

Proceso No 31900

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente

Dr. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Aprobado acta número 266

Bogotá, D.C., agosto 24 de dos mil nueve (2009).

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación interpuesto por el defensor y el acusado contra la decisión proferida por el Tribunal Superior de Bogotá por medio de la cual negó el decreto de nulidad del proceso, elevada por el defensor de ex fiscal local JOHAY CONTRERAS AGUDELO, acusado por la supuesta comisión del delito de cohecho.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Así fueron relatados los hechos en el escrito de acusación:

“En la Fiscalía 34 Delegada ante los Jueces Penales Municipales de Bogotá, cuyo titular era el Doctor JOHAY CONTRERAS AGUDELO, se adelantaba la investigación No. 110016000050200705515, por el delito de abuso de confianza, cuyo objeto material fue un vehículo de propiedad de la señora IBETH GUTIERREZ OVIEDO; el vehículo Renault Megane de placas BSA-481, fue recuperado en Neiva, hecho del cual fue informada la

víctima, por lo que el 18 de enero de 2008 radicó petición de devolución ante la Fiscalía 34 Local, quedando a la espera de que se le ordenara la devolución del mismo.

A principios de febrero de 2008, la señora IBETH GUTIERREZ fue contactada por el titular de la Fiscalía 34 Local, Dr. JOHAY CONTRERAS AGUDELO, quien le manifestó que era necesario que se encontraran para acordar como debía procederse a la entrega del vehículo, razón por la cual se reunieron en el Restaurante LA TERRAZA de Bogotá, lugar en el cual almorzaron y en el que el Fiscal le hizo exigencia de la suma de CINCO MILLONES DE PESOS (\$ 5.000.000.00), parte de la mencionada suma sería para las personas que lograron la recuperación del vehículo; en razón a que la señora GUTIERREZ no contaba con tal suma, así se lo informó al Fiscal iniciando esta las gestiones tendientes a la consecución del dinero.

El 5 de febrero de 2008, acudió la señora GUTIERREZ OVIEDO a las instalaciones de la Fiscalía 34 Local y en la oficina del fiscal JOHAY CONTRERAS AGUDELO le entregó la suma de DOS MILLONES DE PESOS (\$ 2000.000) en efectivo y dos cheques posfechados de su cuenta corriente No. 17526828752 del Banco de Colombia, Títulos valores girados para garantizar el pago del excedente, así: 1.-GB526178 por Un Millón de pesos para el 5 de marzo de 2008 y el GB526179 por la suma de Dos millones de pesos para el mismo mes y día.

Por el cheque GB526178, la señora IBETH GUTIERREZ le consignó al Fiscal 34 Local en la cuenta de ahorros que éste posee en BBVA No. 126120070 la suma de UN MILLON DE PESOS MCTE (\$1.000.000.00) DISCRIMINADOS EN DOS CANTIDADES A SABER: una de ellas por NOVIENCIENTOS MIL PESOS y la otra por CIEN MIL PESOS, consignación que se efectuó el 5 de marzo de 2008.

Respecto del segundo cheque, o sea el GB526179, que fue girado posfechado por un valor de DOS MILLONES DE PESOS, se adelantaron conversaciones a efectos de poder

cubrirlo, una de las reuniones se llevó a cabo el 12 de julio de 2008 en CARULLA de la 116 con carrera 15 de Bogotá, lugar en donde le solicitó la víctima, más plazo para conseguir el dinero, acordando que el pago se efectuaría en el mes de agosto, lo cual no ocurrió.

Como quiera que el Fiscal la requirió para el pago de la suma excedente, la que no ha podido reunir, decidió instaurar la denuncia.”

Luego de adelantar las fases procesales correspondientes y de que la Fiscalía radicara el escrito respectivo, fue convocada la audiencia para formulación de la acusación, en la cual el defensor solicitó que se declarara la nulidad del proceso y en consecuencia se ordenara la libertad de su defendido, fundamentado en la supuesta ilegalidad de tres situaciones que se vivieron al interior de la investigación: i) la autorización que hizo la Fiscalía de la entrega vigilada de un dinero, cuando dicha actividad está reservada exclusivamente frente a la investigación de organizaciones criminales; ii) la captura se realizó por fuera de situación de flagrancia y sin orden de autoridad judicial competente; y, iii) la celebración de dos audiencias preliminares reservadas sin la presencia de CONTRERAS AGUDELO, no obstante encontrarse para esa fecha privado de la libertad, aspecto este con base en el cual solicita la “aplicación retroactiva favorable” de la sentencia C-025 de 2009, que autoriza la participación del imputado y la de su defensor en las audiencias de control posterior de control de legalidad.

La solicitud de nulidad fue denegada por el Tribunal al considerar: i) que los aspectos cuya discusión se proponía eran propios de la audiencia preparatoria y no de la de formulación de acusación, en tanto que todos los temas planteados por la defensa tenían relación directa con la legalidad de las pruebas, y que tales eventos únicamente generaban la nulidad del proceso en las situaciones previstas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-591 de 2005 ninguna de las cuales se encontraba acreditada en este caso; ii) que no se presentó una entrega vigilada sino un operativo en el que, con la

participación de la víctima, se pretendía sorprender en flagrancia al indiciado; y, iii) que la captura se realizó en flagrancia, vale decir, en momentos en que CONTRERAS AGUDELO recibía el dinero producto de la concusión, pero que en todo caso, aún en su ausencia, la Corte ha sostenido que la irregularidad de la aprehensión no afecta la validez procesal.

Contra tal decisión, tanto la defensa como el acusado, interpusieron recurso de apelación, el cual les fue concedido en el efecto suspensivo.

#### AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN ORAL

En uso de la palabra el defensor, luego de resumir la decisión impugnada, planteó su inconformidad con la misma, a partir de los siguientes argumentos:

En primer término aclaró que lo que cuestiona con su solicitud de nulidad no es la legalidad de la prueba, sino las garantías fundamentales de que es titular el procesado, de acuerdo con el contenido del artículo 276 de la Ley 906 de 2004; en tanto que el delito de concusión no admite la posibilidad de la entrega vigilada, actividad investigativa que está reservada para la desmembración de bandas criminales.

En segundo lugar, encuentra que se contrarió el debido proceso de CONTRERAS AGUDELO, en cuanto que el Tribunal corrigió el yerro de la Fiscalía al manifestar que no se estaba desarrollando propiamente una actividad de entrega vigilada, con lo que está también en desacuerdo al considerar que con ello el Tribunal se acercó peligrosamente a la posición de la Fiscalía, rompiendo su imparcialidad, porque convalidó tal actuación, no obstante ser claro que ese no era el procedimiento adecuado para esta investigación, lo cual es inaceptable en un proceso de partes.

Agregó que el delito de concusión es de mera conducta y de ejecución instantánea que se consuma cuando el servidor público hace la exigencia económica; todo para concluir

que en ese orden no podía producirse una captura en flagrancia, varios meses después de haberse realizado la supuesta exigencia, por lo que captura se tornó en ilegal.

Indicó igualmente que la entrega vigilada no era el procedimiento previsto, razón por la cual, con su práctica se violó el debido proceso, conculcación que se extendió a la omisión de comunicarle al indiciado de su realización, no obstante estar ya privado de la libertad. Aseveró igualmente que un acto ilegal no puede permanecer en el proceso, revestido de la legalidad que no le corresponde, no siendo posible solicitarse su ilegalidad en la audiencia preparatoria, por haber sido ya objeto de un control de legalidad.

Respecto de supuesta ilegalidad de la captura aseguró que su defendido no fue capturado en situación de flagrancia, por cuanto su aprehensión se produjo por fuera de los eventos previstos en el artículo 302 del Código de Procedimiento Penal, ya que si el delito de concusión es instantáneo, se consumó cuando se produjo la exigencia económica. Ni hubo situación de flagrancia, ni tampoco se capturó en cumplimiento de la orden de la autoridad judicial competente, concluyó.

Frente a la presunta vulneración del debido proceso recordó que la Corte Constitucional en la sentencia C- 025 de febrero de 2009, ordenó la citación y comparecencia del indiciado a las audiencias reservadas; lo cual se le desconoció a CONTRERAS AGUDELO, con lo que se afectó el derecho de defensa y contradicción del acusado.

A su turno, el acusado concretó su desacuerdo en la supuesta violación de sus derechos fundamentales. Esto porque el Tribunal, de manera equivocada, irracional, parcializada, contradictoria y descontextualizada adoptó la decisión impugnada.

Señaló el acusado apelante que el Tribunal se inventó una actividad investigativa innominada con el objetivo de convalidar una ilegalidad de la Fiscalía, al afirmar que no se adelantó un procedimiento de entrega vigilada, y, haciendo un malabarismo jurídico

para legitimar ese procedimiento justificó el operativo como mecanismo para capturarlo en flagrancia, pero sin indicar de qué acto de investigación se trataba, no obstante que estos son taxativos, y rodeados de formalidades legales, garantías cuyo titular era precisamente el ciudadano procesado, lo cual le desconoció el Tribunal al legitimar unas audiencias reservadas sin la presencia del indiciado.

Y si no hubo entrega vigilada, agregó, resulta irrelevante la audiencia de control posterior, con lo que está en juego el derecho a la defensa, al debido proceso y a la libertad. Reclamó que se le negó el derecho de defensa por cuanto no se le permitió asistir a la audiencia de control de legalidad del acto de investigación con fundamento en el cual se le capturó, no obstante tener ya para ese momento la condición de imputado con ocasión de su captura.

Concluyó manifestando que se le conculcó sus derechos a la defensa y al debido proceso y en consecuencia insistió en la pretendida declaratoria de nulidad y solicitó que en consecuencia se ordene su libertad inmediata.

La delegada de la Fiscalía General de la Nación, luego de hacer un recuento de las incidencias jurídicas y procesales del hecho investigado afirmó que la conducta de concusión se actualizó cada vez que el entonces fiscal exigía el pago de dinero a su víctima, lo cual la llevó a defender el uso de la entrega vigilada en casos como el que aquí se analiza, el cual no es exclusivamente utilizable para desarticular organizaciones criminales, ya que el artículo 243 del Código de Procedimiento Penal prevé otra posibilidad, en desarrollo de la cual fue que se acudió a tal actividad investigativa.

Agregó que la entrega vigilada está autorizada como mecanismo para la lucha contra la corrupción, en delitos como el investigado en este proceso, de acuerdo con lo indicado por la Ley 970 de 2005 por medio de la cual se aprobó la Convención de Naciones

Unidas contra la Corrupción, en cuyo artículo 50 se incorporan las técnicas utilizables, entre las cuales se encuentra la entrega vigilada.

Recalcó que la captura de CONTRERAS AGUDELO sí se realizó en situación de flagrancia, cuando se encontró en su poder el dinero que previamente se había incluido en el procedimiento de entrega vigilada; sin dejar de reconocer que el constreñimiento se inició en febrero de 2008, y se prolongó hasta el 14 de noviembre de 2008, actualizándose en varias ocasiones.

Manifestó que la oportunidad para la discusión en torno de la flagrancia era la audiencia de control de la captura, cuando el juez 14 Penal Municipal con Funciones de control de garantías declaró legal la captura, sin que en aquella audiencia hayan manifestado nada, ni el capturado, ni su defensor.

De las cuestionadas audiencias reservadas indicó que las mismas se realizaron el 13 de septiembre, esto es, el día de la captura y un día antes de la imputación; con lo que, de acuerdo con el párrafo del artículo 237 de la Ley 906 de 2004, no obligaba a la participación de quien aún no tenía la calidad de imputado.

Agregó que los efectos de la sentencia C-025 de 27 de enero de 2009 no podían extenderse al 13 de noviembre de 2008, solicitando a la Corte confirmar la decisión apelada.

El representante del Ministerio Público inició manifestando su desacuerdo con la posición de la defensa al solicitar la nulidad con fundamento en la posible ilegalidad de las pruebas, por cuanto tal situación conlleva es a la exclusión y no la nulidad del proceso.

En relación con la entrega vigilada señaló que tal procedimiento nació para combatir el delito macro y es propio del narcotráfico, y no puede aplicarse a la concusión por cuanto el

dinero no es el objeto material de la conducta; pero no obstante no se vulneró con dicha actividad ningún derecho, en tanto que se hizo con las formalidades propias del acto de investigación de entrega vigilada. Añadió que si lo que se valora con estos procedimientos son los resultados, en cualquier momento la defensa ha podido solicitar la exclusión de las pruebas, pero en todo caso, no se vulneró ningún derecho.

Frente a la concusión, manifestó que es un delito pluriofensivo puesto que protege la probidad de la administración pública, además de la autonomía personal y de paso el patrimonio económico de la víctima. Siendo así, el acto inició en febrero de 2008 y se prolongó hasta noviembre del mismo año, de donde se deduce claramente que hubo flagrancia en la captura por cuanto la vulneración del bien jurídico se prolongó en el tiempo; y no es que se haya agotado con el constreñimiento como lo planteó la defensa, sino que se extendió hasta cuando se materializó la captura. Agregó que se trató de un procedimiento que si bien no era el apropiado para este tipo de delitos, con el mismo no se produjo vulneración alguna de los derechos de CONTRERAS AGUDELO.

Respecto de la posible vulneración de los derechos del acusado al no habersele permitido el acceso a la audiencia de control de legalidad posterior, manifestó que no se podía aplicar en noviembre de 2008 una sentencia que aún no se había producido.

Solicitó finalmente que se confirmara el auto impugnado.

La representante de la víctima demandó que se confirmara la providencia impugnada, por cuanto no existió ninguna vulneración al debido proceso, en tanto que la entrega vigilada era apropiada en desarrollo de la Ley 970 de 2005 para la investigación de delitos como el de concusión, además de haberse realizado el control de legalidad de manera apropiada de acuerdo con la normatividad vigente; añadiendo además que la captura fue en flagrancia, para reiterar su solicitud de que se confirmara el auto recurrido.

## CONSIDERACIONES

La Corte es competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra los autos y sentencias que profieran en primera instancia los tribunales superiores de distrito judicial, de conformidad con lo establecido en el artículo 32.3 de la Ley 906 de 2004.

En la sustentación, los sujetos procesales inconformes entrecruzan indistintamente los eventuales efectos de la prueba ilegal con las causas y los efectos invalidantes de la actuación investigativa, al plantear que debe decretarse la nulidad del proceso toda vez que, a su juicio, la investigación que adelantó la Fiscalía estuvo plagada de ilegalidades.

Tres problemas jurídicos se ponen a consideración de la Sala: i) cuál es el alcance anulatorio de las actividades de investigación y de captura y cuál la oportunidad para su proposición; ii) si la entrega vigilada es una actividad exclusiva para desarticular bandas criminales o si su utilización es permitida en delitos de entidad diferente; y, iii) si la sentencia C-025 de 2009, produce efectos hacia el pasado.

Primer problema. Sobre el alcance anulatorio de las ilegalidades cometidas en las actividades de investigación y de captura y la oportunidad para el control judicial de las mismas.

Las causales y los principios de la nulidad procesal siguen vigentes no obstante no existir norma expresa que así lo determine en la Ley 906 de 2004, por lo que tal omisión se cubre con los lineamientos normativos de la Ley 600 de 2000, los cuales continúan vigentes en este aspecto particular, porque, además, pertenecen a la teoría general del proceso penal.

De suerte, que de acuerdo con lo normado por el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, las

nulidades de la fase investigativa se deben proponer en la audiencia de formulación de acusación, para que sea esta el escenario en que se debatan, ya que tal audiencia tiene una función, ante todo, de saneamiento:

“Trámite. Abierta por el juez la audiencia, ordenará el traslado del escrito de acusación a las demás partes; concederá la palabra a la fiscalía, Ministerio Público y defensa para que expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere, y las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato.

Resuelto lo anterior concederá la palabra al fiscal para que formule la correspondiente acusación.”

Frente a esta audiencia tiene dicho esta Corporación que:

“De la simple lectura del artículo se observa que en dicha audiencia las partes tienen unas posibilidades limitadas dirigidas solamente a enderezar el trámite del proceso, y, por esa razón, se les otorga la posibilidad de expresar causales de incompetencia, plantear impedimentos y recusaciones, proponer nulidades si existieren, y las observaciones sobre el escrito de acusación, si es que no reúne los requisitos establecidos para él en el artículo 337.

Así las cosas resulta oportuno decir que, de acuerdo con la Ley 906 de 2004, la audiencia de formulación de acusación tiene como objetivo fundamental el saneamiento del proceso, tanto en relación con el juez como con la estructura procesal.

En relación con el juzgador, la audiencia de formulación de la acusación resulta ser el escenario pertinente y la ocasión oportuna para la discusión y fijación definitiva del juez natural -a través, tanto de la impugnación de la competencia (promovida por las partes e

intervinientes a la luz del artículo 339), como de la definición de competencia, promovida por el mismo juez (según lo normado por el artículo 54)-; y la discusión de la posible parcialidad del juez -a través de la formulación de impedimentos (artículos 56 a 60) y recusaciones (artículos 61 a 65).

Frente a la consolidación de la estructura del juicio, la audiencia de formulación de acusación se convierte en el espacio en el que se verifica la satisfacción de los elementos fundamentales del escrito de acusación (previstos en el artículo 337), ya que son los presupuestos necesarios para activar el juicio contradictorio y concentrado, y contiene las bases sobre las cuales se va a construir la sentencia:

- \* En primer término la individualización del acusado;

- \* Además, los hechos jurídicamente relevantes, con los cuales debe ser congruente la sentencia, puesto que son, precisamente, los que se prueban, y sobre los cuales se juzga (artículo 448);

- \* El descubrimiento de las pruebas, con las que pretende la Fiscalía persuadir al juez sobre la existencia y trascendencia de los hechos jurídicamente relevantes; de manera que la defensa conozca previamente todo el arsenal probatorio con el que el acusador se presentará a la contienda, precisamente para prepararse para el enfrentamiento con igualdad de armas;

- \* También la constancia de la garantía del derecho de defensa técnica;

- \* Y, finalmente, la relación de los bienes y recursos afectados con fines de comiso.

De suerte que la posibilidad que se tiene por la defensa y los intervinientes frente al

escrito de acusación, es verificar la existencia y satisfacción de sus requisitos...”

Así, se tiene claro que las nulidades que pueden proponerse en la audiencia de formulación de acusación están limitadas a irregularidades que afectan la estructura del proceso a partir del cuestionamiento de alguno de los aspectos constitutivos del escrito de acusación, en el cual, a su vez, se fundamentará la sentencia.

A su turno, la vulneración de garantías en desarrollo de un procedimiento investigativo, de acuerdo con la intensidad de la misma, produce como consecuencia la exclusión del producto de dicho acto y de todo de lo que de él se derive; dejando a salvo solo aquello cubierto por las excepciones, legales y las previstas en el artículo 455 de la Ley 906 de 2004, vale decir, el descubrimiento inevitable, la fuente independiente y vínculo atenuado.

Excepcionalmente la ilegalidad de las pruebas se traducen en nulidad del proceso según lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2005, al limitar tal consecuencia a los eventos de crímenes de lesa humanidad como la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial, supuestos que se salen del acontecer fáctico analizado. Así se pronunció la Corte:

“Al respecto la Corte considera, que cuando el juez de conocimiento se encuentra en el juicio con una prueba ilícita, debe en consecuencia proceder a su exclusión. Pero, deberá siempre declarar la nulidad del proceso y excluir la prueba ilícita y sus derivadas, cuando quiera que dicha prueba ha sido obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial. En efecto, en estos casos, por tratarse de la obtención de una prueba con violación de los derechos humanos, esta circunstancia por sí sola hace que se rompa cualquier vínculo con el proceso. En otras palabras, independientemente de si la prueba es trascendental o necesaria, el solo hecho de que fue practicada bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial,

es decir, mediante la perpetración de un crimen de lesa humanidad imputable a agentes del Estado, se transmite a todo el proceso un vicio insubsanable que genera la nulidad del proceso, por cuanto se han desconocido los fines del Estado en el curso de un proceso penal, cual es la realización de los derechos y garantías del individuo. Además, como queda ya comprometida la imparcialidad del juez que ha conocido del proceso, debe proceder además a remitirlo a un juez distinto.

En efecto, tradicionalmente en derecho colombiano se ha entendido que la aplicación de la regla de exclusión no invalida todo el proceso<sup>1</sup>, sino que la prueba ilícita no puede ser tomada en cuenta al momento de sustentar una decisión. No obstante lo anterior, entiende la Corte que tal principio debe ser exceptuado cuando quiera que se pretenda hacer valer en un juicio oral una prueba que ha sido obtenida en flagrante desconocimiento de la dignidad humana, tal y como sucede con las confesiones logradas mediante crímenes de lesa humanidad como lo son la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha considerado que adelantar procesos judiciales sin las debidas garantías, como lo es la exclusión de la prueba obtenida con violación a la integridad física del sindicado, “motiva la invalidez del proceso y también priva de validez a la sentencia, que no reúne las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae consigo un acto de esta naturaleza.” (Subrayas por fuera del texto original)

Y el momento oportuno para cuestionar la legalidad de tales procedimientos, es inicialmente en las audiencias preliminares de control previo o posterior, según el tipo de evento, ante los jueces con función de control de garantías, y en la audiencia preparatoria ante el juez de conocimiento, así se haya cuestionado su legalidad en las audiencias preliminares.

Esto por cuanto la arquitectura del sistema acusatorio en la pretensión de garantizar un juez imparcial, esto es, lo menos informado posible de las incidencias de las labores de

investigación, dispuso que lo que tiene que ver con garantías esté vigilado y controlado precisamente por el juez de control de garantías, mientras que el juez de conocimiento, básicamente juzga de manera libre y fresca, sin estar atado a informaciones y discusiones previas que posiblemente motivaron posiciones procesales en favor de una u otra parte, y por eso mismo, el juez que ejerza el control de garantías, no puede ser, en ningún caso, el mismo del juicio.

Así las cosas, cuando el juez de conocimiento en sede de audiencia de formulación de acusación analiza, por ejemplo, la legalidad de la captura para efectos de determinar si el acusado fue o no capturado en flagrancia, se compromete con la tipicidad, el grado de ejecución y así se acerca peligrosamente al juicio de responsabilidad, que fue justamente lo que el Legislador quiso evitar al haber distribuido de la manera que lo hizo, las funciones del juez de control de garantías y el de conocimiento.

En ese orden, señalan los apelantes que la nulidad debe prosperar por cuanto la captura se realizó de manera ilegal, esto es, por fuera de las situaciones previstas en la ley para describir la flagrancia, y sin orden escrita de autoridad judicial competente emitida con las formalidades de ley.

Si fue ilegal o no la captura, tiene dicho la Corte desde antaño, tal situación tiene efectos exclusivamente frente al derecho a la libertad, de suerte que de comprobarse tal situación, corresponde restablecerla, para lo cual existen mecanismos constitucionales y legales específicos, pero que en todo caso, tal eventual ilegalidad no tiene efectos directos y automáticos en la validez del proceso penal.

Así, de tiempo atrás la Corte tiene dicho que<sup>2</sup>:

“De manera pacífica, uniforme y reiterada, la Sala ha señalado que toda captura ilegal, prolongación ilícita de la detención preventiva o, en general, cualquier afectación al derecho de libertad, de ninguna manera tiene la fuerza de viciar de nulidad el

proceso:

“[...] una vez superado el hecho que se estima irregular [...], la oportunidad para reclamar la libertad por captura ilegal o la prolongación ilegal de ella no sólo precluye sino que carece de pontencialidad para anular la actuación, en tanto que dicho defecto no constituye mácula que afecte las pruebas y diligencias válidamente recaudadas y practicadas, al punto que, en el evento de que alguno de tales desaciertos se hubiere configurado, por virtud del principio de trascendencia, carecería de sentido tener que anular lo actuado”<sup>3</sup>

Por lo anterior la Corte se abstendrá de realizar cualquier análisis frente a la eventual ilegalidad de la captura, en el entendido de que lo que se está apelando es la decisión de no decretar la nulidad con fundamento en tal situación, que acertadamente fue despachada de manera adversa por el a quo, razón por la cual dicha decisión será confirmada.

Segundo problema. La capacidad de rendimiento de la entrega vigilada.

En el campo internacional el artículo 11 de la Convención de Viena contra la producción uso o tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas incluye la entrega vigilada como actividad investigativa utilizable, tratado que fue revisado por la Corte Constitucional y aprobado mediante sentencia C-176 de 1994.

También se incluye en la Convención Interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados, convención que suscrita por nuestro país fue revisada por la Corte Constitucional mediante sentencia C-764 de 2002, la que posteriormente se incluyó en la Ley 737 de 2002.

De igual manera, la Ley 970 de 2005 aprobó la Convención de Naciones Unidas

contra la Corrupción, en cuyo artículo 50 se incorporan las técnicas utilizables, entre las cuales se encuentra la entrega vigilada.

Esta actividad de investigación no es nueva en nuestro procedimiento penal patrio, de suerte que también existía en el artículo 263 de la Ley 600 de 2000, y por esa vía se puede decir que tampoco es que sea propia y característico de un sistema procesal específico, sino que es una modalidad de búsqueda de la verdad que rinde sus frutos en el ejercicio de la acción penal.

Se puede observar que la fuente de autorización del uso de la entrega vigilada puede provenir de varias fuentes, distintas al Código de Procedimiento Penal, como sucede en el caso que ahora se analiza, lo cual, no lo hace ilegal, como lo plantean los recurrentes.

Ahora, superada la autorización de la utilización de la entrega vigilada a eventos diferentes a los previstos en el artículo 243 del Código de Procedimiento Penal, hay que decir que las formalidades con que tales diligencias se adelantan tienen que consultar en su integridad la normatividad procesal penal, de suerte que su legalidad pueda ser cuestionada en los mismos términos previstos para la entrega vigilada en la normatividad procesal, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 276 de dicho texto, y su control ante el juez de control de garantías, también dentro de los términos señalados en la misma normatividad.

En síntesis, en la investigación que condujo a la captura de YOHAY CONTRERAS AGUDELO si se apeló a la entrega vigilada, contrario a lo que manifiesta el a quo, sin que, por las razones atrás anotadas, pueda analizarse en este momento procesal la legalidad de la misma; la cual puede ser, en todo caso, cuestionada en la audiencia preparatoria.

La Corte se abstiene de realizar cualquier análisis en torno de la situación expresa en

que se vio envuelto CONTRERAS AGUDELO, como manifestación del absoluto respeto que profesa por la independencia judicial del Tribunal llamado a pronunciarse sobre dicha materia en el momento procesal oportuno, además de la garantía de la doble instancia que tienen los sujetos e intervinientes procesales en los términos señalados por el ordenamiento jurídico.

Al resolver el problema, coherente con lo anteriormente manifestado, la Corte se limita a reconocer que la entrega vigilada no solo es procedente en relación con actividades de narcotráfico, sino que se extiende a otras situaciones, evitando pronunciarse sobre la legalidad del procedimiento específico en el caso de CONTRERAS AGUDELO, precisamente para no comprometer su criterio ni desconocer la independencia del Tribunal a la hora de definir tal situación en desarrollo de la audiencia preparatoria, escenario natural donde tal situación debe plantearse.

Tercer problema. La extensión en el tiempo de los efectos de la sentencia C-025 de 2009.

Hace parte de la censura del apelante también que la Fiscalía adelantó audiencias reservadas sin la presencia de CONTRERAS AGUDELO, cuando ya estaba capturado, y por tanto, ya se había activado su derecho a la defensa, ya que por medio de la sentencia C-025 la Corte Constitucional condicionó la exequibilidad del artículo a que se entendiera que se debía garantizar la presencia del indiciado cuando estuviera capturado.

Argumentaron los recurrentes que la Corte Constitucional por medio de la sentencia C-025 de 27 de enero de 2009, autorizó la presencia del indiciado y su defensor en las audiencias de control posterior de legalidad siempre que estuviera privado de la libertad, y que no obstante la captura y las audiencias que tacha de ilegales tuvieron ocurrencia con anterioridad a la expedición de dicha providencia, invoca la nulidad alegando la aplicación retroactiva favorable de la mencionada sentencia.

Frente a este aspecto la Corte Constitucional tiene dicho que la sentencia de

constitucionalidad solo produce efectos hacia el futuro, a menos que en su texto se haya indicado otra cosa, lo cual tiene todo el sentido para garantizar la seguridad jurídica y el principio de legalidad de los procedimientos. En reciente providencia la Corte, en un asunto similar, señaló<sup>4</sup>:

“El inciso segundo del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991 indicaba:

“Los fallos de la Corte sólo tendrán efecto hacia el futuro, salvo para garantizar el principio de favorabilidad en materias penal, policiva y disciplinaria y en el caso previsto en el artículo 149 de la Constitución.”

Dicha norma fue declarada inexecutable por cuanto la Corte Constitucional consideró que era contraria a la Carta Política la limitación incluida en la norma; por lo que el efecto de sus fallos debía ser declarado por esa Corporación<sup>5</sup>:

“f). ¿CUAL ES LA AUTORIDAD LLAMADA A SEÑALAR LOS EFECTOS DE LOS FALLOS DE LA CORTE?

Para responder esta pregunta, hay que partir de algunos supuestos, entre ellos estos.

El primero, que los efectos de un fallo, en general, y en particular de los de la Corte Constitucional en asuntos de constitucionalidad, se producen sólo cuando se ha terminado el proceso, es decir cuando se han cumplido todos los actos procesales. En otras palabras, cuando la providencia está ejecutoriada.

El segundo, que la propia Constitución no se refirió a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, limitándose a declarar en el inciso primero del citado artículo 243, como se indicó, que los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada. Pero, bien habría podido la Asamblea Constituyente dictar otras normas sobre la materia. No lo hizo porque, en rigor, no eran

necesarias.

Pero, fuera del poder constituyente, ¿a quién corresponde declarar los efectos de los fallos de la Corte Constitucional, efectos que no hacen parte del proceso, sino que se generan por la terminación de éste?. Únicamente a la propia Corte Constitucional, ciñéndose, como es lógico, al texto y al espíritu de la Constitución. Sujeción que implica tener en cuenta los fines del derecho objetivo, y de la Constitución que es parte de él, que son la justicia y la seguridad jurídica.

En conclusión, sólo la Corte Constitucional, de conformidad con la Constitución, puede, en la propia sentencia, señalar los efectos de ésta. Este principio, válido en general, es rigurosamente exacto en tratándose de las sentencias dictadas en asuntos de constitucionalidad.”

Así las cosas, la sentencia sólo puede producir efectos a partir de la terminación del proceso de constitucionalidad, a menos que la Corte, en ejercicio del poder deferido por la Carta Política como su suprema guardiana, le asigne efectos hacia el pasado; lo cual no sucedió con la sentencia C-336 de 2007.

No podría ser de otra manera para garantizar la seguridad jurídica de todos los destinatarios de la ley, para ofrecer ex ante la certeza de que la única forma de la limitación excepcional de los derechos habría de ser la que se indica en su texto, como mecanismo para excluir la arbitrariedad y garantía del in dubio pro libertatis, dirigida, tanto a los servidores públicos llamados a aplicarla, como a los particulares titulares de la legalidad y el debido proceso.

La interpretación a la que invita el casacionista va por la senda de la contrariedad de los principios de legalidad y debido proceso, lo cual se enfrenta con los postulados del Estado de derecho.”

Bastan estas consideraciones para concluir que la apelación no está llamada a prosperar.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

RESUELVE

Primero: CONFIRMAR la decisión apelada.

Segundo: DEVOLVER el proceso al tribunal de origen.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Comuníquese y cúmplase.

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JOSE LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Excusa justificada

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE  
LEMON

Excusa justificada

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN JORGE LUIS  
QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS JAVIER ZAPATA  
ORTIZ

Permiso

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 1º de febrero de 1993 y auto de 5 de mayo de 1997.

2 Sentencia de casación de 9 de abril de 2008 dentro del radicado 23022.

3 Sentencia de 11 de julio de 2002 dentro del radicado 12447.

4 Sentencia de casación de 27 de mayo de 2009 dentro del radicado 30711.

5 Corte Constitucional, Sentencia C-113 de 1993.