidad política y jurídica que vivimos en nuestro estado colombiano, debemos precisar que dentro del marco legal el congreso de la republica expidió la ley 1448 de 2011 – ley de victimas –, en la cual se reconoce que en nuestro estado colombiano existió un conflicto armado interno, que por tanto desnaturalizaría la operación fénix, la cual sería objeto actualmente de figuras como la amnistía propiamente dicha o el sometimiento a la jurisdicción especial para la paz.

4. CONCLUSIONES

En cumplimiento de los objetivos planteados, en primer lugar, se desarrolló el análisis de la aplicación del principio de proporcionalidad en el uso de la fuerza por parte del Estado. Frente a ese objetivo se concluye que el Estado está facultado por la ley para hacer uso de la fuerza para proteger el bien común frente a amenazas generadas por terceros. No obstante, ese privilegio se debe aplicar dentro de las limitaciones que la misma ley prevé, como la obligatoriedad de ejercerlo bajo sus limitaciones territoriales, y de manera proporcional a los daños que se pretenden evitar mediante el uso de la fuerza, sin desconocer principios como el de dignidad humana, igualdad, debido proceso, legalidad, junto a factores de orden constitucional, jurisprudencial y legal como, la necesidad y proporcionalidad entorno a los actos ejecutados en torno a una operación militar en estados extranjeros.

Frente al segundo objetivo, se realizó la descripción de los antecedentes históricos relacionados con la Operación Fénix y se encontró que ésta se produjo en un momento en que el país se encontraba asediado por organizaciones guerrilleras al margen de la ley, lo que limitaba la libre movilidad de los ciudadanos, que se veían enfrentados de manera permanente a secuestros masivos en las carreteras nacionales. Así mismo se presentaban combates frecuentes y letales entre cuadrillas de guerrilleros y las fuerzas armadas, se producían secuestros y extorsiones a civiles, líderes políticos y miembros de la fuerza pública. El conflicto se extendió a los países vecinos y produjo graves consecuencias económicas que retrasaron el desarrollo.

Así mismo, dando cumplimiento al tercer objetivo, se estudió el alcance de la aplicación del principio de legalidad en el sistema penal colombiano. Frente a ese objetivo se encontró que en la Operación Fénix no se produjo una detención de los guerrilleros que estaban presentes en el campamento, y en lugar de ello hubo un bombardeo que excedió el uso legítimo de las armas por parte de las fuerzas militares, en territorio extranjero. Del mismo modo, en lugar de la captura con fines de iniciar un proceso judicial, hubo el asesinato de algunos guerrilleros, lo que impidió llevar a cabo un juicio con todos los elementos que establece el sistema penal vigente en el país.

Debemos manifestar que el principio de legalidad es de orden Universal pues hace parte del debido proceso, el cual obliga a los Estados parte a limitar sus acciones dentro del marco de la ley y más aún en el respeto a las garantías de las personas. Adicionalmente, el recaudo de elementos materiales probatorios y evidencia física, a la luz del principio de legalidad, presenta factores de ilegalidad mas no de ilicitud, aspecto en el cual acertó la Corte Suprema de Justicia, debido a que al presentar las mismas irregularidades en cuanto a

la forma de su obtención, y no en cuanto a la ejecución de conductas punibles como la tortura, desaparición forzosa y ejecución extrajudicial, permite descartar dentro del juicio de valoración probatoria la ilicitud, no obstante, se es pertinente afirmar que se negó la oportunidad de analizar bajo los nuevos criterios de las pruebas no permitidas en el proceso penal que ha desarrollado la doctrina recientemente, la posibilidad de haber rescatado puede que no en su totalidad, pero si en parte, las pruebas recaudadas en el desarrollo de la operación fénix.

El principio de proporcionalidad es una forma como se limita el actuar del Estado, y por ende frente a este test se pueden resolver las tensiones de derecho que se puedan ocasionar, estableciendo un juicio de proporcionalidad no solo en la necesidad de ejecución de la operación fénix, sino adicionalmente en la violación de derechos fundamentales de los miembros tanto de las fuerzas armadas colombianas, como de los militantes del grupo alzado en armas FARC E.P.

Como conclusión central se puede afirmar que la Operación Fénix constituyó un uso excesivo de la fuerza por parte del Estado, lo que impidió que se realizara un proceso judicial y, en cambio, puede considerarse la aplicación de una pena de muerte que no está prevista en el sistema penal en Colombia.

Finalmente se pudo identificar que hubo una variación del concepto frente a los militantes de las FARC E.P., al ser definidos de organización terrorista a organización subversiva a través del reconocimiento del estado frente a un conflicto armado interno por medio de la Ley 1448 del 2011, Ley de Víctimas, lo que hace que la ejecución de la operación fénix, se presente bajo agravantes propios de la regulación internacional como la

violación de derechos humanos y fundamentales, sumado al no reconocimiento de derecho internacional humanitario, factores que no fueron tenidos en cuenta en el fallo de la Corte Suprema de Justicia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ahumada, C. (2005). El desplazamiento forzado de colombianos hacia Venezuela en el contexto de las prioridades de estados unidos en la región andina . *Papel Político*, 363-396.
- Armada Nacional. (2015). *Plan patriota arroja excelentes resultados por parte de las fuerzas militares*. From armada.mil: <http://www.armada.mil.co/index.php?idcategoria=55690>
- Arroyo, J. (2009). *El conflicto colombo-venezolano y la construcción de escenarios desde la Teoría de Juegos*. Cali: Pontificia Universidad Javeriana.
- Bluhum, E. (2010). *El precedente en el derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Camargo, N. (2010). *Análisis del subcomplejo regional andino: entre los discursos de seguridad y los mecanismos de cooperación*. Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
- Cardona, J. (2011). *Colombia: una política exterior en transición*. Bogotá.
- Cardozo, E. (2011). *El giro de las relaciones entre Venezuela y Colombia: ámbitos y alcance, riesgos y posibilidades*. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales.
- Consejería en Proyectos. (2007). *Ecuador, regionalización del conflicto colombiano, fronteras, migración y refugio*. Bogotá: Consejería en Proyectos.

- Consejo Nacional Electoral. (2015). *Elección Presidencial, 2006*. From [cne.gov.co](http://www.cne.gov.co): http://www.cne.gov.co/divulgacionPresidencial/resultado_nacional.php
- Corte Suprema de Justicia. (2011). *Auto Inhibitorio, No. 29877*.
- Corte Suprema de Justicia. (2016). *Providencia STP18405.2016*. Bogotá: Magistrado Ponente Patricia Salazar Cuéllar.
- Corte Suprema de Justicia. (2017). *Sala de Casación Penal. Radicación N° 48965*. Bogotá: Magistrado Ponente José Francisco Acuña Vizcaya.
- Corte Suprema de Justicia. (2017). *Sala De Casación Penal. Radicación N° 48965*. Bogotá: Magistrado Ponente José Francisco Acuña Vizcaya.
- DANE. (2012). *Colombia. Destino de las exportaciones 1995-2012*. Bogotá: DANE.
- Daza, C. (2008). Análisis comparado de las estrategias de marketing político del presidente Hugo Chávez en Venezuela y del presidente Álvaro Uribe en Colombia entre el año 1998 y el año 2007. *Revista de Ciencia Política*.
- Devis, E. (2012). *Principios fundamentales del derecho procesal penal*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana & Editorial Ibáñez.
- Esguerra, M., Montes, E., A., G., & Pulido, C. (2010). *El comercio colombo-venezolano: características y evolución reciente*. Bogotá: Banco de la República.
- Fidalgo, G. (2003). *Las "pruebas ilegales": de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11,1 LOPJ*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Foro Nacional por Colombia:. (2006). *Foro Nacional por Colombia: 20 años 1986 -2006 compromiso con el pensamiento democrático*. Bogotá: Foro Nacional por Colombia.
- Guerrero, O. (2005). *Fundamentos teóricos constitucionales del nuevo proceso penal*. Bogotá: Nueva Jurídica.

- Habermas, J. (2010). *El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos*. Diánoia.
- Lizcano, J. (2015). *La cláusula de exclusión*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- López, M. (2015). *Ecuador ordena el cierre de la frontera tras la invasión de Colombia para atacar a las FARC*. From diariosur.es: <http://www.diariosur.es/20080303/mundo/ecuador-ordena-cierre-frontera-20080303.html>
- Maestre, J. (2008). *La discrecionalidad para acusar. La fiscalía y el principio de oportunidad en el Estado Social de Derecho*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Malamud C., G. C. (2009). *La política exterior de Ecuador: entre los intereses presidenciales y la ideología*. Bogotá: Revista Ciencia Política.
- Marín Hernández, H. A. (2007). *Discrecionalidad Administrativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Medina, R. (2017). *Prueba Ilicita y regla de la exclusión en materia pena. Anáisis teórico-práctico en derecho comparado*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Montéfar, C. (2002). *Un enfoque regional para analizar los problemas de seguridad de la región andina. Reflexión a propósito de la vinculación del Ecuador a la dinámica regional del conflicto colombiano*. Quito, Ecuador: Centro Andino de Estudios Internacionales. Universidad Andina Simón Bolívar.
- Montes E.: Garavito, A., & Esguerra, M. (2010). *Borradores de Economía*. Bogotá: Banco de la República.
- Parra, J. (2014). *Manual de derecho probatorio*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Presidencia de la República. (2003). *Política de defensa y seguridad democrática*. Bogotá: Presidencia de la República.

- Ramírez, S. (2004). *Colombia y sus vecinos. Nueva sociedad. Democracia y Política en América Latina*. Bogotá: Norma.
- Ramírez, S. (2006). El gobierno de Uribe y los países vecinos. *Análisis Político*, 65-84.
- Ramírez, S. (2008). *Están Sitiados*. Bogotá: Revista Cambio.
- Ramírez, S. (2010). *Un vecindario desconfiado*. Bogotá: Revista Semana.
- Rodríguez, J. M. (2000). *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons.
- Rodríguez, O. (2004). *Prueba ilícita penal*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Sentencia C-591. (2005). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Clara Inés Vargas Hernández.
- Sentencia C-368. (2014). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Alberto Rojas Ríos.
- Sentencia C-370. (2014). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Sentencia C-433. (2013). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.
- Sentencia C-459. (2011). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Sentencia C-470. (2011). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla.
- Sentencia C-500. (2014). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo.
- Sentencia C-500. (2014). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo.

Sentencia C-525. (1995). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia C-633. (2014). *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente. Mauricio González Cuervo.

Sentencias T-422. (1992). *Corte Constitucional*. Bogotá: Sentencias T-422 de 1992, C-530 de 1993, T- 230 de 1994, T- 288 de 1995, C-022 de 1996 y C- 309 de 1997.

Universidad ICESI. (2009). *Consultorio de Comercio Exterior*. From icsi.edu.co: <http://www.icesi.edu.co/blogs/icecomex/2009/02/13/relaciones-comerciales-colombia-ecuador/>

Urbano, J. (2008). *Hacia una nueva estructura probatoria del proceso penal*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

Urrea, D. (2011). *Análisis de la influencia de las acciones políticas entre Colombia y Ecuador en el sector comercial y de confecciones colombiano en el período 2004 - 2009*. Bogotá: ESID.

Zagrebelsky, Gustavo (2014). *El derecho ductil. Ley, derechos, justicia, 5a. ed., Madrid, Trota*