

ORDEN DE CAPTURA - Requisitos

Número de radicado	45619
Número de providencia	SP12158-2016
Fecha	31/08/2016
Tipo de providencia	SENTENCIA
Clase de actuación	CASACIÓN

« Considera la Sala que si la primera exigencia del registro incidental es una captura legítima, tal requisito no se cumple en este caso, toda vez que para conseguir la expedición de la orden de captura por parte de la Juez de Control de Garantías, la Fiscalía aportó los informes de policía judicial rendidos por el Subintendente JLP y el Intendente BTL, que dan cuenta de la recolección de evidencia e información hallada en los computadores de alias RR, la cual fue ilegal, de modo que compromete la legalidad de la captura, del registro incidental, de la incautación de la USB y de los archivos allí encontrados, así como de los informes rendidos sobre los mismos, por lo siguiente:

El inciso final del artículo 29 de la Constitución establece que *“Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”*. Por su parte, el artículo 23 de la Ley 906 de 2004 regula la cláusula general de exclusión al disponer que *“Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia”*.

Si bien se admite que la cláusula de exclusión opera respecto de la prueba ilícita y la ilegal (CSJ AP 14 sept. 2009. Rad. 31500) y que el citado mandato constitucional exige al funcionario judicial señalar de manera expresa la prueba viciada que debe ser marginada de la actuación¹, lo cierto es que media distinción entre ambas, pues aquella es obtenida con vulneración de derechos esenciales del individuo, por ejemplo, de la dignidad humana por la utilización de tortura, constreñimiento ilegal, violación de la intimidad, quebranto del derecho a la no autoincriminación, etc., mientras que la otra, la prueba ilegal, es consecuencia del irrespeto trascendente de las reglas dispuestas por el legislador para su recaudo, aducción o aporte al proceso.

En uno u otro caso, las consecuencias jurídicas son diversas (CSJ SP, 2 mar. 2005, Rad. 18103, CSJ SP, 1º jul. 2009. Rad. 31073, CSJ SP, 1º jul. 2009. Rad. 26836 y CSJ SP, 5 ago. 2014. Rad. 43691). Invariablemente la

¹ Cfr. CC SU 159/02.

prueba ilícita debe ser excluida del conjunto de medios de convicción obrantes en el proceso, sin que puedan exponerse argumentos de razón práctica, de justicia material, de gravedad de los hechos o de prevalencia de intereses sociales para descartar su evidente ilegitimidad.

Tratándose de la prueba ilegal, también llamada irregular, corresponde al funcionario realizar un juicio de ponderación, en orden a establecer si el requisito pretermitido es fundamental en cuanto comprometa el derecho al debido proceso, en el entendido de que la simple omisión de formalidades y previsiones legislativas insustanciales no conduce a su exclusión.

Ahora, así como una prueba ilícita o ilegal sustancial debe ser excluida, de igual manera, el medio probatorio que de ella se derive debe correr la misma suerte, esto es, ser objeto de la cláusula de exclusión, asunto que en la doctrina anglosajona es abordado en la conocida *teoría del fruto del árbol envenenado*, en virtud del efecto espejo, dominó o también llamado reflejo.

La prueba ilícita que resulta nula por vulneración de los derechos fundamentales no produce efecto alguno, su ineficacia se extiende a todas sus consecuencias y contamina otros medios de convicción que de ella se deriven.

La prueba ilegal que debe ser excluida cuando el rito pretermitido en su recaudo, aducción o aporte es esencial, proyecta sus efectos a otro medio probatorio derivado, siempre que se acredite una muy estrecha relación inescindible entre aquella y este, capaz de lesionar la misma garantía².

Aunque se alude a pruebas ilegales o ilícitas y en el sistema reglado en la Ley 906 de 2004 únicamente tienen la condición de *pruebas* las que han sido producidas y sometidas a debate ante el juez de conocimiento en el juicio oral, así como las incorporadas anticipadamente en audiencia preliminar ante un juez de garantías en los casos y en las condiciones excepcionales previstas en el estatuto procesal penal, no hay duda que la ilegalidad o ilicitud también es predicable de los elementos materiales probatorios que, como en este caso, sirvieron de fundamento para que la juez de control de garantías expidiera la orden de captura en contra de MÁBV.

Si de acuerdo con el artículo 297 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 19 de la Ley 1142 de 2007, *“Para la captura se requerirá orden escrita proferida por un juez de control de garantías con las formalidades legales y por motivos razonablemente fundados, de acuerdo con el artículo 221, para inferir que aquel contra quien se pide librarla es autor o partícipe del delito que se investiga, según petición hecha por el respectivo*

² Cfr. CSJ SP, 5 ago. 2014. Rad. 43691.

fiscal” y la norma citada dispone que los *motivos fundados* “*deberán ser respaldados, al menos, en informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante, o en elementos materiales probatorios y evidencia física*”, se concluye que también los soportes demostrativos de los *motivos fundados* deben ser esencialmente legales y lícitos, pues de lo contrario deben ser objeto de la cláusula de exclusión.

Es cierto que la decisión por medio de la cual la Corte declaró ilegales los hallazgos derivados de los archivos electrónicos de alias RR data del 18 de mayo de 2011 y que la audiencia reservada de solicitud de captura de BV, fundada en elementos probatorios producto de los mismos, ocurrió el 14 de abril de 2009. No obstante, es claro que el carácter ilegal de estos no deviene de que así fuera declarado por esta Sala, sino de su evidente recaudo irregular al producirse fuera del territorio colombiano por parte de autoridades que no contaban con facultades de policía judicial, las cuales se apartaron de la Constitución Política y, en especial, de los Convenios de Cooperación Judicial y Asistencia suscritos por Colombia, así como de las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, quebrantando el debido proceso y el principio de legalidad.

Entonces, como el recaudo de los elementos informáticos de alias RR en Sucumbíos, Ecuador, fue ilegal por contrariar las reglas dispuestas por el legislador para ello, los medios probatorios que de aquellos se deriven deben correr la misma suerte conforme a la *teoría del fruto del árbol envenenado*, de manera que los informes de policía judicial con base en los cuales la Fiscalía solicitó la captura de MÁB también son ilegales.

Ahora, tratándose de pruebas derivadas de una ilegal, como ocurre en este asunto, debe demostrarse que el denominado efecto espejo o dominó se proyecta en aquellas, siempre que se acredite una muy estrecha relación inescindible entre una y otras, capaz de lesionar la misma garantía³, salvo los criterios señalados en el derecho anglosajón⁴ para tener como admisible la prueba derivada de una primaria excluida por ilegal, los cuales fueron acogidos en el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 y por la jurisprudencia, pese a que la doctrina ha señalado que su definición, comprensión y alcance no son absolutamente nítidos. Son ellos: La fuente independiente, el vínculo atenuado y el descubrimiento inevitable⁵.

La Corte no advierte, ni la Fiscalía acreditó, que alguna de tales situaciones exceptivas concurrieran en este caso, pues los informes de policía judicial no cuentan con *fuentes independientes autónomas* diversa de los elementos informáticos hallados e incautados ilegalmente en el campamento de alias

³ Cfr. CSJ SP, 5 ago. 2014. Rad. 43691.

⁴ Cfr. Caso Silverthorne vs. USA. 1920.

⁵ Cfr. CC SU-159 de 2002.

RR, es decir, su fuente está viciada y por ello, tienen el mismo “*foco de ilicitud*” y vulneran las mismas garantías de legalidad y debido proceso.

Tampoco media entre la prueba primaria ilegal (computadores y dispositivos electrónicos de almacenamiento de alias RR) y las derivadas (informes de policía) un *vínculo atenuado*, pues su relación es estrecha, intensa e importante, sin que la ilegalidad de tales informes se haya atenuado, con mayor razón si no obran otros medios probatorios para soportar la sentencia de condena por el delito de rebelión.

No se trata de un *descubrimiento inevitable*. Lo demostrado en la actuación fue que sin los referidos elementos informáticos ilegalmente incautados en Ecuador, no se habría arribado con otras pruebas a establecer la eventual pertenencia de MÁB a las Farc, es decir, la Fiscalía no probó que lo acreditado con los hallazgos tomados de los computadores y concretado en los informes de policía que sirvieron para solicitar la captura del mencionado ciudadano, también se habría establecido a través de otros medios legales.

En resumen, si los informes de policía judicial rendidos por el Subintendente JLP y el Intendente BTL, que dan cuenta de la recolección de evidencia e información hallada en los computadores de alias RR, fueron elementos materiales probatorios derivados de otros ilegales, también tenían tal carácter y, por ello, no podían sustentar la petición de orden de captura presentada por la Fiscalía ante la Juez de Control de Garantías y tanto menos, tenían aptitud legal para que efectivamente se dispusiera y materializara como en efecto ocurrió.

Ahora, si los soportes de la solicitud de captura de la Fiscalía y de su expedición por la Juez de Control de Garantías son ilegales, la orden de captura no es legal, es decir, no se cumple en este caso con el primer requisito para dotar de validez y legitimidad el registro incidental a la captura de MÁB».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 23, 248, 297 y 455
Constitución Política de Colombia de 1991, art. 29
Ley 1142 de 2007, arts. 19 y 221

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 27 feb. 2013, rad. 39076; CSJ AP, 28 ago. 2013, rad. 39591, y CSJ SP10303-2014.