



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA
Magistrado ponente

SP12158-2016

Radicación 45619

(Aprobado Acta No. 274).

Bogotá D.C., agosto treinta y uno de dos mil dieciséis
(2016)

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor de MIGUEL ÁNGEL BELTRÁN VILLEGAS contra la sentencia a través de la cual el Tribunal Superior de Bogotá lo condenó como autor del delito de rebelión el 14 de octubre de 2014.

HECHOS:

En las primeras horas del 1 de marzo de 2008, en Sucumbíos (Ecuador), aproximadamente a 1300 metros de la frontera con Colombia, un Comando de Operaciones Especiales de la Policía Nacional ejecutó la Operación Fénix,

en desarrollo de la cual fue abatido Luis Édgar Devis Silva (alias Raúl Reyes), reconocido miembro del secretariado de la agrupación ilegal Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (Farc). En su campamento se incautaron archivos electrónicos contenidos en 9 elementos de ordenación de datos, entre computadores, discos duros y dispositivos USB, a partir de los cuales se dedujo que MIGUEL ÁNGEL BELTRÁN VILLEGAS, profesor de sociología de la Universidad Nacional, realizaba trabajos en el área de divulgación ideológica, política e internacional para dicha organización, circunstancia que determinó su captura, procedimiento en el que se halló en su mochila una USB con información acerca de sus vínculos con las Farc.

ANTECEDENTES PROCESALES:

A instancia de la Fiscalía, el 14 de abril de 2009 el Juzgado 64 Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá ordenó la captura de BELTRÁN VILLEGAS, para lo cual se libró circular roja de Interpol, cuya materialización determinó que fuera deportado de México a Colombia, donde fue entregado a la policía nacional el 22 de mayo del mismo año en el aeropuerto Eldorado.

En audiencia realizada al día siguiente ante el Juez 13 Penal Municipal de Bogotá se impartió legalidad a la captura, así como a la incautación de elementos; la Fiscalía le imputó la comisión de los delitos de administración de recursos

relacionados con actividades terroristas, concierto para delinquir agravado y rebelión. Tras no aceptar los cargos, le fue impuesta medida de aseguramiento de detención preventiva intramural y se dispuso el control previo a la orden de recuperación de información dejada al navegar en internet u otros medios equivalentes, respecto de la USB incautada al indiciado, decisiones a la postre confirmadas en segunda instancia por el Juzgado 4° Penal del Circuito de Conocimiento, al desatar la impugnación interpuesta por la defensa.

El 11 de junio de 2009 se realizó la audiencia de control posterior a la recuperación de información dejada al navegar por internet o similares, obtenida en el referido dispositivo electrónico de almacenamiento.

Una vez presentado el escrito de acusación, en audiencia del 29 de julio de 2009 la Fiscalía acusó a BELTRÁN VILLEGAS como presunto coautor de los delitos de concierto para delinquir agravado y rebelión.

El 27 de julio de 2011 el Juzgado 4° Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá profirió sentencia absolutoria en favor del procesado, decisión impugnada por la Fiscalía, el Ministerio Público y el representante de las víctimas. El Tribunal Superior de Bogotá, a través del fallo recurrido en casación, expedido el 14 de octubre de 2014, revocó parcialmente la sentencia absolutoria, en el sentido de condenar al acusado a la pena principal de 100 meses de prisión, multa de 143.33 salarios mínimos e inhabilitación

para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como autor del delito de rebelión. Confirmó la absolución respecto del punible de concierto para delinquir agravado y negó la condena de ejecución condicional y la prisión domiciliaria.

LA DEMANDA:

El defensor presentó dos reproches:

Primer cargo (principal): Violación indirecta por falso juicio de legalidad sobre las pruebas de responsabilidad

En el fallo se desconocieron manifiestamente las reglas de producción de la prueba respecto de la evidencia 10, esto es, la USB incautada a su asistido “*horas después de su captura, así como los informes periciales y analíticos sobre la misma y los testimonios que sobre los mismos rindieron los policiales JHON FREDY GIRALDO, quien la incautó, BENANCIO TRIANA, quien incorporó documentos de Word impresos extraídos de la misma y otros correlacionados, YAIR VANEGAS, perito informático que hizo la copia espejo e hizo la extracción, y JAIME HUMBERTO LIZARAZO PIEDIACHE, quien los analizó*”, de manera que se configuró un error de derecho por falso juicio de legalidad.

La génesis de este asunto correspondió a la información contenida en la evidencia informática 31, ilegalmente incautada en el campamento de alias Raúl Reyes

el 1 de marzo de 2008 en territorio ecuatoriano, en el marco de la Operación Fénix.

La Fiscalía indujo en error a los jueces que ordenaron inicialmente la captura de BELTRÁN VILLEGAS mediante circular roja de Interpol, cuya materialización determinó su deportación de México a Colombia, la ulterior aprehensión en el aeropuerto Eldorado y la legalización del procedimiento de privación de la libertad, así como de la incautación de elementos con ocasión de la misma.

La USB, los documentos que contenía, los informes policiales y los testimonios para conseguir su aducción en el juicio, no constituyen fuente independiente respecto de la evidencia 31, pues, por el contrario, lo hallado en el campamento de Raúl Reyes en Ecuador permitió a los jueces librar la orden de captura contra BELTRÁN.

Conforme a la *teoría de los frutos del árbol envenenado* la evidencia 10 (USB incautada) es ilegal, pues no es autónoma, dado que se encuentra vinculada con la evidencia 31 que es ilegal.

Según el artículo 248 de la Ley 906 de 2004, la incautación de la USB quebrantó el derecho a la intimidad del acusado por exceder su registro personal, en cuanto, era necesaria una orden de un juez de control de garantías al encontrarse ya capturado en la Dijin, de modo que tal evidencia, así como los documentos encontrados y los informes y testimonios derivados de ella resultan ilegales y

debieron ser excluidos, máxime si la orden de captura no era legítima por sustentarse en prueba ilegal (evidencia 31), el registro no se hizo inmediatamente después de la captura, sino cuando ya habían transcurrido dos horas, y el procesado estaba en sitio diverso al de su aprehensión, sin que se tratara de un registro personal “*incidental a la captura*” como lo declaró el Tribunal en el fallo.

En consecuencia, sin tales medios demostrativos derivados de la USB no podía sustentarse la condena en contra del profesor BELTRÁN VILLEGAS.

El recurrente solicitó la casación de la sentencia condenatoria, para en su lugar absolver al acusado por el delito de rebelión.

Segundo reproche (subsidiario): Violación indirecta por falso raciocinio sobre pruebas de responsabilidad

El defensor manifestó que el Tribunal trasgredió las reglas de la lógica al apreciar los documentos extraídos de la USB incautada (evidencia 10), al considerar que es subversivo no únicamente el alzado en armas, sino también quien realiza “*labores de reclutamiento, adoctrinamiento, capacitación, financiación, planeación, milicia urbana o rural, comunicaciones, publicidad, infiltración, asistencia médica y logística u otras que impliquen el sostenimiento irrestricto de la causa guerrillera*”.

Se dejó *“adrede por fuera de esta enumeración, clara por sí misma, la de ‘ideología’ por cuanto”* no corresponde a un acto de preparación para las hostilidades, ni constituye un acto afín con la contienda como las comunicaciones, publicidad, infiltración, etc., ya que no se traduce en un conflicto armado, al comportar una forma de pensamiento y por ello, *“la ideología comunista, marxista y leninista o maoísta que pueda ser invocada por un grupo insurgente está antes y más allá de su accionar armado, pues profesar dichas ideologías, difundirlas, expresarlas y defenderlas no se erige en una actividad que pueda ser considerada delictual, al menos en un Estado democrático”*.

No acertó el Tribunal al colegir que si alias Jaime Cienfuegos es comunista y comparte, promueve o es afín con la ideología de las Farc, *“es un guerrillero con aporte ideológico”*, sin constatar si por dicha comunidad ideológica está de acuerdo con el uso de las armas, por manera que incurrió en una falacia o recurso de probabilidad, según la cual, se asume que si algo es posible o probable, es inevitable que pase, amén de que trasgredió el principio lógico de razón suficiente con la falacia de la causa simple, al asumir como condición de un resultado solo una de varias que hay en realidad. En este caso, tener comunidad ideológica con las Farc no basta para concluir que se comparten los métodos armados o se tiene la condición de guerrillero.

Si MIGUEL ÁNGEL BELTRÁN comunicó a Tania, encargada de comunicaciones de las Farc, que lamentaba la

muerte de su amigo y camarada Raúl Reyes, no puede concluirse que era integrante de dicha organización, pues esa fue también la expresión de los partidos comunistas de España y México, sin que pueda tildárseles de guerrilleros.

De otras manifestaciones de alias Jaime Cienfuegos en primera persona del plural, no se deduce su pertenencia a las Farc, sino a comunidades académicas o a colectivos ideológicos.

Con relación a los inconvenientes que BELTRÁN refirió a Tania sobre los informes de sus actividades, acerca de nuevas orientaciones y la publicación de sus artículos, el recurrente dijo que impropiamente se concluyó su subordinación respecto del grupo subversivo.

Finalmente, si el acusado aludió a la presentación en eventos internacionales de “*nuestros puntos de vista sobre la situación colombiana*”, de tal afirmación no se deduce su pertenencia al grupo subversivo y comunión con la lucha armada; luego, se ha quebrantado el principio de razón suficiente.

Con las pruebas restantes, tales como los testimonios de Benancio Triana y Jaime Humberto Lizarazo, no puede sostenerse el fallo de condena, tanto menos con las declaraciones de defensa como las rendidas por las profesoras compañeras del acusado o sus alumnas.

El defensor pidió a la Sala casar el fallo para en su lugar dictar sentencia absolutoria en favor de MIGUEL ÁNGEL BELTRÁN VILLEGAS.

ACTUACIÓN ANTE LA CORTE:

En la audiencia de sustentación oral intervinieron el defensor del procesado, el Fiscal Delegado ante la Corte y el Procurador Delegado para la Casación Penal.

1. El defensor.

Fundamentalmente, reiteró los argumentos plasmados en su demanda y agregó que con el fallo condenatorio se afectó el debido proceso y la razón, pues su asistido fue *“acusado por lo que piensa”*.

En la solicitud de captura *“el Fiscal no dijo al Juez de Control de Garantías que los elementos soporte de su petición fueron incautados en Sucumbíos”* (Ecuador). Tampoco el Tribunal reconoció la ilegalidad de tales medios y, por el contrario, señaló que la USB y su información son independientes del material incautado en el país vecino.

La USB es prueba diferente, pero no autónoma, pues se explica a partir de la evidencia 31, esto es, los elementos informáticos de Raúl Reyes, la cual es ilegal, según lo dijo esta Sala, entre otros casos, en el adelantado contra Wilson Borja. Dicha unidad no fue incautada al momento de la captura de BELTRÁN VILLEGAS sino 2 horas después

cuando ya se encontraba por cuenta del Estado, de manera que era necesaria una orden judicial, pero como no se contó con ella, se afectó el derecho a la intimidad de su representado.

La sentencia de condena atenta contra el derecho a pensar del acusado, quien no puede ser tratado como subversivo por expresar sentimientos de consideración por la muerte de Raúl Reyes. Preguntó: “*cuál es el aporte de Jaime Cienfuegos a las Farc?*” Y contestó: Ninguno, pues sus escritos hacen parte de la libertad de expresión, la cual no puede ser objeto de persecución.

Con fundamento en lo expuesto reiteró su solicitud de casación del fallo de condena, para en su lugar absolver a MIGUEL ÁNGEL BELTRÁN.

2. El Fiscal.

Señaló el Delegado que la evidencia 31 fue excluida de la actuación y no importa si la USB fue incautada 40 minutos o una hora luego de la aprehensión de BELTRÁN VILLEGAS, pues todo ello está comprendido en el concepto de su captura.

Según la *teoría del árbol envenenado*, la regla de exclusión de la prueba ilegal derivada que establece el artículo 29 de la Constitución tiene lugar cuando su fuente exclusiva, directa e inmediata es un medio probatorio ilegal, no así, cuando la derivada es prueba con fuente separada,

autónoma o independiente o cuyo vínculo con la prueba viciada se encuentra atenuado.

Si la Operación Fénix ocurrió el 1 de marzo de 2008 y la captura de MIGUEL ÁNGEL BELTRÁN se produjo el 22 de mayo de 2009 en Bogotá, es claro que ésta última no se fundó exclusivamente en la evidencia 31.

En este caso se presentó un registro incidental a la captura, ordenada previamente por un juez de control de garantías y avalada en su legalidad en segunda instancia. Además, se contó con autorización anterior de un funcionario de tal condición para revisar la USB y luego se sometieron a control posterior los materiales allí encontrados, motivo por el cual no se vulneró el derecho a la intimidad del procesado.

El fallo no se fundó únicamente en los documentos de la USB e informes sobre los mismos, sino también en el cotejo de la prueba debatida en el juicio, por ejemplo, antes de la captura se tuvo el informe de policía judicial sobre documentos, textos y actividades del profesor MIGUEL BELTRÁN, su ponencia en la Revista Fermentum No. 46, introducidos luego por Benancio Triana en el juicio.

También se contó con el testimonio del funcionario de policía judicial Humberto Lizarazo, igualmente con las

pruebas de defensa y el testimonio del procesado, además de sus registros migratorios.

Con base en tal recaudo de pruebas el Tribunal dedujo: Jaime Cienfuegos es MIGUEL ÁNGEL BELTRÁN, quien rendía información a Raúl Reyes, Sara y Tania, integrantes de las Farc; los archivos hallados en la USB se encuentran en formato PGP, el cual es utilizado por la Comisión Internacional de dicha organización ilegal para proteger sus documentos; Tania es la encargada de las comunicaciones en el mencionado grupo armado; Sara es la misma alias Antioqueña, identificada como Liliana Obando Villota, de toda la confianza de Raúl Reyes, con quien MIGUEL ÁNGEL BELTRÁN, como profesor asociado de la Universidad Nacional, escribió en 2006 un artículo sobre terrorismo o insurgencia armada.

El registro migratorio del procesado da cuenta que del 9 al 23 de marzo de 2008 estuvo en México y se acreditó que allí, en la Universidad Nacional Autónoma, expuso los puntos de vista de las Farc.

“No se criminaliza la presentación de ideas en la universidad pública ni el pensamiento crítico, sino la actividad clandestina al servicio de dicho grupo armado ilegal, orientada a su consolidación y logro de los objetivos rebeldes en contra del orden constitucional legítimo, luego no se ha incurrido en el sofisma que se atribuye al fallo” y por ello no es procedente su casación, finalizó el Fiscal ante la Corte.

3. El Procurador.

El Delegado señaló que en este caso la evidencia 10 no es autónoma, pues tiene un nexo con la evidencia 31; no obstante, esa relación es mínima y por ello es posible aplicar la excepción a la regla de exclusión con base en el criterio del vínculo atenuado respecto de los documentos extraídos de la USB incautada a MIGUEL ÁNGEL BELTRÁN.

En el registro incidental a la captura se halló la USB, procedimiento legalizado por un juez de control de garantías; además, la Fiscalía solicitó previamente la orden de recuperación de información dejada al navegar en internet u otros medios equivalentes como la referida unidad, en la cual se encontraron los documentos que dieron soporte al fallo de condena.

El nexo entre dichos archivos y la evidencia 31 es mínimo, pues aquellos no dependen de esta, máxime si se trata de un recaudo independiente; *“se trató de un registro incidental, en el marco de un proceder constitucional, pues la captura fue legítima, el registro se practicó inmediatamente después de la aprehensión, recayó sobre la superficie de la persona, su indumentaria y enseres que llevaba consigo, y no consistió en observarla desnuda o tocar sus partes íntimas”*.

El Procurador Delegado sugirió a la Sala no casar el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Con relación al **primer motivo del cargo inicial** formulado por la defensa, en el cual cuestiona la legalidad de la evidencia 10 (USB) por considerarla derivada de la evidencia 31 (computadores y otros dispositivos incautados en Sucumbíos, Ecuador), se encuentra lo siguiente:

Esta Sala en auto del 18 de mayo de 2011 (Rad. 29877) se inhibió de abrir investigación a favor de un ex Representante a la Cámara, por considerar que el vínculo entre él y las Farc se intentó demostrar con base en los archivos electrónicos de alias Raúl Reyes, contenidos en 9 elementos de ordenación de datos, entre computadores, discos duros y dispositivos USB, encontrados en territorio de Ecuador por el Comando de Operaciones Especiales (COPEs) de la Policía Nacional de Colombia, en el marco de la Operación Fénix que se desarrolló en la madrugada del 1 de marzo del año 2008.

Se expuso que tales hallazgos eran ilegales y fue aplicada la cláusula de exclusión, pues las autoridades nacionales no contaban con facultades de policía judicial, se apartaron de normas contenidas en la Constitución, los Convenios de Cooperación Judicial y Asistencia suscritos y ratificados por Colombia, y las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004.

Dicha determinación fue luego confirmada por la Corte mediante auto del 1 de agosto de 2011, al resolver el recurso de reposición interpuesto por el Ministerio Público, en el cual concluyó que ningún tipo de delito o la finalidad bondadosa de combatir el terrorismo autorizan que en el trámite judicial se violen derechos fundamentales o se pretermita el debido proceso y el principio de legalidad.

En este asunto, por las mismas razones invocadas en las citadas decisiones, en el fallo de primer grado la juez aplicó la cláusula de exclusión a las evidencias 1^a a 4^a y 6^a a 8^a, por ser procedentes de la evidencia 31, dejando a salvo las demás, especialmente la 5^a, que da cuenta de los informes de policía judicial sobre documentos, textos, publicaciones, foros y actividades académicas relacionadas con MIGUEL ÁNGEL BELTRÁN, introducidos con Benancio Triana Lozano; la 9^a, correspondiente al almacenamiento de la USB incautada al procesado de manera incidental a su captura, incorporada al juicio a través de Humberto Lizarazo Pidiache; la 10^a, que trata de cinco documentos extraídos de dicho dispositivo electrónico, impresos e introducidos por Humberto Lizarazo; la 11^a, relativa a un disco con la información obtenida de la USB, incorporado por el perito Jair Vanegas; y la 12^a, que alude al informe del mismo experto de laboratorio.

El Tribunal ratificó lo decidido por la juez respecto de la exclusión de las pruebas ilegales y además dispuso en el fallo “*omitir deliberadamente*” los testimonios de los oficiales Camilo Ernesto Álvarez Ochoa, Fredy Bautista García,

Henry Coba Santos, Ronald Hayden Coy Ortiz y Gilberto Vidal Rondón, así como lo expuesto por el Subintendente Jaime Humberto Lizarazo Pidiache el 8, 9 y 10 de junio de 2010, en cuanto se ocuparon de los elementos provenientes de la Operación Fénix.

Entonces, la sentencia de condena de segundo grado se fundamentó básicamente en los documentos hallados en la USB que dentro de una mochila portaba MIGUEL ÁNGEL BELTRÁN, obtenida en el marco del registro incidental a su captura, así como en la declaración rendida el 2 de mayo de 2011 por el Subintendente de la Policía Jaime Humberto Lizarazo Pidiache, sobre los archivos recuperados en el mencionado dispositivo de almacenamiento, lo expuesto por Jhon Fredy Torres Giraldo, acerca de las circunstancias que rodearon la captura en el Aeropuerto Eldorado, la declaración de Benancio Triana Lozano, como testigo de acreditación de aquellos documentos, y lo relatado por el perito ingeniero Yair Vanegas Rodríguez, acerca de la recuperación de los archivos, además del registro migratorio del procesado, su hoja de vida académica y la publicación que en compañía de Liliana Patricia Obando (alias la paisita) realizó en la revista *Fermentum* de un artículo titulado “*Colombia: ¿Terrorismo o insurgencia armada?*”.

Ahora, como la defensa alega que la captura de BELTRÁN VILLEGAS fue ilegal, toda vez que fue ordenada con base en informes de policía judicial derivados de los elementos informáticos de alias Raúl Reyes recaudados en Sucumbíos, Ecuador, que se concretó en la materialización

de la circular roja de la Interpol y determinó que fuera deportado de México a Colombia, la ulterior aprehensión en el Aeropuerto Eldorado y la legalización del procedimiento de privación de la libertad, procede la Corte a pronunciarse sobre el particular.

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 Jaime Lizarazo y Benancio Triana, a partir de los hallazgos extraídos de los referidos computadores, con los cuales consideró acreditado que MIGUEL ÁNGEL BELTRÁN VILLEGAS, alias Jaime Cienfuegos, 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 trámite¹, 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 MIGUEL ÁNGEL BELTRÁN, 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 la sentencia de segundo grado se precisó que *“la requisición de la USB al hoy procesado aconteció en el desarrollo de una actividad de policía judicial e inherente a sus funciones legales, durante una intervención judicialmente autorizada al derecho fundamental de la libertad, que permitió la obtención de elementos de prueba en forma incidental a tal aprehensión y con ocasión de ella, al amparo de lo expresamente preceptuado en el artículo 248 del estatuto procesal penal. Situación que en su debido momento se sometió a escrutinio ante el Juez de Control de Garantías, mientras que la revisión para superar el derecho a la intimidad del señor Beltrán Villegas fue objeto de autorización previa y expresa por un funcionario de similar naturaleza constitucional, a petición de la Fiscalía”*.

En efecto, como ya se advirtió, la USB fue hallada en el bolso o mochila que MIGUEL ÁNGEL BELTRÁN portaba al momento de su captura en el Aeropuerto Eldorado,

¹ 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.

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 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.

La incautación de dicho dispositivo electrónico de almacenamiento se produjo 90 minutos después de la aprehensión, pues, según lo declaró Jhon Fredy Torres Giraldo en el juicio como testigo de la Fiscalía (Cd No. 27), el acta de derechos del capturado fue suscrita a las 19:50 horas del 22 de mayo de 2009, pero luego fue necesario conducir a BELTRÁN a la zona de asistencia médica para que lo revisaran por presentar problemas de salud y más tarde, aproximadamente a las 21:20, en las instalaciones de la Dirección de la Dijín dentro del aeropuerto, se suscribió el acta de incautación de efectos que portaba en su mochila, entre ellos, la referida USB.

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*².

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”.

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 Jaime Lizarazo Pidiache y el Intendente Benancio Triana Lozano, que dan cuenta de la recolección de evidencia e información hallada en los computadores de alias Raúl Reyes, 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

² Ídem.

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 actuación³, 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

³ Cfr. CC SU 159/02.

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 garantía⁴.

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 MIGUEL ÁNGEL BELTRÁN VILLEGAS.

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

⁴ Cfr. CSJ SP, 5 ago. 2014. Rad. 43691.

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 Raúl Reyes data del 18 de mayo de 2011 y que la audiencia reservada de solicitud de captura de BELTRÁN VILLEGAS, 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 Raúl Reyes 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 MIGUEL ÁNGEL BELTRÁN 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 garantía⁵, salvo los criterios señalados en el derecho anglosajón⁶ 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 inevitable⁷.

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 *fuerza independiente autónoma* diversa de los elementos informáticos hallados e incautados ilegalmente en el campamento de alias Raúl Reyes, 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 Raúl Reyes) y las derivadas (informes de policía) un *vínculo atenuado*, pues su relación

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

⁶ Cfr. Caso Silverthorne vs. USA. 1920.

⁷ Cfr. CC SU-159 de 2002.

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 MIGUEL ÁNGEL BELTRÁN 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 Jaime Lizarazo Pidiache y el Intendente Benancio Triana Lozano, que dan cuenta de la recolección de evidencia e información hallada en los computadores de alias Raúl Reyes, 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 MIGUEL ÁNGEL BELTRÁN.

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 Humberto Lizarazo Pidiache; 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 MIGUEL ÁNGEL BELTRÁN y los archivos hallados en ella y los informes y testimonios rendidos sobre el particular.

No se trata aquí de exigir a la Juez de Control de Garantías que revisara la legalidad de los elementos hallados en poder del capturado, pues, como ya lo ha precisado la Sala⁸, no es de su competencia proceder a ello, en cuanto es en la audiencia preparatoria donde las partes y el Ministerio Público podrán pedir al juez de conocimiento su exclusión, rechazo o inadmisibilidad (artículos 358 y 359 de la Ley 906 de 2004). No obstante, se trata si de advertir la ilegalidad de los elementos materiales probatorios que sirvieron a la Fiscalía para conseguir de la Juez la expedición de la orden de captura, situación que no da lugar a invocar su buena fe para deshacer la arbitrariedad, pues lo cierto es que con tal proceder se vulneraron derechos fundamentales de MIGUEL ÁNGEL BELTRÁN, tales como el debido proceso y la libertad personal.

Desde luego, cuando el artículo 297 del Código de Procedimiento Penal establece: “*El fiscal que dirija la investigación solicitará la orden al juez correspondiente, acompañado de la policía judicial que presentará los elementos materiales probatorios, evidencia física o la información pertinente, en la cual se fundamentará la medida*”, alude a elementos, evidencia e información legales, so pena de que la orden de captura resulte ilegal, incorrección que comporta una sanción para el Estado,

⁸ CSJ SP, 16 may. 2007. Rad. 26310.

pues, como tantas veces se ha dicho, la verdad no puede ser descubierta sin importar los costos ni con desprecio por la legalidad de los medios de convicción; ello es intolerable en un Estado social y democrático, esencialmente fundado en el respeto de la persona y la protección a ultranza de sus derechos fundamentales, entre ellos, el del debido proceso probatorio para desvirtuar la presunción de inocencia.

La señalada ilegalidad de los informes de policía, sustento de la solicitud de captura en su condición de elementos derivados, no únicamente comportó la ilegalidad de la orden de captura y de su posterior materialización, sino que vició también el registro incidental y, con ello, la incautación de la USB, así como sus contenidos, los que a la postre fueron los soportes de la sentencia condenatoria, razón por la cual debe aplicárseles la cláusula de exclusión.

Así las cosas, 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 MIGUEL ÁNGEL BELTRÁN 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.

Ahora, del recaudo probatorio resulta legal la evidencia 5 que da cuenta de un informe de policía judicial sobre

documentos, textos, publicaciones, foros y actividades académicas relacionadas con MIGUEL ÁNGEL BELTRÁN, introducidos con la declaración de Benancio Triana, sin que de ellos pueda deducirse autónomamente su pertenencia al grupo armado ilegal, pues, no sobra indicar que la publicación en compañía de Liliana Patricia Obando de un artículo titulado “*Colombia: ¿Terrorismo o insurgencia armada?*”, la reseña de su captura en la Revista Semana, una entrevista que concedió al periodista Félix De Bedout de la emisora W Radio, su registro migratorio o su hoja de vida académica carecen de aptitud para que pueda ser declarado penalmente responsable por el cargo de rebelión.

También se cuenta con las declaraciones rendidas por las profesoras compañeras del acusado o sus alumnas, de las cuales tampoco se deduce su responsabilidad por el referido punible.

Como sin los medios de prueba excluidos, la sentencia de condena no consigue mantenerse, se impone casar tal decisión para en su lugar confirmar el fallo absolutorio proferido en primera instancia en favor de MIGUEL ÁNGEL BELTRÁN VILLEGAS.

Lo decidido respecto del primer cargo releva a la Corte de ocuparse de los planteamientos realizados por la defensa en el segundo reproche.

Por lo expuesto, la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. **CASAR** la sentencia impugnada para en su lugar, confirmar el fallo absolutorio de primera instancia proferido en favor de MIGUEL ÁNGEL BELTRÁN VILLEGAS.

2. **DISPONER** la libertad del procesado, para lo cual la Secretaría de la Sala librará de inmediato las correspondientes órdenes.

3. **SEÑALAR** que corresponde al juez de primera instancia proceder a la cancelación de los demás compromisos adquiridos en razón de estas diligencias por MIGUEL ÁNGEL BELTRÁN VILLEGAS.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria