

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

PECULADO POR APROPIACIÓN / Condiciones para su ejecución/ ...”El objeto jurídico está constituido por la seguridad de los bienes de la administración pública, la lealtad para con la administración, la probidad del funcionario hacia el patrimonio, el deber de fidelidad del funcionario con relación al patrimonio público; y el objeto material está constituido por los bienes sobre los cuales puede o debe recaer la acción ejecutiva del delito, que son los bienes del Estado, los bienes de empresas y/o instituciones en que éste tenga parte, así como los bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, y los bienes parafiscales. En cuanto a la conducta, el verbo rector es apropiar, que se entiende la ejecución o materialización de actos de disposición, de señor y dueño, lo que comportaría, que el bien entrase siquiera por un instante, a la esfera de disponibilidad jurídica del agente delictual, y que obviamente saliera de la esfera de disponibilidad jurídica del titular real y verdadero del bien que es la Administración Pública. La apropiación debe ser efectiva y no meramente posible o probable, es decir, deben existir actos materiales inequívocamente que señalan el ánimo de disposición de parte del sujeto agente. El elemento subjetivo del tipo, es el provecho, bien sea para el sujeto agente o para un tercero, y ese provecho en el peculado por apropiación no puede consistir en el simple uso de las cosas, porque se incurriría en peculado por uso, sino que es necesaria la verdadera disposición de los bienes directamente por quien realiza la conducta o a favor de un tercero.

SENTENCIA No. 018

MAGISTRADA PONENTE: LUZ ANGELA MONCADA SUAREZ.

APROBADO: Acta No. 018. Art. 30, Num. 4º, Ley 16 de 1968.

Tunja, veintisiete (27) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

OBJETO DE LA DECISIÓN

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja *Sala Penal*

La Sala Tercera de Decisión Penal de este Tribunal, se ocupa en esta providencia de resolver el recurso de apelación interpuesto por el Defensor, contra la sentencia proferida el 16 de septiembre de dos mil catorce (2014) por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tunja, mediante la cual condenó a HIPÓLITO MONTERO CRUZ como autor del delito de Peculado por Apropiación.

HECHOS

Mediante auto emitido por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Tunja, se ordenó oficiar a las autoridades penales para que se investigara la posible conducta penal en que pudo haber incurrido el auxiliar de la justicia HIPÓLITO MONTERO CRUZ, quien el 13 de enero de 2005 actuó como secuestre de los bienes muebles, víveres, embargados dentro del proceso ejecutivo contra SEGUNDO MERCHÁN AMAYA, los que a petición de la apoderada de la parte demandante fueron dejados en depósito provisional y gratuito a NEIDY YAMILE SUÁREZ quien atendió la diligencia y administraba el almacén del demandado, disponiéndose que el secuestre debía retirarlos pasado un día de la diligencia siempre y cuando las partes no llegaran a un acuerdo, el que se realizó el día siguiente 14 de enero de 2005 donde la apoderada del demandante y el demandado pactaron el monto de la obligación y las fechas para el pago de la misma, siendo informado el secuestre por aquellos que el pacto se estaba cumpliendo, sin que se demostrara habersele comunicado que se había incumplido lo acordado como tampoco estando probado que se le requiriera para que ante dicho incumplimiento retirara los bienes para su administración en garantía del pago del crédito, comprobándose en diligencia del 6 de julio de 2006 donde se pretendió la entrega de los bienes a un nuevo secuestre que los mismos no existían en el almacén del demandado.

IDENTIDAD E INDIVIDUALIZACION DEL PROCESADO

HIPÓLITO MONTERO CRUZ, identificado con C.C. 6.756.297 de Tunja, donde nació el 1 de agosto de 1952, hijo de JACINTO MONTERO y MERCEDES CRUZ, casado con MARLENY DEL CÁRMEN TRIANA, dijo ser viudo, padre de DIANA CAROLINA MONTERO TRIANA, bachiller y de profesión conductor.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

ACTUACIÓN PROCESAL

Teniendo en cuenta las copias remitidas por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Tunja mediante oficio J-0780 de agosto 24 de 2007, en cumplimiento a lo ordenado por auto del 09 de los mismos, proferido en el proceso ejecutivo radicado con el número 2004-00381 siendo demandante LUIS FERNANDO LÓPEZ CORTÉS y demandado SEGUNDO MERCHÁN AMAYA en el incidente de sanción del auxiliar de la justicia HIPÓLITO MONTERO CRUZ, donde se ordenó investigar la conducta de éste y de la depositaria NEYDI YAMILE SUÁREZ; la Fiscalía Quinta Seccional de Tunja ordenó la apertura de la indagación preliminar, en providencia del 28 de septiembre de 2007¹ y la apertura de la instrucción por el presunto delito de peculado, en providencia del 9 de mayo de 2008²

Vinculado HIPÓLITO MONTERO CRUZ mediante indagatoria rendida el 17 de mayo de 2011³, mediante providencia del 14 de junio de 2011, la Fiscalía Quinta Seccional de Tunja resolvió situación jurídica absteniéndose de imponerle medida de aseguramiento⁴.

Cerrada la investigación en decisión del 24 de agosto de 2011⁵, el mérito del sumario fue calificado por la Fiscalía Quinta Seccional de Tunja con resolución de acusación del 30 de septiembre de 2011⁶ contra HIPÓLITO MONTERO CRUZ, como autor del delito de peculado por apropiación; decisión contra la cual la defensa interpuso recurso de apelación, siendo confirmada en providencia del 29 de noviembre de 2011 de la Fiscalía Cuarta Delegada ante el Tribunal Superior de Tunja⁷.

El 20 de enero de 2012⁸, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tunja avocó conocimiento, realizándose la audiencia preparatoria el 18 de julio de 2012⁹

¹ Fl. 20 c.1.

² Fls. 27-28 c.1.

³ Fls. 74-76 c.1.

⁴ Fls. 77-83 c.1.

⁵ Fl. 153 c.1.

⁶ Fls. 164-172 c.1.

⁷ Cuaderno Segunda Instancia, Fiscalía Cuarta Delegada ante el Tribunal Superior Distrito Judicial Tunja.

⁸ Fl. 190 c.1.

⁹ Fl. 206 c.1.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja *Sala Penal*

y la audiencia pública el 08 de septiembre de 2014¹⁰, profiriendo sentencia el 16 de septiembre de 2014¹¹ mediante la cual condenó a HIPÓLITO MONTENEGRO CRUZ como autor del delito de peculado por apropiación.

Contra la sentencia el Defensor interpuso y sustentó dentro del término el recurso de apelación¹², el que fue concedido en el efecto suspensivo ante la Sala Penal de este Tribunal en auto del 21 de enero de 2015¹³ del Juzgado Primero Penal del Circuito de Tunja.

El conocimiento de la segunda instancia fue asignado por reparto a la Tercera Sala de Decisión Penal.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA Y MOTIVO DE LA APELACIÓN

1.- De la sentencia de primera instancia.

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Tunja condenó a HIPÓLITO MONTERO CRUZ como autor responsable del delito de Peculado por Apropiación, imponiéndole la pena principal de setenta y dos (72) meses de prisión y la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término a la pena principal, negándole los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, absteniéndose de condenarlo al pago de perjuicios.

Después de hacer referencia a las intervenciones de las partes en los alegatos de conclusión, precisó que la norma a aplicar por los cargos formulados es el artículo 397 del C.P., sin el aumento punitivo previsto en la ley 890 de 2004 porque se trata de hechos ocurridos antes de la entrada en vigencia del nuevo sistema penal acusatorio; haciendo mención al desempeño de la función pública de manera transitoria por parte del secuestre, para aclarar que cuando tales auxiliares de la justicia se apropian de los bienes que han sido confiados en ejercicio de su cargo por la autoridad competente, incurren en el delito de

¹⁰ Fls. 292-300 c.1

¹¹ Fls.319-334 c.2.

¹² Fls. 326, 329-335 c.2.

¹³ Fl. 339 c.2.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja *Sala Penal*

peculado, citando lo dicho por la Corte Suprema de Justicia sobre el tema en providencia del 8 de julio de 2009 en el radicado 26852.

Dijo estar demostrado que HIPÓLITO MONTERO CRUZ fue designado como secuestre de los bienes muebles embargados dentro del proceso ejecutivo radicado con el número 2004-00381 adelantado ante el Juzgado Tercero Civil Municipal de Tunja, en diligencia realizada por la Inspección Quinta Municipal de Policía de Tunja donde se consignó la aprehensión de los bienes de propiedad del señor SEGUNDO MERCHÁN AMAYA y delegación de administración al auxiliar de la justicia, quien ejerció una función pública de carácter transitorio, para todos los efectos penales debiendo responder como servidor público en los términos del inciso segundo del artículo 20 del C.P.

Del objeto material de la conducta punible tuvo como pruebas: las copias aportadas del proceso ejecutivo 2004-00381 adelantado por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Tunja siendo demandante LUIS FERNANDO LÓPEZ CORTÉS y demandado SEGUNDO MERCHÁN AMAYA, compulsadas con ocasión a la omisión del secuestre de rendir informes y devolver los bienes embargados y que fueron dejados bajo su custodia en ese proceso, según acta de la diligencia de embargo y secuestro del 13 de enero de 2005, habiéndose resuelto el incidente de exclusión del procesado como auxiliar de la justicia en providencia donde realizó un pormenorizado relato de lo acaecido con la medida cautelar en dicho proceso; como también las diligencias adelantadas por el CTI, entre estas, la entrevista recibida a SEGUNDO MERCHÁN AMAYA, el avalúo de los bienes embargados y secuestrados, y lo dicho por el acusado en su injurada; de donde concluyó que los bienes embargados y secuestrados desaparecieron sin que se cumpliera el propósito de garantizar el pago de la obligación a los acreedores, habiendo permitido el secuestre que terceros se apoderaran de los mismos, siendo atribuible la negligencia y descuido para que no se entregaran para el pago de la obligación.

En cuanto al aspecto subjetivo, consideró que al haber asumido el procesado la custodia de los bienes embargados por los que debía responder, sin impedir que el señor SEGUNDO MERCHÁN AMAYA dispusiera de los mismos, como éste se lo manifestó a los funcionarios de policía judicial, se podía inferir que HIPÓLITO MONTERO CRUZ faltó a sus deberes en calidad de auxiliar de la

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja *Sala Penal*

justicia, permitiendo dolosamente el desaparecimiento de los bienes que eran garantía de la obligación en el proceso ejecutivo; no siendo de recibo para el *a quo* la justificación esgrimida por la defensa al haber dejado la demandante los bienes en depósito, porque eso solo era por el término de un día y si no se llegaba a un acuerdo debía el secuestre retirarlos, cosa que no hizo.

Concluyó probada la conducta punible de peculado por apropiación y la responsabilidad del acusado HIPÓLITO MONTERO CRUZ, presupuestos de la sentencia condenatoria.

La pena fue impuesta determinando los límites mínimo y máximo previstos en el primer inciso del artículo 397 del C.P., teniendo en cuenta el avalúo realizado por el CTI de los bienes embargados y secuestrados en suma de \$20.754.500, valor que superaba los cincuenta salarios mínimos mensuales legales vigentes, y sin que concurriera circunstancias de mayor punibilidad, la fijó en el mínimo de 72 meses de prisión, omitiendo pronunciarse sobre la pena de multa, e impuso como accesoria la inhabilitación de derechos y funciones públicas por igual término de la pena principal de prisión.

Se abstuvo de condenar en perjuicios por considerar que no fueron demostrados y porque se desconocía si el proceso ejecutivo en el que se embargaron y secuestraron los bienes muebles aún seguía vigente o se había terminado por causa prevista en la ley.

Negó el subrogado de suspensión condicional de la ejecución de la pena por no cumplirse el requisito objetivo previsto en el artículo 63 del C.P., al ser superior a cuatro años de prisión la pena impuesta, e igualmente negó la prisión domiciliaria por estar prohibido el sustituto en el artículo 68 A para el delito por el cual se emitía la condena.

2.- Del recurso de apelación.

2.1.- El Defensor de oficio de HIPÓLITO MONTERO CRUZ cuestiona la sentencia de primera instancia, en concreto por dos motivos: i) por indebida

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

valoración de la prueba, y ii) por estar prescrita la acción penal antes de proferirse la sentencia impugnada.

Frente a la indebida valoración de la prueba, asegura que no fue demostrado que el procesado hubiere actuado dolosamente en la presunta apropiación de los bienes que en la diligencia de secuestro recibió formalmente, pero no materialmente por haberlos dejado en depósito de una empleada del demandado, como tampoco lo hizo para la apropiación en favor de terceros, por las siguientes razones en concreto:

Que no se discute que el Juzgado Tercero Civil Municipal de Tunja haya sancionado al señor HIPÓLITO MONTERO CRUZ en calidad de secuestre por incumplimiento de sus deberes y obligaciones, pero que dicha decisión no puede ser la prueba de la responsabilidad penal por el presunto delito de peculado por apropiación.

Acusa la sentencia de haber valorado únicamente la prueba aportada por la Fiscalía en contra del procesado y no la que se presentara como descargos, pues es cierto que el 13 de enero de 2005 se realizó la diligencia de secuestro de bienes muebles en el proceso ejecutivo Nro. 2004-381 adelantado ante el Juzgado Tercero Civil Municipal de Tunja, pero como lo afirmó el procesado en su indagatoria, también se embargó y secuestro un bien inmueble, casa ubicada en la calle 21 Nro. 14-08 de Tunja, lo que demuestra que obró con error invencible que en su conducta no concurría un hecho constitutivo de la descripción típica, al creer que con la medida cautelar sobre el bien inmueble se cubriría el pago de las obligaciones, como se lo había dicho el demandado quien también le manifestó que estaba cancelando lo adeudado.

Lo anterior corroborado con el informe del C.T.I., donde se dice que se le recibió declaración al demandado SEGUNDO MERCHÁN AMAYA, quien confesó haber vendido las mercancías que se le dejaron en depósito porque como no pudo cumplir con el acuerdo de pago al que llegó con la abogada, por la deuda le embargaron y remataron la casa; con lo que se demuestra que de buena fe el procesado dejó en depósito esas mercancías, sin que lo hubiere autorizado a

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

venderlas o favorecerlo por tal conducta, incurriendo en error al creer que el demandado iba a cancelar la obligación.

Y que también el informe del investigador da cuenta de las actividades desarrolladas por el secuestro HIPÓLITO MONTERO CRUZ, quien estuvo pendiente del proceso y una vez el demandado SEGUNDO MERCHÁN AMAYA llegó a un acuerdo con la apoderada de la parte demandante, la Abogada ALBA RUTH PINZÓN, acudía al negocio de aquél y le reiteraba que cumpliera con lo acordado o de lo contrario tendría que retirar las mercancías secuestradas; estando demostrado que existió el acuerdo de pago entre demandante y demandado por la suma de \$10.500.000 de los cuales el demandado pagó \$9.000.000, como igualmente ese informe probó el remate del inmueble embargado y secuestrado, obteniendo la parte demandante el pago de la obligación, factores que incidieron para que el secuestro no retirara las mercancías secuestradas, pues ya no era necesario disponer de tales bienes con aquella finalidad, afirmando que tampoco existió la antijuridicidad material por el delito que se le formularon los cargos.

Por lo anterior, considera que la primera instancia no tuvo en cuenta la realidad fáctica y probatoria en su totalidad, de la que habría llegado a la concluir la causal eximente de responsabilidad.

De otra parte, alega el quebrando del principio de legalidad en el marco de la punibilidad y de la congruencia entre la acusación y la sentencia, con la adecuación jurídica del peculado por apropiación en suma superior a cincuenta salarios mínimos mensuales legales vigentes conforme al artículo 397 del C.P., al asumir el *a quo* a mutuo propio la cuantía, no solo por ausencia de la determinación en la acusación, sino caprichosamente por el avalúo de bienes enlistado en el acta de embargo y secuestro actualizado por el funcionario del C.T.I. de la Fiscalía en suma de \$20.754.500.

Sostiene que el tipo penal a más de exigir un sujeto activo calificado, el mismo debe tener la relación material o funcional con los bienes sobre los que se apropia, y que en el presente caso no se demostró que HIPÓLITO MONTERO CRUZ hubiese actuado dolosamente para apropiarse o para permitir que el

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

demandado SEGUNDO MERCHÁN AMAYA lo hiciera, no estando probada la responsabilidad del acusado, por lo que su conducta deviene atípica, debiendo proferirse sentencia absolutoria.

De la prescripción de la acción antes de proferirse la sentencia apelada, precisó que para el delito de peculado por apropiación cuando la cuantía es inferior a los cincuenta salarios mínimos mensuales legales vigentes, la pena privativa de la libertad prevista en el artículo 397 del C. P., es de cuatro a diez años; que en el presente caso la cuantía de los bienes embargados y secuestrados en diligencia del 13 de enero de 2005, recibidos formalmente por el secuestro pero dejados en depósito de la señora NEYDI YAMILE SUÁREZ, según el avalúo realizado por el investigador del C.T.I., era de \$14.619.250, lo que no superaba los cincuenta salarios mínimos mensuales legales vigentes porque para el año 2005 el salario mínimo era de \$381.500, siendo indebida la adecuación típica que hiciera la primera instancia.

En consecuencia, considera que como la cuantía no superaba los cincuenta salarios mínimos mensuales legales vigentes, la acción penal en la fase de instrucción prescribía en cuatro (sic) años contados a partir del 13 de enero de 2005, sin incremento punitivo alguno porque no se trataba de un servidor público porque el procesado solo ostentaba la calidad de secuestro de bienes o auxiliar de la justicia, habiendo sido proferida la resolución de acusación en segunda instancia el 29 de noviembre de 2011, fecha que se tiene en cuenta para la prescripción de la acción penal, a partir de la cual se debe contabilizar, afirma el recurrente, la mitad de ese tiempo, esto es, dos años y seis meses (sic), el que se cumplió el 29 de mayo de 2014, antes de emitirse la sentencia de primera instancia; por tanto, solicita se declare la prescripción de la acción penal.

Por último, dice que el juez de primera instancia vulneró el debido proceso y derecho de defensa al omitir obtener en la audiencia pública, la ampliación de la declaración del demandado SEGUNDO MERCHÁN AMAYA, con la anuencia pasiva de la Defensa, a pesar de ser prueba decretada en la audiencia preparatoria, como también haber dejado de valorar el acuerdo de pago entre demandante y demandado realizado al siguiente día de la diligencia de secuestro, que incluso dio lugar a la suspensión del proceso ejecutivo, lo que tuvo incidencia

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

en la conducta del procesado a quien no le era exigible el retiro de los bienes teniendo en cuenta dicho arreglo.

2.2.- Los no recurrentes, no se pronunciaron.

CONSIDERACIONES:

1.- Competencia.

De conformidad a la naturaleza del asunto, al tratarse del juzgamiento de la conducta por el delito de peculado por apropiación, y por el lugar de ocurrencia de los hechos, en la ciudad de Tunja, la competencia en primera instancia es de los Jueces Penales del Circuito de Tunja, en este caso el Juzgado Primero a quien se le asignó el conocimiento por reparto, y la segunda instancia le corresponde a la Sala Penal de este Tribunal, de conformidad a los artículos 76-1, 77-b y 81 del código de procedimiento penal, ley 600 de 2000.

2.- Presupuestos procesales.

El recurso de apelación procede contra la sentencia de primera instancia, el defensor tiene interés jurídico para impugnarla, habiéndolo hecho oportunamente, al momento de la notificación y sustentado igualmente en tiempo y en debida forma (arts. 191, 186, 194, 126, 128 del C. de P.P.).

3.- Examen y resolución de los aspectos impugnados.

Señala el artículo 204 del C. de P.P., que en la apelación la decisión del superior se extenderá a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de impugnación, lo que significa que en términos generales esta se circunscribe a los motivos señalados por los recurrentes y sobre estos se concretará la presente decisión.

Como fueron dos los motivos de apelación, la Sala en primer lugar se pronunciará sobre la prescripción de la acción penal, pues de operar ésta no habría necesidad de hacer la valoración probatoria, análisis que se realizará al no

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja

Sala Penal

prosperar aquella, para establecer, si como lo alega el Defensor, con la prueba aportada se demuestra que el acusado HIPÓLITO MONTERO CRUZ no es responsable del peculado por apropiación endilgado y debe absolvérsele; no siendo procedente pronunciarnos sobre la presunta conculcación al debido proceso y derecho de defensa porque a más de no avizorarse irregularidad alguna que invalide la actuación, aquella la fundamenta el recurrente en la presunta deficiencia en la valoración de la prueba lo que no genera nulidad, por el contrario, será objeto de examen para determinar si hay lugar a confirmar o revocar la condena.

3.1.- De la prescripción de la acción penal.

A HIPÓLITO MONTERO CRUZ la Fiscalía lo vinculó mediante indagatoria y lo acusó en primera y segunda instancia como autor de la conducta punible de peculado por apropiación, descrita en el artículo 397 del C.P., con la calificación jurídica provisional según el inciso primera de dicha norma, que señala como pena de prisión de 6 a 15 años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Contrario a lo dicho en el recurso por el Defensor, la cuantía de la conducta punible endilgada no fue caprichosamente determinada por el juez de primera instancia, aquella fue fijada por la Fiscalía al formular los cargos en la resolución de acusación del 30 de septiembre de 2011, en los siguientes términos:

“Es de establecer que HIPOLITO MONTERO efectivamente actuó como secuestre y dicha situación se encuentra demostrada a folio 39 c.o., en donde se prueba que a los trece días del mes de enero de 2005 siendo las 9:30 de la mañana, fecha y hora señalada para llevar a cabo la diligencia de embargo y secuestro de los bienes de propiedad del ciudadano SEGUNDO MERCHAN AMAYA, según el comisorio No. 299 derivado del proceso ejecutivo 2004-0381 procedente del Juzgado Tercero Civil Municipal de Tunja, donde se nombra como secuestre designado al ciudadano HIPOLITO MONTERO CRUZ y que según informe de la Fiscalía General de la Nación calendado julio 12 de 2008, el

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

investigador criminalístico LUIS ALBERTO HERNANDEZ CASTILLO nos informa en una descripción detallada, las mercancías embargadas, donde se registra un valor total de las mismas de VEINTE MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS PESOS (\$20.754.500) a valor del distribuidor sin tener en cuenta el valor de venta comercial, informe que tiene los soportes necesarios sobre el valor de los objetos entregados al señor HIPOLITO MONTERO CRUZ, bienes que fueron entregados y confiados al procesado y que se perdieron generando el detrimento patrimonial ya referido.”¹⁴

Y precisamente al hacer la calificación jurídica provisional, la Fiscalía la concretó a la descripción del primer inciso del artículo 397 del C.P., es decir, peculado por apropiación en cuantía inferior a doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes y superior a cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes, acusación confirmada integralmente en resolución del 29 de noviembre de 2011.

Siendo la resolución de acusación el marco jurídico para el desarrollo del juicio, debiendo existir correlación entre acusación y sentencia, la calificación jurídica de la conducta y cuantía determinada en aquella es la que debe tenerse en cuenta para efectos de los términos de prescripción de la acción penal según la pena allí señalada.

Por lo anterior, se analizará lo correspondiente a la prescripción de la acción penal, teniendo en cuenta los cargos formulados en la resolución de acusación, para el autor del delito de peculado por apropiación de conformidad a lo previsto en el inciso primero del artículo 397 del C.P. que señala la pena de prisión de seis (6) a quince (15) años.

El artículo 82 de la Ley 599 de 2000 consagra, entre otros motivos, que la extinción de la acción penal se causa por prescripción.

A su vez, el artículo 83 de la misma Ley, sobre el término de prescripción de la acción penal, señala un tiempo **igual al máximo de la pena fijada en la ley**,

¹⁴ Fl. 169, 164-164 c.1., acusación confirmada integralmente en resolución del 29 de noviembre de 2011 de la Fiscalía Cuarta Delegada ante el Tribunal Superior de Tunja, c. 2º inst.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, y al servidor público que en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte.

El artículo 86 *ibídem*, ha previsto que el término prescriptivo de la acción se interrumpe con la resolución acusatoria o su equivalente debidamente ejecutoriada, y producida la interrupción, el término comenzará correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83; en este evento, el término no podrá ser inferior a cinco (5) años.

De conformidad a la normatividad en cita, teniendo en cuenta que los cargos formulados en la acusación contra HIPÓLITO MONTERO CRUZ y por los que se le condenó en primera instancia, fueron por el delito de Peculado por Apropiación de conformidad al artículo 397 inciso primero del C.P., norma vigente para los hechos, que señala como pena de prisión de seis (6) a quince (15) años; el término de la prescripción en la instrucción era de quince (15) años más la tercera parte, esto es, veinte (20) años, porque al procesado se le acusó en calidad de servidor público como auxiliar de la justicia, en el desempeño de funciones públicas de manera transitoria.

En consecuencia, para cuando se profirió la resolución de acusación en segunda instancia, 29 de noviembre de 2011, la acción penal no se encontraba prescrita porque no había transcurrido veinte años desde el 13 de enero de 2005 cuando se realizó la diligencia de secuestro de las mercancías de las que se atribuye la apropiación.

Y tampoco ha prescrito la acción penal en la etapa del juicio, porque interrumpida con la resolución de acusación ejecutoriada, comenzando a correr un nuevo término igual a la mitad del máximo de la pena fijado en la ley, la prescripción operará en siete (07) años y seis (06) meses más la tercera parte, esto es, diez (10) años, por la misma razón señalada anteriormente, por estar acusado el procesado en calidad de servidor público, término que se contabiliza a partir del 29 de noviembre de 2011 que se profirió y notificó la resolución de acusación de segunda instancia, el que no ha transcurrido a la fecha.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja *Sala Penal*

En gracia de discusión sobre la cuantía de la conducta punible por la que se formularon cargos, en suma inferior a cincuenta salarios mínimos mensuales legales vigentes, tampoco ha operado la prescripción de la acción penal, porque la pena de prisión señalada en ese caso, de conformidad al inciso tercero del artículo 397 del C.P., es de cuatro (04) a diez (10) años, por tanto, el término de prescripción en la instrucción sería de 10 años más la tercera parte, esto es, 13 años y 4 meses y, en la etapa del juicio, dicho término sería de 5 años más la tercera parte, esto es, 6 años y 8 meses; tiempo que no se alcanzó en la etapa instructiva y que tampoco ha transcurrido en el juicio.

En conclusión, no le asiste razón al Defensor cuando afirma que la acción penal se encontraba prescrita al momento de proferirse la sentencia de primer grado, quien a más de desconocer la determinación de la cuantía por la que la Fiscalía acusó al procesado en suma superior a los cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes, incurre en un yerro al contabilizar los términos de prescripción, los que se tendrán en cuenta en el tiempo máximo de la pena fijada en la ley y la mitad del mismo cuando se ha interrumpido, como lo señala los artículos 83 y 86 del C.P., y no en el mínimo como lo contabilizó el recurrente, quien igualmente desconoció en su argumentación los límites mínimos previstos en la norma, sosteniendo erróneamente que la acción penal para el caso concreto prescribía en dos años y seis meses.

3.2.- Valoración de las pruebas y hechos demostrados.

Como pruebas se allegaron al proceso, las siguientes:

3.2.1.- Indagatoria:

HIPÓLITO MONTERO CRUZ¹⁵, rindió indagatoria el 17 de mayo de 2011, dijo haber actuado como secuestre en diligencia del 13 de enero de 2005 en el proceso ejecutivo 2004-00381, cargo como auxiliar de la justicia del cual relató en resumen lo siguiente:

¹⁵ Fls. 74-76 c.1.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

En la fecha que se realizó la diligencia, los bienes secuestrados fueron dejados en depósito del demandado a solicitud de la parte actora, mientras efectuaban un acuerdo de pago, presentándose al sitio de la diligencia a los dos días siguientes, manifestándole SEGUNDO MERCHÁN que había llegado a un acuerdo con la Abogada de la parte demandante, lo que fue ratificado por ésta en comunicación telefónica; dos meses después nuevamente habló con SEGUNDO MERCHÁN quien le exhibió dos recibos de pago a la parte demandante; en una tercera oportunidad, no recordando la fecha, acudió al sitio de la diligencia de secuestro donde funcionaba el almacén del demandado, el que estaba cerrado y vacío, siendo informado que aquél señor estaba hospitalizado a consecuencia de un accidente de tránsito, ubicándole preguntándole por el cumplimiento del acuerdo de pago, respondiéndole que solo le adeudaba los honorarios a la Abogada, quien igualmente le había embargado y secuestrado una casa de habitación para el mismo proceso pero que tan pronto se recuperara le daría solución definitiva al asunto; como no volvió a encontrarse con SEGUNDO MERCHÁN averiguó la ubicación del inmueble al que aquél se había referido y verificó que estaba secuestrado; tiempo después se encontraron y SEGUNDO le dijo que le había realizado un abono mínimo a la Abogada por los honorarios para evitar el remate de la casa, no volviendo a tener comunicación con dicho señor; habiendo formulando denuncia por alzamiento de bienes, sin tener noticia de los resultados sobre la misma.

Los víveres embargados y secuestrados, fueron dejados en depósito del demandado a través de la administradora del almacén, quien se retiró del trabajo aproximadamente a los 20 días siguientes a la diligencia, desconociendo si las mercancías fueron vendidas o con las mismas el señor MERCHÁN surtió a sus clientes; negando haberse apropiado de tales bienes o tener aprovechamiento de estos en beneficio propio o de terceros.

Reconoció que la relación de mercancías que hiciera el informe del C.T.I., corresponde a las embargadas y secuestradas y que los valores allí indicados se ajustan a los precios informados al momento de la diligencia. Dijo no recordar haber sido requerido por el Juzgado para que rindiera cuentas o entregara los bienes embargados y secuestrados, tuvo la necesidad de trasladarse de residencia, incluso estar por épocas fuera de la ciudad de Tunja, por una

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja *Sala Penal*

calamidad familiar que tuvo que atender ante los quebrantos de salud de su esposa.

3.2.2.- Prueba documental, pericial y otros elementos de juicio:

1.- Fotocopia del auto de agosto 9 de 2007 proferido por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Tunja en el proceso ejecutivo radicado con el Nro. 2004-00381 siendo demandante LUIS FERNANDO LÓPEZ CORTÉS y demandado SEGUNDO MERCHÁN AMAYA¹⁶, mediante el cual declaró que HIPÓLITO MONTERO CRUZ, en calidad de secuestre, incumplió con los deberes y obligaciones de su cargo por no haber hecho entrega de los bienes objeto de las medidas cautelares que le fueron entregados para su custodia en diligencia del 13 de enero de 2005 de la Inspección Quinta Municipal de Policía Urbana de Tunja; lo excluyó de la lista de auxiliares de la justicia y le impuso sanción de multa, entre otras determinaciones.

2.- Fotocopia de la diligencia de embargo y secuestro de bienes practicada por la Inspección Quinta Municipal de Policía Urbana de Tunja el 13 de enero de 2005¹⁷, en la que actuó como apoderada de la parte demandante la Abogada ALBA RUTH PINZÓN RINCÓN y fue designado como secuestre HIPÓLITO MONTERO CRUZ, en el proceso ejecutivo Nro. 2004-00381 adelantado ante el Juzgado Tercero Civil Municipal de Tunja, donde se indicó que el embargo tendría un límite de \$18.200.000, siendo atendida la diligencia por la señora NEIDY YAMILE SUÁREZ, empleada de SEGUNDO MERCHÁN, en la calle 21 Nro. 14-22/24 de Tunja, en la que se decretó embargado y secuestrado los siguientes bienes:

Noventa cajas de jabón puro x 250 grs, caja x 25 U.

Veinticinco arrogas de frijol rojo x 500 grs.

Diez cajas de sardinas caja x 48 U.

Ciento treinta arrogas de arroz supremo x 500 grs. p x 25.

Ochenta de arroz san pedro x 500 grs. p x 25.

Azúcar incauca extrafino x 500 grs. b x 25, treinta y tres.

¹⁶ Fls. 2-14 c.1., que igualmente se encuentra a fls. 108-120 c.1.

¹⁷ Fl. 39 c.1. remitida por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Tunja con oficio del 23 de mayo de 2008.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

Cincuenta cajas de chocolate surtido x 500 grs. caja x 50 U.

Cincuenta cajas de aceite Z x mil cms³, caja x 12.

Relacionados los bienes, en el acta quedó consignado lo siguiente:
“Teniendo en cuenta que NO se presentó oposición alguna procedió el despacho a declarar legalmente embargados y secuestrados los bienes antes denunciados y descritos por la parte actora y se hace entrega real y material de los mismos al secuestre, haciéndole las advertencias de Ley quien manifestó: Recibo los bienes antes embargados y secuestrados y procedo a dejarlos en calidad de depósito gratuito y provisional en cabeza de NEYDI YAMILE SUÁREZ, a solicitud de la parte actora, por el término de un día en caso de que no se llegue a un acuerdo procederá a retirarlos el día Viernes 14 de Enero de 2005. La señora NEYDI YAMILE SUÁREZ identificada con la cédula de ciudadanía No. 33.379.639 de Tunja manifiesta que acepta y se responsabiliza. El Despacho procede a hacerle las advertencias de Ley a la depositaria que no debe disponer de dichos bienes, ni retirarlos del lugar donde se encuentran y que debe responder Penal y Civilmente por los mismos donde manifestó que acepta y se responsabiliza.”

3.- Fotocopia de la diligencia de secuestro de bien inmueble practicada por la Inspección Cuarta Municipal de Policía y Tránsito de Tunja el 11 de enero de 2005¹⁸, en la que actuó como apoderada de la parte demandante la Abogada ALBA RUTH PINZÓN RINCÓN, y fue designada como secuestre MARIA ROSALBA REYES PLAZAS, en el proceso ejecutivo Nro. 2004-00381 adelantado ante el Juzgado Tercero Civil Municipal de Tunja, siendo atendida la diligencia por SEGUNDO MERCHÁN AMAYA, en la que se secuestró el inmueble que había sido previamente embargado, ubicado en la calle 21 Nro. 14-08 de Tunja, casa de habitación de dos plantas, en la primera con dos locales.

4.- Informe del Investigador del C.T.I., LUIS ALBERTO HERNÁNDEZ CATILLO, rendido el 12 de julio de 2008, sobre el avalúo de los bienes secuestrados en la diligencia del 13 de enero de 2005¹⁹, asignándole un valor de \$14.619.250 según precios facturados por un Almacén para aquella época y referenciados por la Federación de Arroceros para el año 2004, y con un valor

¹⁸ Fl. 40 c.1. remitida por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Tunja con oficio del 23 de mayo de 2008.

¹⁹ Fls. 41-44 c.1.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

promedio del distribuidor \$20.754.500 para el momento del avalúo, teniendo en cuenta diferentes cotizaciones.

5.- Fotocopia de la tarjeta alfabética de preparación de la cédula de ciudadanía Nro. 6.756.297 de Tunja, expedida a HIPÓLITO MONTERO CRUZ, expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil²⁰.

6.- Informe de la investigadora del DAS, LISSETH NAYIBE PUENTES QUINTERO de fecha 21 de enero de 2011²¹, sobre el arraigo familiar y laboral del procesado, e identificación, anexándose copia de la tarjeta decadactilar y del registro de anotaciones judiciales en el que no aparece antecedente penal.

7.- Informe del Investigador del C.T.I., LUIS ALBERTO HERNÁNDEZ CATILLO, rendido el 19 de agosto de 2011²², de las diligencias realizadas en la misión de trabajo cuyo objeto era entrevistar a LUIS FERNANDO LÓPEZ CORTÉS y SEGUNDO MERCHÁN AMAYA sobre los bienes secuestrados.

Allí se indica que fue entrevistado SEGUNDO MERCHÁN AMAYA, quien dijo que HIPÓLITO MONTERO CRUZ fue el secuestre designado en el proceso adelantado por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Tunja y quien estuvo pendiente de las mercancías embargadas y secuestradas, sin que ningún arreglo hiciera con él o le entregara dinero o bienes, porque llegó a un acuerdo con la Abogada apoderada del demandante LUIS FERNANDO LÓPEZ, que fue radicado en el Juzgado, acordando la suma de \$10.500.000 por la deuda e hizo algunos pagos del mismo a la Abogada, en suma de \$4.000.000 al momento de suscribir el acuerdo y otros, en total sumaron aproximadamente \$9.000.000; quien atendió y firmó la diligencia de embargo y secuestro fue su empleada NEIDY YAMILE SUÁREZ quien al poco tiempo renunció al empleo; las mercancías fueron vendidas en el tiempo que duró funcionando el establecimiento de comercio aproximadamente seis meses, y como no pudo cumplir con la totalidad del acuerdo de pago, el bien inmueble que le había sido embargado y secuestrado,

²⁰ Fls. 61-62 c.1.

²¹ Fls. 64-66 c.1.

²² Fls. 90-100 c.1.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

fue rematado en suma de \$55.256.250, según sentencia del 25 de junio de 2008 y como consta en el folio de matrícula inmobiliaria Nro. 070-56925.²³

También se dice que no fue posible entrevistar a NEIDY YAMILE SUÁREZ, empleada del almacén de víveres de SEGUNDO MERCHÁN AMAYA, ni al señor LUIS FERNANDO LÓPEZ CORTÉS, demandante en el proceso ejecutivo, por no haberlos podido ubicar.

De otra parte, solicitó información al Juzgado Tercero Civil Municipal de Tunja respecto al proceso ejecutivo Nro. 2004-030381 siendo demandante LUIS FERNANDO LÓPEZ CORTÉS y demandado SEGUNDO MERCHÁN AMAYA; obteniendo respuesta mediante oficio Nro. J-1128 del 22 de agosto de 2011. En dicho oficio²⁴ se indica las actuaciones en el proceso en tres cuadernos, el segundo correspondiente a las medidas cautelares donde aparece las diligencias del 11 de enero de 2005 del secuestro de bien inmueble, y del 13 de enero de 2005 de embargo y secuestro de bienes muebles, remate del inmueble por la suma de \$55.256.250 en diligencia del 6 de junio de 2008, aprobado el 25 del mismo mes y año, la cancelación rematante del inmueble las sumas canceladas, el pago de la liquidación en costas, dejando el remanente a disposición del Juzgado Primero de Familia de Tunja; el cuaderno tres correspondiente al incidente donde se declaró que el secuestre HIPÓLITO MONTERO CRUZ había incumplido con los deberes del cargo.

Anexó los documentos obtenidos para tener la información, como soporte de la misma²⁵.

8.- Documentos remitidos por la secretaria del Juzgado Tercero Civil Municipal de Tunja con oficio del 17 de agosto de 2012²⁶, correspondientes al proceso ejecutivo Nro. 2004-00381 siendo demandante LUIS FERNANDO LÓPEZ CORTÉS y demandado SEGUNDO MERCHÁN AMAYA, que constan en tres cuadernos anexos²⁷, de los que se puede destacar lo siguiente:

²³ En los anexos aparece la entrevista rendida el 16 de agosto de 2011 fls. 136-137 c.1.

²⁴ En los anexos aparece el oficio y documentos aportados con el mismo fls.105-124 c.1.

²⁵ Fls. 101-152 c.1.

²⁶ Fls. 1-39 c.1 y anexo uno en 14 folios.

²⁷ Cuaderno uno con 75 folios, cuaderno dos con 194 folios, y cuaderno tres con 63 folios.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

8.1.- Mediante providencia del 9 de julio de 2004, el Juzgado Tercero Civil Municipal de Tunja, libró mandamiento de pago a favor de LUIS FERNANDO LÓPEZ CORTÉS y en contra de SEGUNDO MERCHÁN AMAYA por la suma de cinco millones de pesos (\$5.000.000) más los intereses y costas del proceso.

8.2.- Se aportó convenio de pago de la obligación crediticia, de fecha 14 de enero de 2005, suscrita por el demandado y la apoderada de la parte demandante, en el que se indicó que las partes acordaron la base económica de siete millones de pesos (\$7.000.000) sin incluir los honorarios de la apoderada del acreedor, que correspondían al 30% sobre ese monto base del acuerdo, estableciéndose la forma de pago en cuatro contados: i) \$4.000.000 el 22 de enero de 2005, ii) \$3.000.000 el 19 de febrero de 2005, iii) \$1.000.000 el 15 de enero de 2005 por honorarios de la Abogada, y iv) \$1.100.000 el 23 de febrero de 2005 por honorarios de la Abogada; por lo cual se pediría la suspensión del proceso, quedando en libertad el acreedor de continuarlo en caso de incumplimiento del deudor.

8.4.- Previa petición de la apoderada del demandante, el Juzgado Tercero Civil Municipal de Tunja en auto del 9 de febrero de 2005, decretó la suspensión del proceso hasta el 23 de febrero del mismo año.

8.5.- Previa solicitud de la apoderada del demandante, por incumplimiento del demandado del acuerdo de pago, en providencia del 20 de abril de 2005 se ordenó continuar el trámite del proceso.

8.6.- En sentencia del 16 de agosto de 2006 se ordenó seguir adelante la ejecución, conforme se dispuso en el mandamiento de pago.

8.7.- Por secretaría se realizó la liquidación del crédito el 23 de octubre de 2006: \$5.000.000 por capital y \$7.491.505 por intereses, para un total de \$12.491.505; la que fue aprobada en auto del 25 de octubre de 2006, ordenando la liquidación en costas, fijándose como agencias en derecho \$1.249.000.

8.8.- La liquidación en costas fue realizada por valor de \$1.553.452, incluidas las agencias en derecho, siendo aprobada en auto del 28 de marzo de

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

2007; la que luego fue actualizada a la suma de \$1.642.452 y aprobada en auto del 5 de noviembre de 2008.

8.9.- Mediante providencia del 28 de julio de 2004, el Juzgado Tercero Civil Municipal de Tunja decretó el embargo de la unidad comercial ubicada en la calle 21 Nro. 14-22/24 de Tunja, propiedad del demandado SEGUNDO MERCHÁN AMAYA, y el embargo de los derechos que le correspondieran al mismo demandado en el inmueble con matrícula inmobiliaria Nro. 070-56925 de Tunja.

8.10.- En auto del 20 de octubre de 2004, se ordenó el secuestro del inmueble con matrícula inmobiliaria Nro. 070-56925 ubicado en la calle 21 Nro. 14-08 de Tunja, comisionándose a la Inspección Municipal de Policía de Tunja (Reparto) para tal diligencia.

8.11.- Mediante providencia del 10 de noviembre de 2004, se decretó el embargo y secuestro de los bienes muebles y enseres que se denunciaron como de propiedad del demandado y que se encontraran en la calle 21 Nro. 14-22/24 de Tunja, comisionándose a la Inspección Municipal de Policía de Tunja (Reparto) para tal fin, limitándose el embargo a la suma de \$18.200.000.

8.12.- La diligencia de secuestro de inmueble practicada por la Inspección Cuarta Municipal de Policía y Tránsito de Tunja el 11 de enero de 2005, en la que actuó como apoderada de la parte demandante la Abogada ALBA RUTH PINZÓN RINCÓN, y fue designada como secuestre MARIA ROSALBA REYES PLAZAS, en el proceso ejecutivo Nro. 2004-00381 adelantado ante el Juzgado Tercero Civil Municipal de Tunja, siendo atendida la diligencia por SEGUNDO MERCHÁN AMAYA, en la que se secuestró la casa de habitación ubicada en la calle 21 Nro. 14-08 de Tunja, previo embargo inscrito en el folio de matrícula inmobiliaria Nro. 070-56925.

8.13.- Embargo y secuestro de bienes practicado por la Inspección Quinta Municipal de Policía Urbana de Tunja el 13 de enero de 2005, en la que actuó como apoderada de la parte demandante la Abogada ALBA RUTH PINZÓN RINCÓN y fue designado como secuestre HIPÓLITO MONTERO CRUZ, en el proceso ejecutivo Nro. 2004-00381 adelantado ante el Juzgado Tercero Civil

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

Municipal de Tunja; diligencia a la que ya hicimos referencia, en la que se secuestraron las mercancías de las que se le atribuyó la apropiación al procesado, conducta por la que se le juzga.

8.14.- En auto del 3 de mayo de 2005, previa petición de la apoderada del demandante y teniendo en cuenta que el secuestre HIPÓLITO MONTERO CRUZ no había prestado la caución ni había rendido los informes de su gestión, el Juzgado Tercero Civil Municipal de Tunja lo relevó del cargo y en su lugar designó a FRANCISCO PINTO ESCOBAR, ordenando oficiarle al inicial secuestre para que procediera a retirar los bienes embargados y secuestrados del lugar donde se dejaron en depósito, rendir las cuentas y hacer la entrega al nuevo secuestre.

8.15.- En providencia del 19 de abril de 2006 se atendió la petición de la apoderada del demandante, ordenado hacer entrega de los bienes secuestrados y dejados en depósito provisional a la señora NEIDY YAMILE SUÁREZ al nuevo secuestre, para lo cual comisionó a la Inspección Municipal de Policía de Tunja (reparto).

8.16.- En diligencia del 6 de julio de 2006 realizada por la Inspección Primera Municipal de Policía, Tránsito y Espacio Público de Tunja, en el inmueble ubicado en la carrera 14 Nro. 22-24 de Tunja, atendida por ALBA LILIA LÓPEZ quien dijo ser empleada del establecimiento del señor SEGUNDO MERCHÁN AMAYA, informando que NEIDY YAMILE SUÁREZ ya no laboraba allí, se dejó constancia que no se pudo hacer entrega de los bienes secuestrados al nuevo secuestre porque no se encontraba ninguna de las mercancías objeto de la medida.

8.17.- El inmueble embargado y secuestrado fue avaluado en \$78.937.500, dictamen aprobado en auto del 28 de marzo de 2007, señalándose fecha y hora para la diligencia de remate, la que finalmente se realizó el 6 de junio de 2008 adjudicándose el inmueble a SIMÓN ORTÍZ MEDINA por valor de \$55.256.250.

8.18.- En providencia del 25 de junio de 2008 se aprobó el remate realizado el 6 del mismo mes y año, entre otras, se ordenó la actualización de la liquidación.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

8.19.- Mediante decisión del 5 de noviembre de 2008, el Juzgado Tercero Civil Municipal de Tunja ordenó cancelar al rematante del inmueble la suma de \$7.821.916 por concepto de sumas canceladas con ocasión al saneamiento del bien para su entrega; se ordenó el pago de \$1.642.452 por la liquidación de costas a favor de la parte demandante; y se ordenó poner a disposición del Juzgado Primero de Familia de Tunja el restante en suma de \$45.791.882 para el proceso ejecutivo por alimentos con radicación Nro. 2001-109.

8.20.- Previa petición de la parte demandante, afirmándose que no se había cumplido con el pago total de la obligación, en auto del 18 de febrero de 2009 se decretó el embargo y retención de los dineros que como proveedor de productos bienes y/o servicios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, recibiera el demandado SEGUNDO MERCHÁN AMAYA.

8.21.- El Juzgado Tercero Civil Municipal de Tunja en auto de 19 de abril de 2006 dispuso la apertura de incidente con el fin de investigar si el señor HIPÓLITO MONTERO CRUZ desempeñó de manera irregular el cargo de secuestre.

8.22.- La apoderada de la parte demandante, la Abogada ALBA RUTH PINZÓN RINCÓN declaró en diligencia del 19 de octubre de 2006 en dicho incidente, que los bienes muebles secuestrados en diligencia en que fue secuestre HIPÓLITO MONTERO CRUZ, fueron dejados en comodato a la administradora del almacén NEIDY YAMILE SUÁREZ por un día, plazo que se estableció para que el demandado llegara a un acuerdo con la parte demandante, haciéndose un arreglo después de terminada la diligencia, el que fue incumplido por el demandado, por lo que afirmó haberle solicitado al secuestre retirar los bienes y rendir cuentas de los mismos, de lo que hizo caso omiso, pero que tanto MONTERO CRUZ como MERCHÁN AMAYA le habían dicho que aquél siempre le decía a éste que pagara la deuda.

8.23.- Igualmente el señor HIPÓLITO MONTERO CRUZ en interrogatorio del 9 de febrero de 2007 en el mismo incidente, dijo que los productos y víveres secuestrados fueron dejados en depósito de la persona que atendió la diligencia, a petición de la apoderada de la parte demandante, con quien se encontró aproximadamente a los dos meses y le preguntó sobre el cumplimiento del

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

acuerdo de pago realizado, contestándole se estaba cumpliendo, que aproximadamente en el mes de enero de 2006 estuvo donde SEGUNDO MERCHÁN y le preguntó por los recibos de pago de la obligación, señalándole éste que los tenía en la casa, que solamente le quedaba por cancelar \$1.600.000 que debía pagarle a la Abogada del demandante, informándole que se había presentado otro señor quien había sido designado por el Juzgado para remplazarlo, por lo que le pidió el número telefónico, comunicándose y acordando en dos oportunidades el encuentro, sin que se hubiese logrado, tiempo después encontrando que el almacén fue cerrado, buscando al demandado quien le reiteró que solo adeudaba \$1.600.000, y finalmente habiéndolo denunciado a comienzos del año 2007 por alzamiento de bienes y abuso de confianza. Afirmó que no fue informado por la apoderada de la parte demandante del incumplimiento del acuerdo de pago por el demandado, que éste fue quien le dijo que adeudaba \$1.600.000.

8.24.- Mediante providencia del 9 de agosto de 2007, a la que hicimos referencia inicialmente, el Juzgado Tercero Civil Municipal de Tunja declaró que HIPÓLITO MONTERO CRUZ, en calidad de secuestre, incumplió con los deberes y obligaciones de su cargo, entre otras, por no haber hecho entrega de los bienes objeto de las medidas cautelares que le fueron entregados para su custodia en diligencia del 13 de enero de 2005 de la Inspección Quinta Municipal de Policía Urbana de Tunja; lo excluyó de la lista de auxiliares de la justicia y le impuso sanción de multa, entre otras determinaciones; considerando que no era excusa la autorización de la parte actora para el depósito de los bienes embargados y secuestrados como tampoco que el demandado le hubiese informado que estaba cumpliendo el acuerdo de pago.

3.2.3.- Hechos demostrados:

De las pruebas allegadas al plenario, relacionadas anteriormente, la Sala encuentra demostrados los siguientes hechos jurídicamente relevantes:

HIPÓLITO MONTERO CRUZ en calidad de auxiliar de la justicia, el 13 de enero de 2005 fue designado como secuestre por la Inspección Quinta Municipal de Policía Urbana de Tunja, comisionada para realizar diligencia de embargo y

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

secuestro con limitación hasta \$\$18.200.000, en el proceso ejecutivo radicado con el número 2004-00381 que se adelantó en el Juzgado Tercero Civil Municipal de Tunja, siendo demandante LUIS FERNANDO LÓPEZ CORTÉS y demandado SEGUNDO MERCHÁN AMAYA.

En dicha diligencia se practicaron las medidas cautelares sobre los siguientes bienes muebles que se encontraban en el establecimiento de comercio que funcionaba en la calle 21 Nro. 14-22/24 de Tunja: noventa cajas de jabón puro x 250 grs, caja x 25 U.; veinticinco arrogas de frijol rojo x 500 grs.; diez cajas de sardinas caja x 48 U.; ciento treinta arrogas de arroz supremo x 500 grs. p x 25.; ochenta de arroz san pedro x 500 grs. p x 25.; azúcar incauca extrafino x 500 grs. b x 25, treinta y tres; cincuenta cajas de chocolate surtido x 500 grs. caja x 50 U.; cincuenta cajas de aceite Z x mil cms³, caja x 12.

Esas mercancías fueron entregadas a HIPÓLITO MONTERO CRUZ como secuestro, quien a petición de la parte actora, la Abogada ALBA RUTH PINZÓN RINCÓN, se los dejó en depósito provisional y gratuito por el término de un día a NEIDY YAMILE SUÁREZ, empleada de SEGUNDO MERCHÁN AMAYA y quien atendió la diligencia, persona que previa las advertencias de ley se comprometió a responder por los mismos, y en caso que la apoderada del demandante no llegara a un acuerdo con el demandado el viernes 14 de enero de 2005, el secuestro debía proceder a retirar los bienes objeto de la medida cautelar.

El 14 de enero de 2005 se suscribió por el demandado y la apoderada de la parte demandante, convenio de pago de la obligación crediticia en suma de siete millones de pesos (\$7.000.000) más los honorarios de la apoderada del acreedor, por valor de dos millones cien mil pesos (\$2.100.000) que correspondían al 30% sobre el monto base del acuerdo, estableciéndose la forma de pago en cuatro contados: i) \$4.000.000 el 22 de enero de 2005, ii) \$3.000.000 el 19 de febrero de 2005, iii) \$1.000.000 el 15 de enero de 2005 por honorarios de la Abogada, y iv) \$1.100.000 el 23 de febrero de 2005 por honorarios de la Abogada; acuerdo que fue presentado al Juzgado Tercero Civil Municipal de Tunja, solicitándose la suspensión del proceso, la que se decretó en auto del 9 de febrero de 2005 hasta el 23 de febrero del mismo año.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

Previa solicitud de la apoderada del demandante, por incumplimiento del demandado del acuerdo de pago, en providencia del 20 de abril de 2005 se ordenó continuar el trámite del proceso ejecutivo contra SEGUNDO MERCHÁN AMAYA.

Proferida sentencia donde se ordenó seguir adelante la ejecución, se realizó y aprobó la liquidación en suma de \$12.491.505 por capital e intereses, y \$1.642.452 de costas y agencias en derecho.

En el mismo proceso se embargó y secuestro el inmueble inscrito en el folio de matrícula inmobiliaria Nro. 070-56925, casa de habitación ubicada en la calle 21 Nro. 14-08 de Tunja, según providencia del 20 de octubre de 2004 y diligencia del 11 de enero de 2005; bien del que se realizó el remate el 6 de junio de 2008 por valor de \$55.256.250, de los que se ordenó en providencia del 5 de noviembre de 2008 cancelar: i) a quien fue adjudicó el bien la suma de \$7.821.916 por gastos con ocasión al saneamiento del bien para su entrega, ii) a favor de la parte de mandante, \$1.642.452 por la liquidación de costas y agencias en derecho y, iii) se ordenó poner a disposición del Juzgado Primero de Familia de Tunja el restante en suma de \$45.791.882 para el proceso ejecutivo por alimentos con radicación Nro. 2001-109.

El Juzgado Tercero Civil Municipal de Tunja en auto de 19 de abril de 2006 dispuso la apertura de incidente con el fin de investigar si el señor HIPÓLITO MONTERO CRUZ desempeñó de manera irregular el cargo de secuestre; recibéndose en las pruebas decretadas, las declaraciones de la apoderada del demandante, la Abogada ALBA RUTH PINZÓN RINCÓN, y del secuestre HIPÓLITO MONTERO CRUZ, quienes coincidieron en reiterar que las mercancías secuestradas fueron dejadas por un día en depósito de NEIDY YAMILE SUÁREZ, administradora del almacén del demandado, plazo que se estableció para llegar a un acuerdo, el que se logró entre la apoderada del demandante y el demandado al día siguiente de la diligencia; sin embargo, la Abogada ALBA RUTH PINZÓN RINCÓN sostuvo que al haberse incumplido lo pactado, requirió al secuestre para que retirara los bienes y rindiera cuentas, contrario a lo dicho por HIPÓLITO MONTERO CRUZ quien afirmó que dos meses después de la diligencia de embargo y secuestro, aquella Abogada le dijo que el demandado estaba

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

cumpliendo, lo que éste le ratificó en enero de 2006 quien dijo solo adeudar \$1.600.000, a quien denunció a comienzos de 2007 por alzamiento de bienes y abuso de confianza cuando se pudo dar cuenta que el almacén había sido cerrado y que el juzgado había designado otro secuestre para reemplazarlo con quien no pudo encontrarse, sin que la apoderada del demandante le comunicara que el demandado había incumplido el acuerdo de pago.

El juzgado le puso fin al incidente, con la decisión del 9 de agosto de 2007, declarando el incumplimiento por parte de HIPÓLITO MONTERO CRUZ de los deberes y obligaciones del cargo de secuestre, por no haber hecho entrega de los bienes objeto de las medidas cautelares al secuestre designado en su reemplazo, no admitiendo como excusa la autorización de la parte actora para que se dejara en depósito los bienes embargados y secuestrados como tampoco que el demandado le hubiese informado que estaba cumpliendo el acuerdo de pago.

En la indagatoria, el procesado HIPÓLITO MONTERO CRUZ reiteró lo declarado en el incidente tramitado por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Tunja por el incumplimiento a los deberes de su cargo como secuestre.

En conclusión, quedó demostrado que los bienes embargados y secuestrados en la diligencia del 13 de enero de 2005 en la que se le designó como secuestre al acusado HIPÓLITO MONTERO CRUZ, nunca los retiró del lugar donde se encontraban al momento de practicarse la medida cautelar, porque a petición de la Abogada apoderada de la parte actora, se dejaron en depósito de quien atendió la diligencia y era la administradora del almacén del demandado, la señora NEIDY YAMILE SUÁREZ, en espera de que la parte demandante y el demandado llegaran a un acuerdo, condicionamiento del que dependería que el secuestre tuviera que retirar los bienes pasado un día de la diligencia; quedando igualmente probado que la apoderada del demandante y el demandado suscribieron al día siguiente de la diligencia un acuerdo de pago de la obligación.

De otra parte, se probó que la apoderada del demandante dio a conocer al Juzgado Tercero Civil Municipal de Tunja que el demandado había incumplido el acuerdo de pago, en memorial presentado el 14 de abril de 2005, pero no se demostró que tal hecho se lo diera a conocer al secuestre HIPÓLITO MONTERO

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

CRUZ, pues solo le solicitó al Juzgado en memorial del 23 de abril de 2005 lo requiriera para que retirara los bienes embargados y secuestrados del lugar donde se encontraban en calidad de depósito gratuito.

Y el Juzgado Tercero Civil Municipal de Tunja, ordenó requerir al secuestre HIPÓLITO MONTERO CRUZ para que retirara los bienes embargados y secuestrados, en auto del 3 de mayo de 2005, al mismo tiempo que lo relevó del cargo designando un nuevo secuestre; sin embargo, dicho auto no se le pudo notificar, por lo que se dispuso hacer la entrega de los bienes al nuevo secuestre JAIME ANTONIO TIRADO SILVA mediante comisión, diligencia que realizó la Inspección Primera Municipal de Policía, Tránsito y Espacio Público de Tunja el 6 de julio de 2006, en la que se informó que la depositaria de las mercancías ya no laboraba en el almacén y se verificó que dichos bienes ya no existían allí.

De la providencia del 19 de abril de 2006 de apertura del incidente por incumplimiento de los deberes del cargo de secuestre, se le notificó a HIPÓLITO MONTERO CRUZ el 10 de mayo de 2006 y rindió interrogatorio el 9 de febrero de 2007, dando a conocer que no retiró los bienes por el acuerdo de pago realizado entre la parte demandante y el demandado, con la información que el mismo se estaba cumpliendo, enterándose solo hasta el mes de enero de 2006 por intermedio del demandado, que había sido designado otro secuestre en su reemplazo con quien se comunicó telefónicamente pero no se encontraron, verificando en el mes de junio o julio que el almacén del demandado se encontraba cerrado, reiterándole éste que solo le adeudaba a la apoderada del demandante \$1.600.000.

Por lo anterior, no se demostró que HIPÓLITO MONTERO CRUZ fuera informado por la apoderada de la parte demandante sobre el incumplimiento del acuerdo de pago y mucho menos requerido antes de conocerse que las mercancías embargadas y secuestradas ya no existían en el almacén donde quedaron en depósito para que las retirara por el incumplimiento de lo acordado entre las partes del proceso ejecutivo.

3.2.- Conducta punible y responsabilidad del procesado.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

A HIPÓLITO MONTERO CRUZ se le acusó y condenó en primera instancia en calidad de secuestre por el delito de peculado por apropiación ante la desaparición de los bienes embargados y secuestrados en diligencia del 13 de enero de 2005 en el proceso ejecutivo con radicación 2004-00381 adelantado en el Juzgado Tercero Civil Municipal de Tunja, sin que hubiera retirado los bienes para entregárselos al secuestre designado en su reemplazo y sin rendir informe de su gestión como auxiliar de la justicia.

El delito de peculado por apropiación, está tipificado en el artículo 397 del C.P., ley 599 de 2000, vigente para la fecha de los hechos, en los siguientes términos:

“El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de cuatro (4) a diez (10) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado.”

Se trata de un tipo penal de sujeto activo calificado, porque la conducta material o ejecutiva, debe ser desplegada por un servidor público, en los términos del artículo 20 del Código Penal.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

El objeto jurídico está constituido por la seguridad de los bienes de la administración pública, la lealtad para con la administración, la probidad del funcionario hacia el patrimonio, el deber de fidelidad del funcionario con relación al patrimonio público; y el objeto material está constituido por los bienes sobre los cuales puede o debe recaer la acción ejecutiva del delito, que son los bienes del Estado, los bienes de empresas y/o instituciones en que éste tenga parte, así como los bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, y los bienes parafiscales.

En cuanto a la conducta, el verbo rector es apropiar, que se entiende la ejecución o materialización de actos de disposición, de señor y dueño, lo que comportaría, que el bien entrase siquiera por un instante, a la esfera de disponibilidad jurídica del agente delictual, y que obviamente saliera de la esfera de disponibilidad jurídica del titular real y verdadero del bien que es la Administración Pública. La apropiación debe ser efectiva y no meramente posible o probable, es decir, deben existir actos materiales inequívocamente que señalan el ánimo de disposición de parte del sujeto agente.

El elemento subjetivo del tipo, es el provecho, bien sea para el sujeto agente o para un tercero, y ese provecho en el peculado por apropiación no puede consistir en el simple uso de las cosas, porque se incurriría en peculado por uso, sino que es necesaria la verdadera disposición de los bienes directamente por quien realiza la conducta o a favor de un tercero.

Como lo ha dicho la jurisprudencia, *“la configuración de la conducta punible, como se sigue de su estructura básica, requiere que (i) un servidor público; (ii) se apropie en provecho propio o ajeno, de (iii) bienes del Estado o de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones”*²⁸

Contrario a lo dicho por el Defensor en el recurso de apelación y como bien lo señaló la primera instancia, en efecto se ha considerado que el secuestre como auxiliar de la justicia, desempeña funciones públicas de manera transitoria, por

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 15 de febrero de 2017, rad. 41.240, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

tanto, cuando se apropia de los bienes que le han sido entregados para su custodia en razón al cargo que ejerce, es sujeto activo de peculado por apropiación.

Igualmente, así lo ha señalado la jurisprudencia:

“2.1. En primer lugar, la Corte ha sostenido de manera pacífica y reiterada la postura según la cual el secuestre, en razón del ejercicio de su cargo, desempeña una función pública de manera transitoria y, por consiguiente, cuando se apropia de bienes que en tal virtud le han sido confiados por la autoridad competente incurre en el delito de peculado:

“Cabe preguntarse, entonces, si el secuestre ejercía una función pública y la respuesta debe ser afirmativa, porque cumple la misión de vigilar, custodiar y proteger unos bienes que el Estado, a través de la jurisdicción, ha sacado de la órbita de posesión material de sus dueños o tenedores, con el fin de asegurar con los mismos el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el respectivo fallo judicial, y que para aquellos fines se los ha entregado al secuestre, a quien traslada, además, esas específicas e importantes funciones de vigilancia, custodia y protección.

Es así, entonces, que para efectos penales, como rezaba el texto del original artículo 63 del derogado Código Penal, al asumir el secuestre su encargo, entraba a desempeñar una función pública de manera transitoria, porque por su conducto el Estado realiza la custodia de bienes de particulares afectados con una medida cautelar de carácter jurisdiccional”²⁹.

[...] el secuestre desempeña función pública de manera transitoria, cuando se apropia de los bienes objeto de administración, custodia o tenencia, y, por esta razón, puede ser sujeto activo del delito de peculado”³⁰.

(...)

²⁹ Sentencia de 27 de febrero de 2003, radicación 17837.

³⁰ Sentencia de 23 de abril de 2008, radicación 26749.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

2.3. En tercer lugar, el demandante confunde el concepto de función pública en general con la función de administrar justicia en particular, pues el hecho de que el secuestre no sea un funcionario judicial no implica la ausencia de función pública alguna en las actividades que en razón de su cargo adelanta, pues, en todo caso, está asegurando la realización de los fines de la administración.”³¹

El Defensor discutió la eximente de responsabilidad en los cargos que le fueron formulados, porque considera que existió error de tipo en la conducta del procesado, quien no obró dolosamente, habiendo recibido formalmente los bienes embargados y secuestrados pero no materialmente, al haberlos dejado en depósito, sin autorizar al demandado a venderlas o favorecerlo por tal conducta, creyendo que el demandado estaba cumpliendo con el pago de la obligación según lo acordado con la parte demandante y porque se había rematado un bien inmueble embargado y secuestrado con lo que creyó que se cubría la totalidad de lo adeudado.

El error de tipo, es una causal eximente de responsabilidad, previsto en el numeral 10 del artículo 32 del C.P., ley 599 de 2000, el cual se refiere al error invencible de la ilicitud de la conducta. Sobre el particular, ha señalado la Corte Suprema de Justicia:

“(...) el dolo hace parte de la estructura típica, como lo hace la ley al definir en el artículo 32-10 el error de tipo, que se configura cuando el actor obra desconociendo (elemento representativo) que en su hacer concurren los elementos objetivos del tipo o persuadido de que concurren presupuestos fácticos de una causal de justificación.

(...)

El error de tipo invencible es la errada interpretación que no le era exigible al autor superar, o en otros términos, que ni aún actuando en forma diligente y cuidadosa habría podido llegar a otra conclusión, esto es, que el error invencible no depende de culpa o negligencia. Y, el error de tipo vencible es aquella falsa representación que el autor había podido evitar o superar si hubiere podido colocar el esfuerzo, el ejercicio representativo a su alcance y que le era exigible,

³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de julio de 2009, rad. 26952, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

es decir, el error que le era dado superar atendiendo a las condiciones de conocimiento, oportunidad y demás circunstancias temporo-espaciales que rodearon el hecho.”³²

Como quedó analizado, en el caso de estudio se demostró que los bienes embargados y secuestrados en la diligencia del 13 de enero de 2005 no fueron retirados por el acusado HIPÓLITO MONTERO CRUZ designado como secuestre, del lugar donde se encontraban al momento de la diligencia, porque se dejaron en depósito de NEIDY YAMILE SUÁREZ, administradora del almacén del demandado y quien atendió la diligencia, a petición de la Abogada apoderada de la parte actora.

Así mismo, quedó establecido en la misma diligencia de embargo y secuestro, que el retiro de los bienes por el secuestre, estaba condicionado a que el siguiente las partes del proceso ejecutivo llegaran a un acuerdo, debiéndolos retirar un día después, si no se llegaba a ningún acuerdo.

También se demostró que el 14 de enero de 2005, la apoderada del demandante y el demandado, acordaron la cuantía de lo adeudado y la forma de pago de tal obligación; por tanto, la condición existió para que el secuestre no tuviera que sacar del almacén del demandado los bienes embargados y secuestrados.

Y no se probó que HIPÓLITO MONTERO CRUZ fuera informado por la apoderada de la parte demandante o por el Juzgado que el demandado había incumplido el acuerdo de pago, como tampoco se le requirió antes de conocerse que las mercancías embargadas y secuestradas ya no existían en el almacén donde quedaron en depósito para que las retirara por el incumplimiento de lo acordado entre las partes del proceso ejecutivo; por el contrario, el acusado dijo haber sido informado por el demandado e incluso por la apoderada del demandante, que el acuerdo de pago se estaba cumpliendo, que el demandado siempre le reiteró que solo de lo pactado le adeudaba a la Abogada la suma de

³² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 6 de julio de 2005, rad. 22.299, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

\$1.600.000 y que el remate del bien inmueble cubría el total de la obligación, sin que dichas afirmaciones hubiesen sido desvirtuadas.

De conformidad a lo demostrado, HIPÓLITO MONTERO CRUZ al ser designado secuestre de los bienes muebles en la diligencia del 13 de enero de 2005, adquirió la función pública de administrarlos, solo que los mismos no estuvieron a su disposición de manera real para tal finalidad en razón a las medidas cautelares, porque se dejaron en depósito de quien atendió la diligencia y se dispuso que su retiro quedaba condicionado en caso de no llegarse a un acuerdo entre las partes demandante y demandado sobre el pago de la obligación, acuerdo que se realizó al siguiente día de la diligencia, por lo que no procedía el retiro de los bienes por parte del secuestre.

En el caso del delito de peculado por apropiación atribuido a un secuestre como auxiliar de la justicia, el ingrediente normativo de la relación funcional se refiere a la apropiación de bienes por parte del sujeto activo de la conducta “*cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones*” como lo ha previsto el artículo 397 del C.P., comprendiendo entonces tanto la disponibilidad jurídica como material, vinculada al deber funcional al confiársele la administración de los bienes de los que se suspende el poder dispositivo.

Sobre el tema, ha dicho la jurisprudencia:

“Es decir, para la realización de este delito, no basta que un servidor público, o una persona que ejerza funciones como tal, se apropie de bienes del Estado, o de bienes o fondos parafiscales, o incluso de bienes particulares, sino que además se necesita que quien lleva a cabo la conducta haya tenido, en razón de su condición de funcionario, la administración, tenencia o custodia del objeto material de la misma.

Desde la sentencia de fecha 3 de agosto de 1976, la Sala ha sostenido una línea jurisprudencial en lo que a la configuración de este elemento respecta, en el sentido de que la relación funcional no se desprende de manera necesaria de las funciones expresamente previstas en una ley, resolución, acuerdo, cláusula o reglamento, sino que también puede derivarse en aquellos casos en los cuales la

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

disponibilidad del bien haya surgido en virtud de los deberes funcionales que le asisten al agente en una situación determinada.

(...)

En la actualidad, la Sala no ha variado sustancialmente tal postura, ya que no sólo mantiene la distinción entre los conceptos de **disponibilidad jurídica** y **disponibilidad material**³³ en el delito de peculado por apropiación, sino que además ha seguido enfatizando que, para efectos de su configuración típica, “la apropiación debe recaer sobre bienes de los que disponga el servidor público por razón de sus funciones, en el entendido de que la relación existente entre el funcionario que es sujeto activo de la conducta y los bienes oficiales puede no ser material, sino jurídica, y que esa disponibilidad no necesariamente deriva de una asignación de competencia, sino que basta que esté vinculada al ejercicio de un deber funcional”³⁴.³⁵

En el presente caso, en la valoración de la prueba se concluyó que HIPÓLITO MONTERO CRUZ en calidad de auxiliar de la justicia, en diligencia del 13 de enero de 2005 fue designado como secuestre en un proceso ejecutivo que se adelantaba en el Juzgado Tercero Civil Municipal de Tunja, y los bienes muebles, mercancías, embargados y secuestrados se le entregaron por la autoridad de policía que realizó la diligencia, pero al mismo tiempo, a petición del apoderado de la parte demandante, fueron dejados en depósito provisional y gratuito a NEIDY YAMILE SUÁREZ, quien atendió la diligencia y era quien administraba el almacén del demandado, persona que previa las advertencias de ley se comprometió a responder por los mismos, bienes que no fueron encontrados en dicho lugar en diligencia de del 6 de julio de 2006 cuando se pretendió hacer la entrega de los mismos a un nuevo secuestre designado por el Juzgado.

Como se dijo, los bienes embargados y secuestrados en la diligencia del 13 de enero de 2005, no fueron sacados por HIPÓLITO MONTERO CRUZ del almacén del demandado donde se practicó la diligencia, porque allí se dispuso por

³³ Sentencia de 12 de noviembre de 1997, radicación 9887, reiterada en sentencias de 10 de octubre de 2002, radicación 15938, y de 13 de julio de 2006, radicación 25266, entre otras.

³⁴ Sentencia de 26 de septiembre de 2007, radicación 22988.

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 23 de abril de 2008, rad. 23228, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

petición de la apoderada del demandante que su retiro estaba condicionado, solo procedía si no se llegaba a un acuerdo con el demandado, el que se realizó al siguiente día; en consecuencia, el acusado nunca tuvo disponibilidad material de los mismos, y la disponibilidad jurídica con la entrega formal que se le hizo al momento de ser embargados y secuestrados al mismo tiempo fue restringida al dejarlos en depósito provisional y gratuito de un tercero donde fue determinante la petición del apoderado del demandante.

En consecuencia, está demostrado que el acusado HIPÓLITO MONTERO CRUZ no se apropió de los bienes que fueron embargados y secuestrados en diligencia del 13 de enero de 2005, pues ninguna prueba indica que haya existido actos de ejecución o materialización de disposición como señor y dueño por parte de aquél, que los bienes entraran siquiera por un instante a la esfera de su disponibilidad jurídica porque su retiro para su custodia y administración no era procedente ante el acuerdo que llegaron las partes; en consideración de esta Sala de Decisión, no siendo exigible la entrega de dichos bienes a un nuevo secuestre y rendición de cuentas sobre los mismos, porque al celebrarse el acuerdo de pago de la obligación, el secuestre no estaba autorizado para retirarlos del lugar de custodia del demandado según lo que se dispuso en la diligencia donde se practicaron las medidas cautelares.

Diferente es que se haya incumplido el acuerdo de pago de la obligación celebrado al día siguiente de la diligencia de embargo y secuestro, y que cuando pretendió que se hiciera la entrega de los bienes al nuevo secuestre designado por el Juzgado, las mercancías ya no existieran en el almacén del demandado; conducta que no puede encuadrarse en el delito de peculado por apropiación, al demostrarse que el procesado no se apropió de ningún bien sobre los que recayó la medida cautelar y mucho menos tuvo la intención que terceros lo hicieran, no existiendo dolo en la conducta del acusado, pues los víveres secuestrados quedaron en custodia de la persona a la que se los dejaron en depósito por voluntad de la parte demandante y su retiro por el secuestre no era procedente por estar condicionado siempre cuando no se celebrara un acuerdo de pago entre las partes, el que se realizó.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja *Sala Penal*

En la resolución de acusación la Fiscalía le atribuyó la conducta punible al procesado a título de dolo considerando que realizó las acciones dirigidas a permitir la apropiación de los bienes embargados y secuestrados por parte del demandado SEGUNDO MERCHÁN; en tanto, en la sentencia condenatoria apelada, el juez dijo que el acusado actuó de manera dolosa e irresponsable dejando los bienes embargados y secuestrados al arbitrio del demandado quien los vendió y usufructuó, pero también afirmó que permitió que terceros se apoderaran por negligencia y descuido, endilgándole entonces la conducta al acusado en la modalidad de culpa; sin embargo, en consideración de esta Sala, el acusado no actuó con dolo o culpa, simplemente no realizó la conducta punible porque no se apropió de los bienes embargados y secuestrados, como tampoco permitió que terceros lo hicieran, porque no tuvo la disponibilidad material de los mismos, y la disponibilidad jurídica fue limitada en la misma diligencia donde se practicaron las medidas cautelares por petición de la apoderada del demandante, no permitiéndosele sacar los bienes de la custodia del demandado ante el acuerdo de pago que realizaron con la parte demandante.

En consecuencia, queda demostrado que HIPÓLITO MONTERO CRUZ no realizó la conducta punible de peculado por apropiación, porque en la realidad no tuvo la disposición jurídica ni material de los bienes embargados y secuestrados, pues a más de haber quedado en depósito de persona diferente al secuestre, se cumplió la condición al celebrarse el acuerdo de pago entre las partes, lo que impedía que el secuestre pudiera ejercer su cargo disponiendo de los bienes para su administración, teniéndose la certeza del convencimiento del acusado que no tenía la disponibilidad jurídica para podersele exigir el deber objetivo de cuidado en su función encomendada, y quedando demostrado que tampoco tuvo la disponibilidad material.

Al concluirse que no existió apropiación de HIPÓLITO MONTERO CRUZ en provecho suyo o de terceros de los bienes que fueron embargados y secuestrados en la diligencia del 13 de enero de 2005, no teniendo la disponibilidad jurídica ni material sobre los mismos de la que se pueda endilgar el dolo o culpa en la inexistencia de los bienes al momento que se dispuso el retiro de los mismos del lugar donde fueron dejados el día de la diligencia de embargo y secuestro, ante el incumplimiento del acuerdo de pago, no es posible emitirse una sentencia

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

condenatoria en su contra; pues no basta con la designación en el cargo de auxiliar de la justicia y entrega simplemente formal con limitación en su disposición para podersele responsabilizar por los cargos que se le formularon en su contra.

Sobre el particular la jurisprudencia ha dicho lo siguiente:

“En relación con el tema, observa la Sala que efectivamente la actividad judicial de los auxiliares de la justicia ejercida en detrimento de los deberes que la Constitución y las leyes les impone, bien puede llegar a comprometer, por acción u omisión, su responsabilidad en el ámbito penal.

Sin embargo, es claro que la deducción de responsabilidad en manera alguna puede derivarse de la simple designación en el cargo, como equivocadamente lo entendieron en esta oportunidad los falladores de instancia al afirmar que el comportamiento constitutivo del punible de peculado por apropiación se estructuró el 14 y el 29 de septiembre de 1998, fecha en que se materializó la medida cautelar y se designó al acusado como secuestre de los bienes, sino que es necesario que con posterioridad a dicha designación, se presenten actos inequívocos de apropiación de los bienes puestos a su disposición.”³⁶

En consecuencia, se deberá absolver al acusado HIPÓLITO MONTERO CRUZ de los cargos de peculado por apropiación por los cuales se le acusó y fue condenado en primera instancia, al estar demostrado que no se apropió en provecho suyo o de terceros, de los bienes que fueron secuestrados en la diligencia del 13 de enero de 2005, siendo atípica la conducta del procesado, no siendo necesario hacer el análisis de la causal eximente de responsabilidad por error de tipo alegada por el recurrente, debiéndose revocar el fallo impugnado, no siendo otros los motivos de impugnación.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 29 de julio de 2015, rad. 37603, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR integralmente la sentencia condenatoria recurrida, proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tunja el 16 de septiembre de 2014; en su lugar, se **ABSUELVE** a HIPÓLITO MONTERO CRUZ, de condiciones civiles y personales conocidas de autos y que da cuenta esta sentencia, de los cargos formulados en su contra como autor responsable del delito de Peculado por Apropiación, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Contra la presente sentencia, procede el recurso extraordinario de casación. Oportunamente regresen las diligencias al Despacho de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

LUZ ANGELA MONCADA SUAREZ

Magistrada

JOSÉ ALBERTO PABON ORDOÑEZ

Magistrado

CANDIDA ROSA ARAQUE DE NAVAS

Magistrada

PEDRO PABLO VELANDIA RAMIREZ

Secretario