

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado Ponente

STP3639-2021

Radicación n° 115112

Acta No. 062

Bogotá, D.C., quince (15) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Resolver la impugnación presentada frente al fallo proferido el 4 de febrero de 2021 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga, mediante el cual negó la acción de tutela promovida por la Dra. Diana Carolina Acuña Macana, Fiscal Delegada ante la referida Corporación, contra los Juzgados Tercero y Quinto Penales del Circuito con Función de Conocimiento y Sexto Penal Municipal con Función de Control de Garantías, todos de Palmira - Valle del Cauca, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales del debido proceso y acceso a la administración de justicia.

Al trámite fueron vinculados el Centro de Servicios Judiciales de Palmira, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de Florida, la Fiscalía 30 de la Unidad Especial de Priorización de la Dirección Seccional de Cali y las partes e intervinientes dentro del proceso penal con radicado N° 760016008778202000008.

Los hechos fundamento de la petición constitucional, fueron sintetizados por el A quo en los siguientes términos:

«Indicó la accionante, actualmente se desempeña como Fiscal Delegada ante [el] Tribunal Superior (E), en apoyo de la Fiscalía 30 de la Unidad Especial de Priorización de la Dirección Seccional de Cali. Precisó, la Fiscalía adelanta la investigación penal con CUI N°.76001600877820200008 contra Jorge Eliécer Ramírez Mosquera y otros, por las presuntas irregularidades acaecidas en la celebración de contratos públicos efectuados en la Alcaldía Municipal de Candelaria.

Acotó, el 21 de noviembre de 2020, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Garantías de Florida declaró legal la incautación de elementos en la causa mencionada y, de igual forma, impuso medida de aseguramiento a los indiciados, lo que fue objeto de apelación y, por ende, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Palmira, en auto de 18 de diciembre de 2020, revocó la decisión de primera instancia y ordenó la libertad inmediata de los implicados, declarando ilegal la incautación de elementos.

A su turno, el Juzgado Sexto Penal Municipal de Garantías de Palmira, en audiencia de control posterior realizada el 24 de diciembre de 2020, resolvió no legalizar la recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de redes de comunicación, lo que fue confirmado por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Palmira el 18 de enero de 2021.

Alega, las mencionadas providencias judiciales son contrarias a derecho, puesto que, en su sentir, trasgreden los derechos fundamentales comprometidos en la actuación penal que se adelanta.

En el anterior contexto, solicita se conceda el amparo deprecado y, en consecuencia, se deje sin efectos las providencias judiciales mencionada[s], para en su lugar ordenar a los despachos judiciales demandados que emitan nuevos pronunciamientos en los que se acceda a lo pretendido.»

EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior de Buga, negó el amparo deprecado, por cuanto las decisiones confutadas con la acción de tutela aparecen razonables, las cuales son atinentes a: i) la revocatoria de medida de aseguramiento y declaración de ilegalidad de la incautación de unos elementos, emitida el 18 de diciembre de 2020 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Palmira; y, ii) aquellas por cuyo medio no se legalizó la recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de redes de comunicación, emitidas, respectivamente, en primera y segunda instancia, el 24 de diciembre de 2020 y 18 de enero de 2021, por el Juzgado Sexto Penal Municipal con Función de Control de Garantías y el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Función de Conocimiento, los dos de Palmira.

Para el A quo constitucional, las determinaciones atacadas son producto de una fundamentación suficiente, conforme a los elementos materiales probatorios allegados al proceso penal, cuyas conclusiones se obtuvieron a partir de una ponderación propia de la adecuada actividad judicial.

Las primeras, al inferir razonadamente que, a partir de los elementos probatorios, no se satisfacía el requisito de inferencia razonable de autoría o participación, ni que los procesados tuvieran como propósito obstruir el proceso penal. Y, de otro lado, al concluir que, como los elementos incautados eran unos celulares cuyo objeto era investigar el contenido de la aplicación WhatsApp, debió la fiscalía emitir una orden para incautarlos al momento de la captura, pero no lo realizó, lo cual trasgrede los derechos de los implicados, como el de la intimidad, al contener conversaciones de naturaleza privada.

Las segundas, en tanto que los juzgados establecieron, conforme a la primera determinación -de decretar ilegal la incautación de los aparatos celulares-, que correspondía aplicar el inciso final del artículo 29 de la [Constitución Política](#), que reza que es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso, en la medida que la fiscalía pretendía obtener la recuperación de información producto de la transmisión

de datos a través de redes de comunicaciones, y conforme a la teoría del fruto del árbol envenenado, al haber sido declarada ilegal la incautación de los teléfonos con ese propósito, devenía la misma consecuencia para los medios probatorios derivados de ese procedimiento.

LA IMPUGNACIÓN

La Fiscal accionante, se limitó a cuestionar la decisión de primera instancia en cuanto a las providencias relativas a la declaratoria de ilegalidad de la incautación de unos elementos materiales probatorios e información producto de recuperación de datos¹, conforme a los siguientes motivos:

1. De las tres decisiones atacadas, el a quo solo abordó las dos primeras - revocatoria de la medida y declaratoria de ilegalidad de la incautación de elementos- y no analizó la tercera -control posterior sobre la recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de redes de comunicación-. Lo anterior, por cuanto no estudió la ley y jurisprudencia que se ajustan al caso para considerar razonables las decisiones cuestionadas.

2. Indicó que, de acuerdo con la última de ellas, no se requiere orden de incautación de los celulares y la audiencia de control de legalidad posterior, que en todo caso sí se solicitó, no son exigidos como requisitos para la realización de los referidos medios de investigación.

En ese orden, el Tribunal no resolvió los problemas jurídicos planteados en la demanda de tutela, relativos a si es viable legalizar la aprehensión de elementos probatorios con fines

investigativos y si requiere control posterior.

3. En sentir de la fiscal, la declaratoria de legalidad que tomó el Juez 1° Promiscuo Municipal de Florida, Valle, lo realizó de manera oficiosa porque no fue solicitado por la esa institución.

4. De otra parte, alegó que el juez de segunda instancia, al revocar tal determinación aplicó analógicamente el artículo 236 del C.P.P., y confundió la aprehensión de la información de los dispositivos con la del elemento material probatorio, siendo que, lo segundo no exige control previo ni orden de incautación, por lo que su decisión fue adoptada sin fundamento legal y afecta la actividad investigativa de la fiscalía.

En esa línea, insistió que el contenido de los celulares se trata de un elemento material probatorio con fines investigativos que no requiere control de legalidad y por ello, la decisión reprobada cercena el derecho del ente acusador «de administrar justicia con fundamento en todos los EMP hallados, recolectados, embalados y sometidos a cadena de custodia».

Es decir, indicó que, al considerarse que esos elementos (celulares) contienen información que debe someterse a control previo y posterior de legalidad, se limitó la actividad de la fiscalía, pues esta no está en capacidad de anticipar al momento de la captura, los elementos que se van a hallar ni la información que contienen. O, en sus propios términos, ello impone «reglas a los registros incidentales de captura».

5. Así las cosas, en criterio de la delegada, exigir control judicial previo a un acto de incautación incidental en la captura y que tuvo como fin asegurar unos elementos probatorios con fines investigativos, desconoce los fines de tal acto, cuales son asegurar la captura y evitar la destrucción u ocultamiento de los medios de convicción en poder del capturado, «a través de una revisión superficial del individuo, de la indumentaria que porta, y de objetos bajo control físico de la persona capturada.»

Ello conforme con las sentencias CC C-822 de 2005, C-591 de 2014, así como las providencias STP2536-2017, Rad. 89800, Rad. 26310 de 2007, y AP682-2019 Rad. 51263, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ya que los implicados fueron capturados en virtud de orden de captura emanada de autoridad competente y les fue aprehendido el celular a cada uno luego de la misma, sin violentar ningún derecho de tales sujetos.

6. Concluyó que las decisiones confutadas adolecen de defecto procedimental absoluto, defecto material y sustantivo y desconocen el precedente judicial en la materia.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación presentada contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Buga.

Toda persona tiene la potestad de promover acción de tutela en los términos del artículo 86 de la [Constitución Política](#) con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares, en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial, a no ser que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

En el caso concreto, la parte actora demanda la existencia de irregularidades en las decisiones tomadas en primera y segunda instancia, mediante las cuales, los Juzgados 6º Penal Municipal de Garantías y 5º Penal del Circuito de Palmira, negaron declarar la legalidad, en control posterior, de la información producto de la transmisión de datos a través de redes de comunicación, de los aparatos celulares incautados al momento de la captura dentro del trámite penal adelantado por la fiscalía accionante contra varios sujetos,

con fundamento, principalmente, en la determinación del Juzgado 3º Penal del Circuito, que revocó, entre otras, la declaratoria de legalidad de la incautación de tales objetos que había decidido el Juzgado 1º Promiscuo de Florida, Valle del Cauca, en favor del ente investigador.

En síntesis, alega la parte accionante que los juzgadores de instancia no tuvieron en cuenta que la incautación de los celulares fue producto de la revisión incidental que realizaron sobre los procesados, y que no requería orden previa del fiscal, o controles judiciales -previo ni posterior-, contrario a la extracción de la información en ellos contenida, sobre la cual, sí fue solicitado, debidamente, su control posterior con resultados negativos.

Pues bien, de manera suficiente se ha precisado que la acción de tutela contra decisiones judiciales presupone la concurrencia de unos requisitos de procedibilidad, genéricos y específicos², que consientan su interposición, esto con la finalidad de evitar que la misma se convierta en un instrumento para discutir la disparidad de criterios entre los sujetos procesales y la autoridad accionada, contrariando así su esencia, que no es distinta a denunciar la violación y obtener el restablecimiento de los derechos fundamentales.

En cuanto a los primeros, estos implican que i) la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; ii) se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable; iii) se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración; iv) cuando se trate de una irregularidad procesal, quede claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora; v) la parte accionante identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la afectación como los derechos vulnerados y que estos se hubiesen alegado en el proceso judicial, siempre que esto hubiere sido posible y, por último, vi) no se trate de sentencias de

tutela.

En relación con los segundos, la jurisprudencia antes referida ha reiterado que para verificar su cumplimiento se debe lograr la demostración de por lo menos uno de los siguientes vicios: a) un defecto orgánico (falta de competencia del funcionario judicial); b) un defecto procedimental absoluto (desconocer el procedimiento legal establecido); c) un defecto fáctico (que la decisión carezca de fundamentación probatoria); d) un defecto material o sustantivo (aplicar normas inexistentes o inconstitucionales); e) un error inducido (que la decisión judicial se haya adoptado con base en el engaño de un tercero); f) una decisión sin motivación (ausencia de fundamentos fácticos y jurídicos en la providencia); g) un desconocimiento del precedente (apartarse de los criterios de interpretación de los derechos definidos por la Corte Constitucional) o; h) la violación directa de la Constitución.

Aplicando las premisas jurisprudenciales antes expuestas al caso concreto, debe señalarse, de comienzo, que en lo que tiene que ver con el requisito de la subsidiariedad, que caracteriza a la acción de amparo constitucional, este se satisface en la medida que la parte accionante empleó todos los medios de defensa judicial con que contaba en contra de las providencias atacadas.

Así, aun cuando el proceso penal seguido en contra de Jorge Eliécer Ramírez Mosquera, Jhonathan Ortíz Libreros, José Ulises Asprilla Cárdenas, Oscar Darío Posso Céspedes, Jimmy Paz Castillo y Abraham Reyes Andrade, se encuentra en curso, no puede desconocerse que, en lo relativo a las específicas decisiones de los juzgados accionados, se agotaron todos los medios de defensa judicial con los que contaba la parte demandante.

Ahora, frente a los reiterativos argumentos de la accionante que señalan como arbitrarias las providencias atacadas por desconocedoras de las reglas jurisprudenciales que rigen la materia -incautación de aparatos celulares con información digital y los requisitos para su empleo como medio de investigación-, resulta importante traer a consideración lo dicho en

el auto de 18 de enero de 2021 del Juzgado Quinto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Palmira, que desató la apelación contra la determinación de 24 de diciembre de 2020 del Juzgado Sexto Penal Municipal con Función de Control de Garantías, también de Palmira, mediante la cual confirmó la negativa a declarar legal la información producto de la transmisión de datos a través de redes de comunicación, extraída de los celulares incautados a los procesados al momento de su captura -en control posterior-.

En dicha providencia, el Juzgado de segunda instancia, luego de plantear el problema jurídico a resolver, atinente a si se requería orden previa del fiscal para incautar los aparatos celulares, y si ello debía someterse a control judicial previo, al igual que, tras referirse a las posiciones dentro de la actuación tanto de fiscalía como de la defensa, frente al caso concreto, expuso, de comienzo que, en efecto, la información guardada en los celulares requería orden previa de la fiscalía, aunque no control judicial previo pues la información en estos hace parte de la recuperación de información en un documento digital, cuya extracción solo requiere control posterior, conforme al artículo 236 del C.P.P.

De tal forma, hizo alusión también al concepto de registro incidental en la captura, sus propósitos y fines conforme a la sentencia CC C-822/05, para indicar que, la misma se presentó en el caso de marras en tanto que la captura se efectuó en cumplimiento de una orden emitida por autoridad competente, la aprehensión de los teléfonos ocurrió luego de aquella, recayó en enseres que los sujetos llevaban consigo, sin entranar observarlos desnudos ni el tocamiento de sus genitales y, adicionalmente, la captura cumplió con los estándares para ser considerada legal y, de la misma manera, se deberían considerar legales tanto el registro incidental como la incautación de los elementos.

De manera que, se comprende de lo expuesto por el Juzgado 5 Penal del Circuito de Palmira, desde la perspectiva de la concepción del registro incidental de la captura, consideró que tal fue el procedimiento que se presentó en este caso, por lo que, en su criterio, la aprehensión de los celulares fue legal.

Así las cosas, indicó compartir la decisión del Juzgado 1° Promiscuo de Florida al declarar legal la incautación, mas no la tomada por el Juzgado 3° Penal del Circuito de Palmira, que revocó esa determinación; no obstante, confirmó la decisión del Juzgado 6° Penal Municipal de Palmira, de no legalizar la extracción de la información de los aparatos celulares, en control posterior, en razón de la decisión del segundo de los despachos aquí referidos, dado que esa determinación cobró ejecutoria, y para el efecto, expuso los siguientes argumentos:

«Inescindiblemente debe acatarse lo decidido por el Juez Tercero Penal del Circuito con Función de Control de Garantías en segunda instancia el pasado 18 de diciembre del año 2020, en el que según auto interlocutorio sin número – que este funcionario judicial escuchó con atenta nota el disenso por espacio de cinco horas veintinueve minutos y veinticuatro segundos (5:29:24), declaró la ilegalidad de la incautación de los teléfonos móviles de los imputados el día de sus capturas con orden judicial, consideró sobre la aplicabilidad de la sentencia C-822/05, en especial sobre la interpretación equivocada por la Fiscalía General de la Nación de cara al registro incidental de la captura, permitido por la Ley.

Mencionó sobre la preponderancia del derecho a la intimidad, en especial según lo consagrado en el artículo 248 del C.P.P., concluyó que los teléfonos móviles incautados a los imputados fue un procedimiento ilegal, que conforme al artículo 88 del C.P.P., sobre la ilegalidad de incautación de los precitados equipos móviles ordenó su devolución inmediata.

Argumentó el Juez Tercero Penal homólogo que si era necesaria la información de WhatsApp la Fiscalía General de la Nación debió expedir una orden de incautación de los celulares al momento de la captura y dirigida a la Policía Nacional, por tanto RESOLVIÓ decretar ILEGAL la incautación de los teléfonos móviles de los imputados y consecuentemente ordenó su devolución. Minutos 05:08:14 a 05:27:10.

Ahora bien, como quiera que se declaró la ilegalidad de la incautación de los teléfonos móviles a los imputados por parte del Juez Tercero Penal del Circuito, debe aplicarse 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 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 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.

Por lo que al decretarse ilegal la incautación de los equipos móviles a los imputados el día de la captura según decisión del Juez Tercero Penal del Circuito el pasado 18 de diciembre del año 2020, es claro que LA RECUPERACIÓN DE INFORMACIÓN PRODUCTO DE LA TRANSMISIÓN DE DATOS A TRAVÉS DE LAS REDES DE COMUNICACIONES, también deviene ilegal, al quebrantar según criterio del Juez Tercero Penal homólogo el debido proceso y el principio de legalidad.

Entonces, como la incautación de los teléfonos celulares de los imputados el día de sus capturas fue declarada ilegal por el Juez Tercero Penal homólogo en su criterio por contrariar las reglas dispuestas por el legislador para ello, los medios probatorios que de aquella se deriven deben correr la misma suerte conforme a la teoría del fruto del árbol envenenado, de manera que LA RECUPERACIÓN DE INFORMACIÓN PRODUCTO DE LA TRANSMISIÓN DE DATOS A TRAVÉS DE LAS REDES DE COMUNICACIONES 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 garantía⁴, salvo los criterios señalados en el derecho anglosajón⁵ 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 inevitable⁶.

Así las cosas, le asiste la razón a la primera instancia al negar las pretensiones de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal, por lo que el auto interlocutorio será confirmado por las razones expuestas en precedencia.» (Negritillas del texto)

Evidencia lo transcrito que, contrario a lo afirmado por la parte actora, para confirmar la decisión que negó acceder a la solicitud de la fiscalía de control posterior de legalidad de la información recuperada de los celulares incautados a los procesados, si bien analizó que le asistía razón a la delegada en cuanto a que se trató de un hallazgo incidental al momento de la captura, por lo que no se requería control previo ni posterior, y por eso dista de la revocatoria de la declaración de legalidad de la incautación determinada por el Juzgado 3 Penal del Circuito de Palmira, ponderó frente a su visión acerca de tal interpretación el hecho de que debía acatarse lo ya determinado por otro juez en sede de control de garantías.

Las argumentaciones del Juez Quinto Penal del Circuito de Palmira, Valle, resultan razonables al concluir que, pese a considerar que la incautación sí fue válida, dada la legalidad misma de la captura, debía estarse a lo resuelto por el Juzgado 3º Penal del Circuito de Palmira, que decidió su revocatoria.

Bajo este panorama, se hace imperioso confirmar el fallo impugnado, pero por las razones expuestas en esta providencia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas N° 3 de 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. CONFIRMAR la sentencia impugnada con fundamento en las consideraciones de esta determinación.
2. NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.
3. REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÚMPLASE

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Magistrado

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Es decir, no incluye en sus razonamientos motivos en contra de no
2 acceder a la solicitud de amparo, de cara a la revocatoria de la medida de
3 aseguramiento que solicitó contra los procesados.

4 Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-590 de 2005, SU-195 de 2012 y T-137 de
5 2017, entre otras.

6 Cfr. CC SU 159/02.

7 Cfr. Caso Silverthorne vs. USA. 1920.

8 Cfr. Caso Silverthorne vs. USA. 1920.

9 Cfr. CC SU-159 de 2002.