

**INDAGACION E INVESTIGACION** - Registro incidental a la captura,  
concepto, finalidad y legalidad

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

«En la audiencia preliminar reservada de solicitud de orden de captura realizada el 14 de abril de 2009 en el Juzgado 64 Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá, el Fiscal 14 Especializado de la Unidad Nacional contra el Terrorismo aportó los informes de policía judicial elaborados por JL y BT, a partir de los hallazgos extraídos de los referidos computadores, con los cuales consideró acreditado que MÁBV, alias [...], podía ser responsable de la comisión de los delitos de financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados, y concierto para delinquir con fines terroristas, sancionados con pena mínima superior a 4 años de prisión, además de que para garantizar su comparecencia al proceso, evitar la obstrucción de la justicia y por constituir un peligro para la sociedad, solicitó se expidiera la correspondiente orden de captura, a lo cual accedió la juez.

Si bien, de tiempo atrás ha señalado la Sala en forma reiterada que para conjurar las falencias reales o supuestas en la captura se han dispuesto mecanismos especiales como la acción de *habeas corpus*, motivo por el cual aquellas no tienen la virtud de afectar la legitimidad del proceso, esto es, socavar las bases y estructura del trámite<sup>1</sup>, lo cierto es que en este asunto respecto del registro incidental a la captura, procedimiento en el cual se encontró una USB en la mochila que portaba MÁB, resulta imprescindible constatar si la captura fue o no legal, pues de ello se derivan consecuencias en el ámbito de la legalidad de las pruebas extraídas de tal dispositivo que sirvieron de fundamento para proferir el fallo de condena.

[...]

En efecto, como ya se advirtió, la USB fue hallada en el bolso o mochila que MÁB portaba al momento de su captura en el Aeropuerto El dorado, situación idéntica a la ejemplificada por la Corte Constitucional en sentencia C-822 de 2005, en la cual, además, se anota que la legislación no precisa expresamente en qué consiste el registro, pero el artículo 248 de la Ley 906

---

<sup>1</sup> Cfr. SP, 21 jul. 2004. Rad. 14538, AP 13 abr. 2005. Rad. 22947, AP 23 ene. 2008. Rad. 28886, AP 16 mar. 2011. Rad. 36007 y AP 27 feb. 2013. Rad. 39076, entre otros.

de 2004 permite inferir que se trata de una medida con un menor grado de incidencia que la inspección corporal, es decir, corresponde a una exploración superficial del individuo y de la indumentaria que porta, incluida el área física inmediata y bajo control de la persona, donde puede ocultar armas o esconder evidencia.

[...]

Al respecto, se tiene que el artículo 248 de la Ley 906 de 2004 se ocupa de tres figuras: (a) El registro realizado en el marco de los procedimientos preventivos que corresponden a la fuerza pública conforme a su deber constitucional, el cual fue declarado inexecutable en sentencia C-822 de 2005, en cuanto no forma parte de *“las investigaciones penales y, por lo tanto, su regulación no puede inscribirse dentro de una norma que se ocupa de diligencias encaminadas a obtener evidencias o elementos materiales probatorios, y que tienen, en este contexto, un significado y un alcance que rebasan la de los meros procedimientos preventivos a cargo de la fuerza pública”* y *“se encuentran previstos en las normas de policía sobre las cuales no emite pronunciamiento alguno esta sentencia”*; (b) El registro incidental a la captura y (c) El registro personal realizado con el fin de recuperar evidencia física para los fines de investigación penal.

Según se declaró en la parte resolutive de la misma sentencia, *“salvo el registro incidental a la captura, el registro corporal requiere autorización previa del juez de control de garantías”*.

Entre los propósitos del registro incidental a la captura se tienen: El aseguramiento de la misma aprehensión, detectar armas que puedan ser utilizadas contra las autoridades que adelantan el procedimiento para causarles daño en su vida o salud, o facilitar la huida del capturado, así como *“proteger de la destrucción o el ocultamiento elementos materiales probatorios o evidencia física que se encuentren en posesión de la persona capturada. Comprende, por lo tanto, la revisión superficial del individuo, de la indumentaria que porta, y de objetos bajo control físico de la persona capturada, como un bolso, como quiera que por su cercanía física éstos pueden ser usados para ocultar armas o evidencia física”*<sup>2</sup>.

Precisó la Corte Constitucional en tal decisión que el registro incidental a la captura es admisible, siempre que *“(i) se trate de una captura legítima, ordenada por un juez; (ii) se realice inmediatamente después de la captura; (iii) recaiga sobre la superficie de la persona, su indumentaria y de los enseres que lleve consigo; y (iv) no entrañe observar a la persona desnuda ni el tocamiento de órganos sexuales y senos”*

---

<sup>2</sup> Ídem.

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 64 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 [...], 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 AP14 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 actuación<sup>3</sup>, 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 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.

---

<sup>3</sup> Cfr. CC SU 159/02.

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 garantía<sup>4</sup>.

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 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 [...] data del 18 de mayo de 2011 y que la audiencia reservada de solicitud de captura de BV,

---

<sup>4</sup> Cfr. CSJ SP, 5 ago. 2014. Rad. 43691.

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 [...] 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.

[...]

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 [...], 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.

Tampoco será legal la incautación de la USB hallada en su mochila, sus archivos, así como los informes y testimonios rendidos sobre los mismos, específicamente la evidencia 9 que corresponde al almacenamiento hallado en dicho dispositivo, incorporada al juicio a través de HLP; la evidencia 10 que trata de cinco documentos extraídos de la USB, impresos e introducidos por el mismo Subintendente; la 11 relativa a un disco con la información obtenida de tal unidad de almacenamiento, incorporado por el perito Jair Vanegas; y la 12 alusiva a un informe del mismo experto de laboratorio.

Como en materia de protección de derechos fundamentales las formas procesales no se justifican por sí mismas, sino que es necesario establecer en concreto de qué manera la incorrección sobre el mandato procedimental

derivó en el quebranto efectivo de un derecho o garantía, en el entendido que no toda falencia formal tiene aptitud para conculcarlos, de modo que es necesario constatar en cada caso si efectivamente se produjo su lesión y cuál fue la afectación de su núcleo esencial, considera la Sala que en este asunto los soportes de la petición de orden de captura resultaron ilegales y ello condujo a la ilegalidad de la captura y, en consecuencia, del registro incidental a la misma, así como de la incautación de la USB hallada en la mochila de MÁB y los archivos hallados en ella y los informes y testimonios rendidos sobre el particular.

[...]

[...] prospera la censura por violación indirecta de la ley sustancial, producto del error de derecho por falso juicio de legalidad propuesto por la defensa, pues se demostró que el Tribunal fundamentó el fallo de condena en los medios probatorios extraídos de la USB incautada a MÁB en el marco de un registro incidental a la captura que, como ya se advirtió, se sustentó en elementos materiales probatorios ilegales, viciando el procedimiento de aprehensión, así como la incautación de la USB y los elementos hallados en ella».

**NORMATIVIDAD APLICADA:**

Ley 906 de 2004, arts. 248 y 297