

DE DERECHO PROCESAL VIRTUAL A REALIDAD POLÍTICA

El valor probatorio de los computadores de Raúl Reyes*

ADRIANA LUCÍA ARIAS LANDÍNEZ
CAROLINA CORREAL RODRÍGUEZ
DIANA DAJER BARGUIL
ANA XIMENA DÍAZ HERRERA
MARÍA FERNANDA FLÓREZ PINEDA
EMILIO ALBERTO HERNÁNDEZ DÍAZ
FAHID NAME GÓMEZ
LUIS CARLOS PLATA PRINCE
GABRIEL DAVID ROLDÁN MONTAÑA
MARCELA VISBAL ACUÑA**

Directores:

JOSÉ FERNANDO MESTRE ORDÓÑEZ***
ASTRID LILIANA SÁNCHEZ MEJÍA****

*Fecha de recepción: 16 de junio de 2009
Fecha de aceptación: 20 de agosto de 2009*

* Versión adaptada para la publicación en la Revista Universitas Estudiantes de la Ponencia presentada en el IX Concurso Internacional para estudiantes de Derecho nivel pregrado, en el marco del XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Tema: “Documento electrónico y su incidencia en el manejo de la información privilegiada o que involucre derechos privados de las personas”.

** Estudiantes de derecho de la Pontificia Universidad Javeriana de séptimo y octavo semestre. Integrantes del Semillero de Investigación en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Javeriana.

*** Abogado javeriano. Especialista en Instituciones Jurídico Procesales de la Universidad Nacional de Colombia. Profesor de Teoría General del Proceso en la Pontificia Universidad Javeriana. Autor del libro “La discrecionalidad para acusar” y de diversos artículos, conferencias y ponencias. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, del Centro de Estudios en Criminología y Victimología “Jorge Enrique Gutiérrez Anzola” de la Pontificia Universidad Javeriana y de la Asociación Nacional de Profesores de Derecho Penal y Ciencias Penales. Abogado litigante, Socio de M&P Abogados Ltda.

**** Abogada javeriana. Especialista en Derecho Administrativo de la misma Universidad. Profesora de Derecho Constitucional y Teoría general del proceso penal en la Pontificia Universidad Javeriana. Miembro del Centro de Estudios en Criminología y Victimología de la Universidad Javeriana. Abogada litigante.

Resumen

El mundo contemporáneo está determinado por la tecnología, en consecuencia, adquiere cada vez mayor importancia el concepto del documento electrónico, que abre la posibilidad a un sin número de problemáticas que se plantean desde el punto de vista del derecho, con especial repercusión en el derecho procesal. En la actualidad difícilmente se puede negar la relación entre la política y el derecho, de igual manera, la norma procesal tiene contenido político y no es ajena a cuestiones políticas. Todo lo anterior es relevante porque la formulación existente en materia de documento electrónico es insuficiente, entonces el juez se encuentra ante el reto de aplicar la ley procesal en circunstancias que no están expresamente legisladas. Este es el resultado final de una investigación realizada por el semillero de Investigación en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Javeriana.

Palabras clave: documento electrónico, valor probatorio, derecho procesal, debido proceso, seguridad nacional.

FROM VIRTUAL PROCEDURAL LAW TO POLITICAL REALITY

Probative value of Raúl Reyes's computers

Abstract

The contemporary world is determined by technology, thus the concept of electronic document has gained importance, and therefore it opens the possibility for a series of controversies from law prospective, with special impact for Procedural Law. Nowadays the relation between law and politics can hardly be denied, in the same sense the procedural rule has political content, and accordingly it is not aside from political considerations. All above is relevant because the current regulation regarding electronic document is insufficient, therefore the judge is challenged to apply the procedural rule in circumstances which are not specifically legislated. This is the final result of a research done by the Pontificia Universidad Javeriana Research Group for Procedural Law.

Key words: *Electronic document, probative value, Procedural law, due process, national security.*

Introducción

Nos encontramos en una época de evidente desarrollo en el ámbito de las telecomunicaciones; el avance de la telemática¹ supone un periodo de ineluctable desmaterialización. Cada vez más entra en un segundo plano lo físico, lo material. La tangibilidad disminuye con la ciencia y la tecnología del siglo XXI.

Dicha desmaterialización, concretamente en el campo jurídico y esencialmente en el derecho probatorio “...se conoce como el fenómeno mediante el cual se suprime el documento físico y se reemplaza por un registro contable, que en la mayoría de los casos por ser archivos de computador se les ha dado el calificativo de documentos informáticos”². Este tipo de documento se caracteriza por estar escrito en un lenguaje *matemático binario* sin poder ser perceptible de una forma normal, sino por la máquina que se encarga de su traducción, encontrándose almacenado en una *memoria informática*. Para que la comunicación sea efectiva, es importante que la información contenida pueda ser fácilmente almacenada e intercambiada.

Teniendo en cuenta la importancia de estudiar la incidencia de los cambios en materia de comunicación en el Derecho, especialmente referido al documento electrónico, esta ponencia se desarrollará de cara a las problemáticas actuales de nuestro sistema jurídico en el contexto de la realidad política del país. Todo esto basándose en el documento electrónico como prueba en el proceso penal y los derechos y garantías procesales, específicamente el derecho a la intimidad.

En la actualidad difícilmente se puede negar la relación entre la política y el derecho, sin embargo en materia de derecho procesal esto no resulta tan evidente, quizás porque tradicionalmente se ha considerado el derecho procesal accesorio al sustancial. En consecuencia, hay doctrinantes³ que afirman que la norma procesal

1 “Aplicación de las técnicas de la telecomunicación y de la informática a la transmisión a larga distancia de información computarizada”. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Vigésima Segunda edición.

2 RENGIFO GARCIA, Ernesto. El Documento Electrónico. Pág. 446. XXII Congreso Colombiano De Derecho Procesal, Departamento de Publicaciones Universidad Libre, Colombia, 2001.

3 Al respecto QUINTERO DE PRIETO, Beatriz y RAMÍREZ GÓMEZ, José Fernando, citados por VARGAS, Álvaro. ¿Es realmente neutra la norma procesal? En: Temas Procesales No. 9. Pág. 5. Centro de estudios de derecho procesal, Medellín, 1989.

es neutra, ni favorable ni desfavorable dado su carácter instrumental por lo que está exenta de cualquier contenido valorativo.

No obstante, al definir el derecho como el “conjunto de instrumentos y técnicas dirigidos a presionar sobre los individuos para obtener de ellos la conformidad de su comportamiento con ciertas reglas de conducta (...) se llama control social”⁴, se evidencia el aspecto valorativo inherente a la norma jurídica, cuya existencia supone la consecución de un fin. Por consiguiente, *contrario sensu* de la teoría positivista, es posible afirmar que la norma procesal, en tanto norma jurídica no carece de contenido limitándose a ser una estructura lógica, pues su esencia es la conducta humana, ordenada o prohibida por el legislador, en razón de ciertos fines⁵.

En este orden de ideas resulta conveniente no solamente resaltar el carácter político de la norma procesal en sí misma, sino especialmente la manipulación política de la norma procesal conforme a la realidad, que permite diversas interpretaciones. Por eso se dice que “la ley en sí misma no existe, dado que, lo que existe es la interpretación de la ley”⁶.

El derecho se manifiesta de diferente manera según las épocas históricas, y su ordenación depende del régimen político vigente. Se deriva entonces de esto, que el derecho procesal tenga contenido político en tanto en cuanto,

“...gran influencia tiene en el sistema procesal consagrado en las leyes para la organización de la justicia social, la ideología vigente en cada país, principalmente respecto a la justicia social y a la consiguiente protección de los débiles y pobres en busca de una real y práctica igualdad de oportunidades para la tutela de los derechos”⁷.

En este marco, es en materia procesal penal, “...en el proceso penal en donde se refleja, fatalmente, en cuanto a su estructura y organización, el modelo político, autoritario o democrático que inspira a toda la gestión estatal en un lugar y tiempo determinados”⁸, que permite hablar de “...un Derecho Procesal liberal y de un Derecho Procesal autoritario”⁹.

4 LUMIA, Guisepe. Principios de teoría e ideología del derecho. Pág.13. Editorial Debate, Madrid, 1985.

5 Basado en VARGAS, Álvaro. ¿Es realmente neutra la norma procesal?, En: Temas Procesales No. 9 Centro de Estudios de Derecho Procesal, Medellín, 1989.

6 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Tratado de Derecho Procesal Penal. Pág. 322. Editorial Aranzadi, 2004.

7 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Pág. 10. Tomo I. Editorial A.B.C., Bogotá, 1985.

8 VARGAS, Álvaro. ¿Es realmente neutra la norma procesal? Pág. 10. En: Temas Procesales No. 9 Centro de Estudios de Derecho Procesal, Medellín, 1989.

9 ALMAGRO NOSETE, José y otros. Derecho Procesal. Pág. 10. Tomo I. (Vol I), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1987.

Ahora bien, la comprensión de la actualidad fáctica y política coadyuva en el entendimiento de la realidad jurídica. En consecuencia, el análisis de las circunstancias de un país ilustran el modelo jurídico que se acata, sin ser éste inmutable y sin tener carácter exclusivo en el tiempo, motivo por el cual, derechos y garantías pueden modificarse a través de herramientas como la producción jurídica y la mutabilidad constitucional, principios que conforme con el sistema jurídico colombiano, son esenciales. Dentro de dichos derechos y garantías se encuentran entre otros, el derecho a la libertad y el bien jurídico de la seguridad. La coyuntura actual de lucha contra el terrorismo, particularmente respecto al conflicto interno colombiano, se enmarca en una tensión entre los conceptos de defensa de la libertad y defensa de la seguridad.

Para ilustrar la hipótesis sostenida, se recurrirá al suceso en torno a los ordenadores encontrados del guerrillero abatido de las FARC Raúl Reyes. La pertinencia de este ejemplo consiste en la calidad de medio electrónico que tienen dichos computadores y la naturaleza de documento electrónico que conserva la información contenida en los mismos.

Así las cosas, la estructura de la ponencia se iniciará con un capítulo destinado a exponer la posición garantista y proteccionista de los derechos fundamentales de la persona dentro del Estado Social de Derecho respecto del documento electrónico y el soporte constitucional, legal y jurisprudencial correspondiente. Posteriormente, se abordará la perspectiva que defiende el interés general y la seguridad del Estado como fundamentos para la limitación de los derechos. En todos los casos, se hará alusión al uso y valor probatorio de los computadores de Reyes. Finalmente, se expondrán las conclusiones derivadas del desarrollo del trabajo.

1. LOS COMPUTADORES DE RAÚL REYES A LA LUZ DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS

Las nuevas tecnologías que se desarrollan en el mundo contemporáneo representan un punto álgido en los ordenamientos jurídicos, ya que implican el problema de la vulneración de los derechos fundamentales, en virtud de la no autorizada utilización por parte de terceros, de datos personales susceptibles de tratamiento computarizado. En consecuencia, se requiere un esquema que proteja la seguridad jurídica de este tipo de mecanismos de información en el tráfico legal.

El presente capítulo expondrá la cuestión del documento electrónico en el ordenamiento jurídico colombiano y su relación con el caso de los medios electrónicos de Raúl Reyes. Posteriormente, se analizarán los derechos y las garantías dentro del sistema jurídico colombiano, en especial en lo referente al debido proceso y las garantías relacionadas.

1.1. El documento electrónico

Respecto del documento electrónico, existe un significativo problema; la inseguridad de este medio de comunicación. Esta vía es mucho más accesible a terceros que el documento escrito, adicionalmente no existe la garantía de que los documentos que se reciben sean realmente enviados por quien dice ser el remitente. Por ende, se cuestiona la validez jurídica del documento electrónico como medio de prueba diferente al documento escrito.

En concordancia con lo anterior, *“En el momento de valorar el documento electrónico no sólo se debe tener en cuenta la autenticidad del mismo, al tratarse de un soporte elaborado mediante técnicas electrónicas, el juez deberá analizar la calidad de los sistemas utilizados en la elaboración del documento, la veracidad de la información, la integridad del mensaje y su legibilidad, así como las posibles alteraciones que pueda sufrir el soporte o las falsificaciones de que haya sido objeto”*¹⁰. Respecto del caso de los documentos electrónicos extraídos del computador de Reyes se cuestiona la validez jurídica.

1.2. El debido Proceso, derechos y garantías relacionados y la nulidad

El debido proceso es un derecho fundamental, *“...instituido para proteger a las personas contra los abusos y desviaciones de las autoridades, originadas no sólo de las actuaciones procesales, sino en las decisiones que adopten y puedan afectar injustamente los derechos e intereses legítimos de aquellas”*¹¹.

El Art. 29 de la Constitución es la base esencial del sistema procesal colombiano,

*“Como derecho fundamental, es la matriz de todos los demás derechos que en el trámite del proceso penal garantizan la intangibilidad de la dignidad absoluta de la persona, reafirman que el ser humano es la referencia imperativa de todos los valores, que nada es superior y que todo queda condicionado a servirle con miras a permitir su desarrollo integral y armónico”*¹².

10 GRUPO DE ESTUDIOS EN INTERNET COMERCIO ELECTRÓNICO Y TELECOMUNICACIONES E INFORMÁTICA. Derecho de Internet y telecomunicaciones. Pág. 229. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Editorial Legis. 2003.

11 OLANO, Hernán Alejandro. Constitución Política de Colombia Comentada y Concordada e Historia Constitucional Colombiana. Pág. 185. Tercera Edición, Editorial Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogota, 1997.

12 ARENAS SALAZAR, Jorge. Pruebas Penales. Pág. 80. Segunda Edición, Editorial Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogota 2003.

En el caso específico del documento electrónico, en relación con el debido proceso tiene una especial relevancia el artículo 15 de la Constitución, el cual hace referencia al derecho de la intimidad personal y familiar, puesto que el documento electrónico constituye un documento privado propio del ámbito personal del ser humano y por lo tanto no puede ser vulnerado. No obstante, puede existir una limitación al mismo, la cual debe estar previamente y de manera expresa estipulada en la ley, para no afectar aspectos como la honra, el buen nombre, la familia, la dignidad entre otros. *“Dicha limitación o restricción (i) debe estar prevista en una ley (principio de reserva legal) y requiere, además, (ii) de la intervención judicial (principio de reserva judicial), para determinar si resulta irrazonable o desproporcionada”*¹³.

La indebida utilización de las pruebas al interior de un proceso penal puede llevar a la violación de varios derechos como la vida y la honra¹⁴:

*“Las intervenciones que se producen mediante los registros (que como se precisó pueden recaer sobre documentos digitales o archivos computarizados) y allanamientos con fines de investigación penal entran en tensión con el derecho a la intimidad, en tanto que las intervenciones que se realizan sobre los datos personales pueden comprometer el derecho al habeas data y el derecho a la intimidad”*¹⁵.

Sobre este aspecto, es importante precisar el desarrollo jurisprudencial. Hasta la sentencia T-552 de 1997, la Corte estableció la diferencia entre los derechos a la intimidad y la autodeterminación informática. Antes de ello, tuteló los dos derechos sin distinción.¹⁶

13 Corte Constitucional, sentencia C-822 de 2005, M.P., Manuel José Cepeda Espinosa. En esta sentencia la Corte, al estudiar la constitucionalidad de los artículos 247, 248, 249 de la Ley 906 de 2004, que regulan la práctica de la inspección corporal (247) el registro corporal (248) y la obtención de muestras que involucren al imputado (249), declaró su constitucionalidad condicionada, entre otros requisitos, al requerimiento de la autorización previa por parte del juez de control de garantías. Consideró la Corte que *“las medidas previstas en las normas acusadas implican afectación de derechos fundamentales y amenazan el principio de la dignidad humana (artículo 1, C.P.), por lo tanto, siempre es necesario que se acuda al juez de control de garantías para solicitarle que autorice la práctica de estas medidas tal como lo ordena el artículo 250 numeral 3° de la Constitución (...)”*.

14 ARENAS SALAZAR, Jorge. Pruebas Penales. Segunda Edición, Editorial Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogota 2003.

15 Corte Constitucional, sentencia C-336 de 2007, MP. Jaime Córdoba Triviño.

16 En la sentencia T-414 de 1992, en la cual señalo que eran tutelados ambos derechos en los casos en los cuales se afectan derechos fundamentales y datos personales. A su vez, en la sentencia T-022 de 1993, en al que la Corte habla de la divulgación de datos erróneos, también trata a los dos derechos indistintamente, lo mismo sucede en la sentencia SU-082 de 1995, al analizar la vulneración de derechos por la divulgación de datos personales incompletos. En la sentencia T-176 de 1995, la Corte afirma que el derecho a la autodeterminación informática se encuentra *“diferenciado del derecho a la intimidad y el buen nombre”*. En la sentencia T-261 de 1995, la Corte no encontró la violación al derecho a la intimidad, cuando un depositario de datos personales los cedió a un tercero sin consultar previamente al titular, argumentando que los datos personales eran de dominio público.

Por otro lado la Corte Constitucional en sentencia C-336 de 2007 trata el tema de derechos fundamentales a la intimidad, al buen nombre y el habeas data, todos ellos relacionados con la obtención de información por parte de los aparatos estatales. Esta sentencia desarrolla y ratifica la línea jurisprudencial respecto de los diferentes tipos de información que pueden ser obtenidos, ya sea confidencial o personal y que se encuentren en distintas bases de datos. De esta forma, se hace alusión a:

- La información pública que no tiene reserva alguna en su obtención.
- Información semiprivada que puede ser obtenida mediante orden de autoridad administrativa.
- Información privada que requiere para su obtención de orden de autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones.
- Información reservada que no puede ser ni siquiera obtenida a pesar de que medie autoridad judicial y que por su rango se encuentra en la órbita exclusiva del titular estando estrechamente relacionada con el derecho de intimidad, dignidad y libertad.

Así, si se obtuvo la información violando los requisitos que el mismo tipo exige, este medio probatorio se habrá obtenido vulnerando el mandato constitucional y será nulo de pleno derecho. El artículo constitucional referente al debido proceso establece que “...es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. Esto es lo que se conoce como la cláusula de exclusión¹⁷, que no es otra cosa que el reconocimiento constitucional de una herramienta para hacer efectivo el debido proceso que consiste en una nulidad que opera ipso iure¹⁸.

Esta nulidad no sólo es constitucional; el desarrollo legal de la misma figura encuentra asidero en los Arts. 23 y 457 del Código de Procedimiento Penal, debido a que estos hacen mención explícita de la nulidad cuando se violan derechos fundamentales y especialmente el derecho al debido proceso en relación con la obtención de la prueba principal y la prueba derivada¹⁹.

17 ARENAS SALAZAR, Jorge. Pruebas Penales. Segunda Edición, Editorial Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, 2003.

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

19 Corte Constitucional, sentencia C-336/07 MP. Jaime Córdoba Triviño.

Respecto de la ilicitud de la prueba se ha hecho referencia por parte de la Corte Constitucional a la teoría del árbol ponzoñoso o envenado²⁰, que establece que todas las pruebas que provengan de una fuente que es nula de pleno derecho, serán nulas también.

Derivado de lo anterior, asumiendo una posición garantista respecto de la preponderancia del derecho a la libertad y sus derechos conexos, el derecho procesal cumple un papel trascendental en cuanto a la aplicación de la ley procesal con observancia de las correspondientes garantías procesales y los derechos fundamentales. Conforme a lo expuesto, en el evento de los ordenadores del guerrillero, según esta posición se dio la violación al debido proceso, consecuencia de la trasgresión por parte de los militares colombianos de las normas internacionales como el Art. 2 de la Carta de Naciones Unidas que consagra que “1. La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros” y el Art. 21 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos que establece que:

“El territorio de un Estado es inviolable; no puede ser objeto de ocupación militar ni de otras medidas de fuerza tomadas por otro Estado, directa o indirectamente, cualquiera que fuere el motivo, aun de manera temporal. No se reconocerán las adquisiciones territoriales o las ventajas especiales que se obtengan por la fuerza o por cualquier otro medio de coacción”. (Subrayado fuera del texto original).

Así las cosas, puede entenderse que las Fuerzas Armadas de Colombia incursionaron en territorio ecuatoriano sin previo aviso ni autorización de dicho país²¹, generando la ilicitud del operativo. Bajo este entendido, el uso de la información contenida en los computadores encontrados como medio probatorio resulta violatorio al debido proceso por cuanto se trasgredió lo dispuesto en tratados internacionales, la ley y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En consecuencia, bajo esta interpretación, todas las pruebas que tengan sustento en dichos documentos serán nulas.

En conclusión, aceptar como prueba lo obtenido en las bases de datos del ya mencionado guerrillero, es una clara violación a las garantías que tiene cualquier colombiano, que van desde el debido proceso hasta el derecho fundamental de la intimidad y que no hay ningún criterio establecido que permita que a la información relacionada con Raúl Reyes se le dé un trato diferenciado. El trato particular sólo implicaría la violación de más derechos fundamentales como el de la igualdad o

20 Corte Constitucional, sentencia SU 159 de 2002. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

21 BONILLA, Daniel e ITURRALDE, Manuel. “Entre el derecho de defensa y la soberanía estatal”. Revista Semana Online. Marzo 13 de 2008. En internet http://www.semana.com/wf_InfoArticulo.aspx?idArt=110164

legalidad (Aclarando que no existe norma que haga viable la posibilidad de aplicar el ya mencionado derecho excepcional) y pondría en peligro la legitimidad del Estado y su poder punitivo²².

2. LA PREVALENCIA DE LA SEGURIDAD NACIONAL Y EL INTERÉS GENERAL FRENTE A LOS COMPUTADORES DE REYES

Ahora, es preciso entrar a analizar cómo Colombia puede sustentar el discurso de supremacía del interés general frente a la garantía de derechos fundamentales personales, en aras de eliminar definitivamente el problema del terrorismo que interesa a la comunidad internacional.

2.1. Posición Constitucional, legal y doctrinaria.

Dentro de un Estado Social de Derecho no sólo se persigue la efectividad teórica de los derechos y garantías de los ciudadanos, sino la materialización de los mismos en la realidad. Es deber del Estado garantizar efectivamente los presupuestos en los cuales está fundado, por eso, cuando al interior de la comunidad política hay quienes pretenden desestabilizar la organización y por ende impedir la concreción de los derechos de los asociados, el Estado debe responder frente “...a las amenazas vitales a la paz y a la seguridad de sus súbditos a través de la reconcentración de competencias dispersas o el endurecimiento de medidas que usualmente eran paralizadas o impedidas mediante recurso al reconocimiento de un derecho individual”²³. Así, por ejemplo, derecho público de orden se da “...en el actual panorama político, como respuesta a actos de terrorismo nacional o global”²⁴.

A la luz de la Constitución nacional, el Estado Colombiano se constituye fundado en principios como la prevalencia del interés general sobre el particular y la seguridad del Estado, por cuanto a éste le corresponde velar por la defensa y seguridad de la Nación. Así pues “*La defensa de la estabilidad y seguridad del Estado justifica que en algunas situaciones se limite el derecho a la intimidad de los particulares (...)* El fundamento de la limitación de los derechos de los particulares reside en el interés superior por la supervivencia de la comunidad políticamente

22 APONTE CARDONA, Alejandro. Derecho Penal del enemigo en Colombia: Entre la paz y la guerra. Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión. Vol. 1., Euros Editores, Buenos Aires, 2006.

23 Op. Cit., p. 23

24 Op. Cit., p. 23

organizada”²⁵. Se evidencia entonces la posibilidad que tienen las constituciones para contrarrestar una necesidad que se genera en la sociedad, aunque éstas

“...conllevan medidas que restringen el ejercicio de ciertos derechos y garantías que son susceptibles de suspensión temporal por razones de extrema necesidad. Las libertades públicas se ven alteradas en su ejercicio, y en algunos casos de crisis prolongadas se afecta su contenido esencial quedando reducidas a simples categorías jurídicas formales, sin posibilidad de ser ejercidas en la vida institucional y sin lugar a ser protegidas por sus respectivas garantías jurídicas, especialmente por las garantías de la justicia constitucional”²⁶.

2.2. Validez jurídica de los documentos electrónicos. Los medios electrónicos de Raúl Reyes

En el caso que nos ocupa, debido a que los ordenadores encontrados en el campamento guerrillero son considerados como medios electrónicos, cabe resaltar que bajo la ley 527 de 1999 y conforme con la teoría de los equivalentes funcionales, los computadores tendrán el mismo valor que un documento físico común, y su autenticidad podrá ser establecida por cualquiera de los medios consagrados en el Código de Procedimiento Civil, conforme a las disposiciones de la ley ya mencionada o la ley de comercio electrónico y sus reglamentaciones²⁷.

En consecuencia, la ley 527 de 1999²⁸ se estableció para otorgar “...seguridad jurídica a las transacciones realizadas por vía telemática y contenidas en soportes informáticos. Su teleología es atribuir confianza a los sujetos que participan en tales relaciones”²⁹. Esta ley establece que para efectos de cualquier proceso,

25 FERREIRA RUBIO, Delia Matilde. El Derecho a la Intimidad. Pág. 180. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1982.

26 MELENDEZ, Florentin. La suspensión de los derechos fundamentales en los estados de excepción según el derecho internacional de los derechos humanos. Pág. 68. Primera Ed. Criterio, El Salvador, 1999.

27 PARADA CAICEDO, Juan Bautista. El documento electrónico como medio de prueba, Prueba documental y pericial. Pág. 212. Editorial Jurídica Boliviana, Primera Edición, 2002.

28 Se puede establecer que esta ley tiene como sustento la Ley Modelo aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas Resolución No. 51/162 de 1996 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en su 29º periodo de sesiones, 28 de Mayo a 14 de junio de 1996, en el cual estableció en su Art. 2º como lo hace la ley 527 de 1999 que mensaje de dato es : “(...)la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, óptimos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el telex o el telefax”.

29 MOTTA NAVAS, Álvaro Andrés. El reconocimiento jurídico de los mensajes de datos y su apreciación como prueba. Págs. 125-151. Capítulo 4. Estudios Jurídicos sobre Comercio Electrónico, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, Marzo de 2006.

“...los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil. En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original” (subrayado fuera del texto original).

Así, los mensajes de datos tienen reconocimiento pleno en nuestro ordenamiento jurídico como categoría propia, que para temas probatorios se les aplican las reglas propias del documento, situación que queda reafirmada con el Art.11 de la ley 527 de 1999 que reza: *“Para la valoración de la fuerza probatoria de los mensajes de datos a que se refiere esta ley, se tendrán en cuenta las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas”*. Esto afecta sin lugar a dudas el Código de Procedimiento Civil³⁰, debido a que los mensajes de datos constituyen de ahora en adelante medios de prueba y como tales,

“...los documentos electrónicos están en capacidad de brindar similares niveles de seguridad que el papel y, en la mayoría de los casos, un mayor grado de confiabilidad y rapidez, especialmente con respecto a la identificación del origen y el contenido de los datos, siempre que se cumplan los requisitos técnicos y jurídicos plasmados en la ley”³¹.

Lo anterior, es lo que se denomina como equivalencia funcional³², en donde se extiende a los documentos electrónicos los efectos de seguridad jurídica de los documentos de papel debido a que cumple con los requisitos de forma, fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad, a pesar que los documentos electrónicos en sentido estricto no son documentos en papel³³.

30 El Art. 251 del Código de Procedimiento Civil establece que “son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.”

31 Corte Constitucional, sentencia C-662 de 2000 MP: Fabio Morón Díaz.

32 “Se fundamenta en un análisis de los propósitos y funciones de la exigencia tradicional del documento sobre papel, para determinar cómo podrían cumplirse esos propósitos y funciones con técnicas electrónicas.” Tomado de PARADA CAICEDO, Juan Bautista. El documento electrónico como medio de prueba, Prueba documental y pericial. Pág. 213. Editorial Jurídica Boliviana, Primera Edición, 2002.

33 MOTTA NAVAS, Álvaro Andrés. En reconocimiento jurídico de los mensajes de datos y su apreciación como prueba. Págs. 125-151. Capítulo 4, Estudios Jurídicos sobre Comercio Electrónico, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, Marzo de 2006.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia³⁴ reafirmó lo expuesto por la Corte Constitucional³⁵, añadiendo que,

“Es claro, entonces, que de conformidad con los artículos 10° de la Ley 527 de 1999 y 4° del Decreto 266 de 2000, para fines probatorios, se asimilaron los mensajes electrónicos de datos a los documentos y que, por ende, les son aplicables, con la adecuación que por sus características técnicas sea necesaria, las normas que desarrolla el Código de Procedimiento Civil, a partir de su artículo 251”.

De igual forma, para que al documento electrónico le pueda ser otorgado el mismo valor que al documento tradicional, tiene que probarse su autenticidad pues el valor probatorio depende de ésta. Se adquiere autenticidad mediante la firma del autor, por lo general para autorizar lo que se manifiesta en el documento, o para obligarse a lo declarado. Para que una firma sea considerada jurídicamente igual a una firma autógrafa, se necesita que la técnica empleada garantice que los datos usados (al momento de generarla) puedan producirse una sola vez, y de igual forma asegure su confidencialidad y ofrezca seguridad.

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

CONCLUSIÓN

En Colombia cada día crece más la utilización de medios electrónicos y en consecuencia de documentos electrónicos, ante lo cual es patente la necesidad de una mejor y más específica regulación. Por lo anterior a pesar de la insuficiente legislación existente en el país sobre el documento electrónico, con el tiempo y diferentes casos, es necesario entrar a discutir si es momento de entablar límites en el uso de tal documento en materia probatoria puesto que el uso irrestricto de éste medio puede vulnerar derechos privados de las personas.

34 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil MP: Arturo Solarte Rodríguez, del 4 de Septiembre de 2007 Ref.: 05001-22-03-000-2007-00230-01.

35 Corte Constitucional, sentencia C-662 de 2000.

Este asunto de los medios y documentos electrónicos, como se ha desarrollado, no es una cuestión abstracta, la realidad coyuntural de Colombia ha evidenciado la importancia espinal del asunto como consecuencia del hallazgo de los computadores y medios electrónicos del guerrillero Raúl Reyes. Conduce esto a plantear que la realidad política adquiere relevancia jurídica y que en consecuencia merece ser objeto de especial examen.

Un ordenamiento garantista como el sistema colombiano, en el cual los derechos tienen una consagración tan expresa y determinante de nuestra estructura bajo la figura de Estado Social de Derecho, no podría en principio, hacer primar los intereses políticos sobre las garantías y los derechos. Sin embargo, en el caso de Reyes la perspectiva parece ser diferente. No se discuten garantías constitucionales o principios internacionales, se discute es el valor probatorio de los documentos obtenidos de los computadores de Reyes.

Lo anteriormente expuesto da razón de la manera como las circunstancias políticas y fácticas coyunturales determinan de manera real la forma como se establece y utiliza tanto la política criminal como la aplicación y aplicabilidad de la ley procesal, devela cómo lo que para un país resulta válido desde el punto de vista procesal, para otro transgrede abiertamente el ordenamiento, no solo de carácter nacional sino también las normas y garantías procesales de aval internacional. En consecuencia, puede desprenderse el desmedro de unos derechos como el de la privacidad *so* pretexto de la garantía de otros derechos como, en este caso, la seguridad y la lucha contra el terrorismo como justificantes.

Cabe destacar también que el derecho visto a través de la óptica de la realidad política ayuda a comprender mejor el funcionamiento y las falencias del derecho, y en este caso en concreto conduce a la comprensión de la interpretación de la ley procesal, que a pesar de ser una misma, siempre puede ser asumida desde diferentes puntos de vista políticos y como consecuencia de esto restringir derechos con la finalidad de proteger bienes jurídicos, lo que se desprenderá de una posición política de gobierno o de una misma concepción de Estado. El caso expuesto a lo largo de la ponencia, devela la posición en una coyuntura específica sobre la interpretación de las normas procesales y la postura sobre la limitación de los derechos fundamentales, en particular los relacionados con la privacidad para lograr el fin específico de la lucha contra el terrorismo.

En consecuencia, ante la ausencia de legislación y por tanto del imperio de la ley, será el juez quien tome la última decisión, fallando según la interpretación jurídica de la ley que haga, motivado por el discurso político que haya decidido adoptar.

En conclusión, la realidad política tiene efectivamente injerencia directa en la esfera jurídica aún en materia procesal. La interpretación de las normas procesales, tanto como de las de derecho sustancial determina la ponderación de derechos y principios que aplica un Gobierno bajo circunstancias específicas. Se evidencia entonces, que el manejo de dos discursos diferentes, con argumentos tanto de índole político, como jurídicos completamente válidos coexisten de manera armónica dentro del ordenamiento jurídico colombiano. En el marco de la Constitución política nacional, que ha establecido un Estado Social de Derecho en garantía de que exista esta amplia posibilidad discursiva, se garantiza a los ciudadanos la posibilidad de, a través de la democracia hacer valer sus posiciones e ideales políticos.

Hoy en día la virtualidad ha impregnado la esfera del derecho procesal. Actualmente ésta rama del derecho se enfrenta a uno de los hechos más importantes para la historia política del país. De esto se deriva que respecto de la coyuntura política, el “derecho procesal virtual” es el protagonista.

BIBLIOGRAFÍA

- ALMAGRO NOSETE, JOSÉ y otros. Derecho Procesal. Tomo I. (Vol I), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1987.
- APONTE CARDONA, ALEJANDRO. Derecho Penal del enemigo en Colombia: Entre la paz y la guerra. Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, Vol. 1., Euros Editores, Buenos Aires, 2006.
- ARENAS SALAZAR, JORGE. Pruebas Penales. Segunda Edición, Editorial Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, 2003.
- BONILLA, DANIEL E ITURRALDE, MANUEL. Entre el derecho de defensa y la soberanía estatal. Revista Semana Online. Marzo 13 de 2008. En internet http://www.semana.com/wf_InfoArticulo.aspx?idArt=11016
- DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. Compendio de Derecho Procesal. Tomo I. Editorial A.B.C., Bogotá, 1985.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Segunda edición.
- FERREIRA RUBIO, DELIA MATILDE. El Derecho a la Intimidad. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1982.
- GRUPO DE ESTUDIOS EN INTERNET COMERCIO ELECTRÓNICO Y TELECOMUNICACIONES E INFORMÁTICA. Derecho de Internet y telecomunicaciones. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Editorial Legis. 2003.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO, Tratado de Derecho Procesal Penal, Editorial Aranzadi, 2004.
- LUMIA, GUISEPPE. Principios de teoría e ideología del derecho. Editorial Debate, Madrid, 1985.

- MELLENDEZ, FLORENTIN. La suspensión de los derechos fundamentales en los estados de excepción según el derecho internacional de los derechos humanos, Primera Ed. Criterio, El Salvador, 1999.
- MOTTA NAVAS, ÁLVARO ANDRÉS. El reconocimiento jurídico de los mensajes de datos y su apreciación como prueba, Capítulo 4. Estudios Jurídicos sobre Comercio Electrónico, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, Marzo de 2006.
- OLANO, HERNÁN ALEJANDRO. Constitución Política de Colombia Comentada y Concordada e Historia Constitucional Colombiana, Tercera Edición, Editorial Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, 1997.
- PARADA CAICEDO, JUAN BAUTISTA. El documento electrónico como medio de prueba, Prueba documental y pericial, Editorial Jurídica Boliviana, Primera Edición, 2002.
- RENGIFO GARCIA, ERNESTO. El Documento Electrónico, XXII Congreso Colombiano De Derecho Procesal, Departamento de Publicaciones Universidad Libre, Colombia, 2001.
- VARGAS, ÁLVARO. ¿Es realmente neutra la norma procesal? En: Temas Procesales No. 9 Centro de Estudios de Derecho Procesal, Medellín, octubre de 1989.
- VELÁSQUEZ TURBAY, CAMILO E. Derecho Constitucional, Segunda Edición, Universidad Externado, Bogotá, 2001.