

Proceso No 17837

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

Aprobado Acta N° 28

Bogotá, D.C., veintisiete de febrero de dos mil tres

VISTOS

La Corte se pronuncia sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado HERNANDO RAMÍREZ JAIMES, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga el 27 de junio de 2000, la cual confirmó la dictada el 27 de septiembre de 1999 por el Juzgado 8º Penal del Circuito de esa ciudad, que lo condenó a la pena principal de 20 meses de prisión, multa de \$230.000,00 e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la privativa de la libertad, al hallarlo autor responsable del delito de peculado por apropiación.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En el Juzgado 1º Civil Municipal de Bucaramanga se adelantó un proceso ejecutivo singular contra el señor Fernando Medina Almeyda, dentro del cual se ordenó el embargo y secuestro de sus bienes. La diligencia respectiva la llevó a cabo, por comisión de aquel despacho, la Inspección Departamental de Policía de Floridablanca, el 16 de

diciembre de 1993. La oficina comisionada designó y posesionó en debida forma como secuestre a HERNANDO RAMÍREZ JAIMES a quien se le entregaron los bienes respecto de los cuales recayó la medida: un equipo de sonido, un betamax y un televisor, elementos que fueron recibidos por el citado auxiliar de la justicia.

La señora Lucila Almeyda de Medina, madre del ejecutado, arguyendo que esos electrodomésticos eran de su propiedad, inició incidente de desembargo el cual fue decidido a su favor el 16 de agosto de 1994, y confirmada por el superior 27 de marzo de 1995.

No obstante tal orden, la señora Almeyda de Medina sólo recibió el 8 de junio siguiente el betamax. El 1º de marzo de 1996 el equipo de sonido (por requerimiento de la fiscalía a uno de los procesados), sin que RAMÍREZ JAIMES devolviera el televisor.

Con base en la denuncia formulada por la señora Lucila Almeyda de Medina, la Fiscalía 53 Delegada ante los Juzgados Penales Municipales de Bucaramanga ordenó la apertura de instrucción, según providencia del 2 de noviembre de 1995.

RAMÍREZ JAIMES rindió indagatoria el 22 de enero de 1996; de la misma forma fueron vinculados Ludwing Manrique Moreno y Nelson Bárcenas Bueno, el 7 y 8 de febrero de aquella anualidad, respectivamente.

El siguiente 24 de abril, la fiscalía le impuso medida de detención al procesado HERNANDO RAMÍREZ JAIMES, mientras que a Bárcenas Bueno lo afectó con caución prendaria, ambos por el delito de abuso de confianza. Se abstuvo de imponer medida de aseguramiento respecto de Manrique Moreno. Esta decisión fue confirmada el 11 de junio de 1996 por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Distrito.

Clausurada la investigación, fue calificada por la oficina instructora profiriendo acusación contra HERNANDO RAMÍREZ JAIMES y Nelson Bárcenas Bueno por el delito de

abuso de confianza, el 25 de octubre de 1996.

Habiendo asumido el conocimiento del juicio el Juzgado 7º Penal Municipal de Bucaramanga, con auto del 18 de junio de 1998 declaró la nulidad de lo actuado a partir de la resolución acusatoria por considerar que la investigación fue calificada de manera errónea. De esa manera, la fiscalía procedió a corregir el yerro y en tal virtud, con resolución del 18 de agosto de 1998 acusó a HERNANDO RAMÍREZ JAIMES como probable autor responsable del delito de peculado por apropiación, al tiempo que ordenó la ruptura de la unidad procesal respecto de la situación de los otros dos procesados.

El Juzgado 8º Penal del Circuito de Bucaramanga avocó el conocimiento del juicio, al cual le puso término, después de realizada la audiencia pública, cuando emitió sentencia de primer grado cuya fecha y términos son ya conocidos, la cual fue confirmada por el tribunal con la que es objeto de este recurso extraordinario.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA

Primer cargo

El demandante lo formula con base en la causal 3ª de casación, por considerar que la sentencia se profirió dentro de un juicio viciado de nulidad.

Expresa que la causal de nulidad que se configura es la señalada en el artículo 304-2 del Código de Procedimiento Penal de 1991, debido a la existencia de irregularidades que afectan el debido proceso. Acota que de conformidad con el artículo 29 de la Constitución, quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento.

Sostiene que por ser el sistema penal colombiano de carácter acusatorio y por

corresponderle al estado la acusación, para guardar el equilibrio, se debe garantizársele al procesado los medios de defensa necesarios para estar en igualdad con el organismo acusador.

Después de hacer referencia a las vertientes material y técnica en las que se desarrolla la defensa, así como de su carácter unitario y continuo, sostiene que el proceso seguido contra RAMÍREZ JAIMES fue un monólogo, ya que éste no contó con un abogado que contravirtiera las decisiones o estuviera atento a la forma como se practicaban las pruebas.

Apunta que no aparece oficio ni memorial alguno de quien tuvo a cargo la defensa del procesado, existiendo apenas unas lánguidas intervenciones en las audiencias realizadas ante el juzgado y el tribunal.

A su modo de ver, hizo falta un defensor que solicitara pruebas, tales como que se oficiara al Juzgado 1º Civil Municipal de Bucaramanga para corroborar lo que manifestó el apoderado de la aquí denunciante, apoyar la práctica de una prueba pericial para establecer el valor del bien extraviado con el fin de determinar la competencia de la Fiscalía 53, como lo esclareció después el fiscal de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública al ordenar la ruptura de la unidad procesal. Del mismo modo, hubiera sido posible contrainterrogar a la quejosa sobre lo que manifestó acerca del conocimiento que tenía acerca de que el televisor y el equipo de sonido se lo había llevado un abogado, así como respecto de las declaraciones de los profesionales del derechos Galvis y Manrique.

Observa que el alegato del defensor en la audiencia de juzgamiento fue “penoso”, pues se limitó a decir que adhería a lo manifestado por el procesado, agregando puntos inanes.

Para el libelista, lo importante es que se cuente con defensa técnica durante la

instrucción, pues es el momento en que se está construyendo la acusación y buscando la verdad de lo ocurrido.

Reitera que el asistente técnico que tuvo el procesado no aportó ni un escrito al proceso, ni refutó los pronunciamientos que se fueron dando, ni la apreciación de las pruebas que hicieron los funcionarios judiciales; tampoco contravirtió la nueva adecuación típica que se introdujo, ni sustentó los recursos interpuestos por el procesado.

Esa omisión no puede calificarse de estrategia defensiva, añade el censor.

También afirma el casacionista que el proceso hubiera podido terminarse poco después de la audiencia de conciliación, cuando la denunciante se negó a recibir un televisor que se le ofreció, o la suma de \$230.000,00, pues un abogado diligente, comprometido con la defensa, habría aconsejado que se consignara el dinero de conformidad con los mecanismos previstos en la ley.

Anota, del mismo modo, que existe un nexo causal entre la falta de defensa y las irregularidades que se cometieron en materia probatoria.

El resultado del proceso habría sido diferente, si hubiese mediado una defensa técnica idónea. Como esto no ocurrió, tuvo un desarrollo en el que estuvieron menguadas las posibilidades de controvertir.

Solicita, con base en los anteriores razonamientos, que se case la sentencia demandada y se decrete la nulidad del proceso.

Segundo cargo

Está postulado de manera subsidiaria, con base en la causal primera de casación, por violación indirecta de la ley originada en un error de hecho al cual se llegó por haberse

ignorado unas pruebas existentes en el proceso y por distorsionarse el sentido de otras.

1. En el proceso obra la declaración más importante dentro de la causa, la del abogado Gustavo Adolfo Galvis Barrera, apoderado de la señora Lucila Almeyda. Se trata de un testigo de quien no puede decirse que tenga interés en favorecer al procesado, sino, al contrario, de buscar el castigo de la persona que defraudó a su cliente.

El censor hace unas alusiones a las manifestaciones de ese testigo, relacionadas con lo que le expresaba el acreedor dentro del proceso ejecutivo singular, Nelson Bárcenas, acerca de la intención que tenía de no devolver los elementos hasta que le fuera saldada la deuda, así como lo que éste y Manrique le dijeron sobre lo dicho por Fernando Medina respecto de que podían quedarse con los elementos embargados para cubrir lo que debía. Del mismo modo, el declarante solicitó que se oficiara al Juzgado 1º Civil Municipal para que se informara si había adelantado un proceso ejecutivo contra Bárcenas y por qué razón.

Esta prueba pone de presente el forcejeo que hubo con Bárcenas para que entregara el televisor y el equipo de sonido, que éste tenía en su poder tales elementos y respalda la confesión que hizo en la audiencia respecto a que conservaba el primer electrodoméstico.

De otra parte, el casacionista destaca la crítica que le hizo el tribunal al testimonio rendido por Urbano Ruíz, secretario de la inspección de policía que practicó la diligencia de embargo y secuestro de los bienes muebles. Luego, afirma que ese testigo sí sabe que entre el abogado de la parte actora y el demandante se llevaron el televisor y el equipo; cuestiona, además la manera como fue interrogado acerca de por qué no recuerda el vehículo en que se llevaron los aparatos, pero sí que estuvieron comiendo empanadas.

Si hubiese comparecido a declarar con el ánimo de favorecer al secuestro, hubiera sido suficiente que dijera que Bárcenas fue quien se llevó los aparatos. Al contrario, las dudas que exhibió al momento de rendir testimonio enseñan que es convincente por su sencillez y espontaneidad.

Fue una injusticia, entonces, haber desechado esa prueba.

2. El actor hace ver que Bárcenas declaró en la audiencia pública y dijo que él había recibido el televisor y el equipo de sonido en depósito, sin que los juzgadores le dieran validez a esa afirmación.

El protuberante error descansa, prosigue el libelista, en que no se hubiera tenido en cuenta esa dicción, a pesar de haber sido vertida bajo la gravedad del juramento, por estar en contradicción con lo que Bárcenas había dicho inicialmente en la indagatoria cuando declaró asediado por una sindicación, diligencia en la cual, además, no se le recibió juramento por haber inculpado a un tercero.

Se pregunta el recurrente por qué se desconoce la responsabilidad que asumió el declarante Bárcenas en la audiencia pública, y de qué parte el tribunal para concluir que no mintió en la indagatoria pero sí en el testimonio rendido bajo la gravedad del juramento.

Observa, de otra parte, que no se le dio valor alguno a la copia del acta de secuestro de los bienes, en cuyo respaldo firmó Bárcenas en constancia de recibo del televisor y del equipo de sonido, porque en la indagatoria había dicho que esa firma la había puesto en blanco y que sólo se había quedado con el equipo de sonido. Ese documento recobró valor cuando en el testimonio dijo que también había recibido el televisor.

A pesar de que la ley prohíbe valorar como prueba las manifestaciones que se hagan en el curso de una audiencia de conciliación, el juzgador no sólo tuvo en cuenta ese

acto sino que lo interpretó de manera amañada. El compromiso del procesado fue el de restituir o pagar el televisor, de lo cual se deduce que su intención era la de cumplir con sus deberes de administración, ante la eventual culpa en la pérdida del electrodoméstico. Sin embargo, el principio de buena fe fue aplicado de modo inverso al sostenerse que en tal diligencia RAMÍREZ aceptó haberse apropiado de ese elemento y que usó el acto conciliatorio para burlarse de la justicia. Añade que pese a que los juzgadores reconocen que ese instrumento no puede ser tomado como prueba, lo hacen al tenerlo como fundamento de su convicción.

El censor hace algunas consideraciones sobre la responsabilidad objetiva, proscrita en el ordenamiento penal colombiano, al tiempo que comenta que el secuestro, si bien tiene la responsabilidad de los elementos de custodia, en caso de pérdida o extravío debe explicar la razón, por eso el procesado en la audiencia de conciliación se comprometió a pagar el televisor independiente de si era o no responsable de su pérdida.

En el ámbito penal el juzgador debe evaluar si hubo o no responsabilidad dolosa o culposa, pues no basta, como lo hizo el tribunal, con afirmar que el procesado hizo una mala justificación, porque la presunción de inocencia implica que le corresponde al juzgado establecer la culpabilidad mediante el análisis de las pruebas. En este caso, evaluar si el depósito que hizo el secuestro fue jurídico o no.

El acervo probatorio permite llegar a la conclusión que el procesado dejó en depósito el televisor al demandante. Sin embargo el tribunal, haciendo abstracción de las pruebas y con base apenas en la indagatoria de RAMÍREZ JAIMES, la cual halló en contradicción con la de Bárcenas, desechando el recibo firmado por éste, y apoyado también en la conciliación, vio una realidad procesal diferente, esto es, que HERNANDO RAMÍREZ no entregó el televisor en depósito.

De esa forma, el ad quem distorsionó y mal interpretó las pruebas, porque la realidad es

que el procesado sí entregó los bienes en depósito a Bárcenas, como lo informa la denunciante y se desprende de los testimonios del abogado Galvis, de Urbano Ruiz, del abogado Manrique, de Nelson Bárcenas, del acta de conciliación, de la versión del procesado y de su conducta procesal.

Solicita, en consecuencia, se case el fallo demandado y se dicte la sustitutiva de rigor, en la que se absuelva al procesado.

Tercer cargo

También está formulado de modo subsidiario, bajo el auspicio de la causal primera de casación, por violación directa de la ley sustancial, debido a su aplicación indebida.

Afirma que a RAMÍREZ JAIMES se le aplicó el artículo 133 del Código Penal vigente en 1993, sancionándosele por el delito de peculado por apropiación, cuando debió ser juzgado de acuerdo con el artículo 358 ibídem, pues no puede decirse que para el momento de los hechos como secuestre tuviera la calidad de empleado oficial o de servidor público de conformidad con la nominación establecida en la Constitución de 1991. Sin embargo, la del Código Penal de 1980 era una diferente.

Tal vacío lo llenó la ley 190 de 1995 y agrega que dentro de la lista taxativa contenida en el artículo 23 constitucional no aparecen los secuestres con la calidad de servidores públicos. Esta preceptiva, al contrario, difirió a la ley la tarea de fijar el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas.

El juzgador no puede hacer esa asimilación por analogía, so riesgo de violar los artículos 1º, 3º y 7º del Código Penal derogado, puesto que el hecho debe estar definido como punible, de manera inequívoca, por la ley vigente al momento en que se cometió. En Colombia está prohibido aplicar por analogía una norma con efectos

retroactivos.

De esa manera, si un secuestro en 1993 examinaba el Código Penal con el fin de tomar alguna decisión sobre los bienes recibidos en custodia, se percataba de que sólo incurría en peculado el empleado oficial, y que como él no era empleado oficial no podía ser sujeto activo de ese delito. Después no se le podían variar las reglas, por ser injusto e inhumano.

Para la época de los hechos debía hacerse una reconsideración de la calidad del secuestro, de jure condendo, mas de jure conditio, a la que se debe plegar el juzgador, sobre el particular existía un vacío legal que fue llenado con posterioridad a los hechos.

Para atribuirle al secuestro la calidad de empleado oficial, el tribunal, de manera enrevesada, sostuvo que para efectos penales aquélla equivalía a la de servidor público. De ahí el error del tribunal por aplicar una norma a un suceso que ésta no regulaba, a no ser que se aplicara una analogía para darle la calidad de servidor público a un individuo que no lo era.

Entonces, si los juzgadores no caen en tal error respecto de la distinción que existe entre la hipótesis legal del peculado con la del abuso de confianza, no se habría producido el resultado contenido en la sentencia demandada.

Por esas razones solicita se case el fallo de segunda instancia, para que en la de reemplazo se absuelva al procesado del delito de peculado y se declare la prescripción de la acción penal respecto del delito de abuso de confianza.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora 1ª Delegada para la Casación Penal empieza por hacer una síntesis de las clases de errores que se pueden denunciar en casación, indicando e in

procedendo. Sobre estos últimos se detiene en una exposición en torno a las dos formas que pueden asumir, errores de garantía y errores de estructura, señalando sus particularidades.

Luego alude a las exigencias técnicas que en un planteo por nulidad en sede de casación deben ser observadas, precisando que no es admisible la mezcla, en una misma censura, de errores de garantía con errores de estructura, como ocurre en la demanda estudiada.

Además, observa la Procuradora que el censor no fue puntual en la postulación del cargo, porque no se logra una demostración cabal con sostener que el defensor pudo hacer “muchas cosas”, ni con mencionar algunas de las eventuales actuaciones sin concreción de la incidencia en el resultado del proceso.

Sin embargo, la Delegada entra a examinar el desarrollo del proceso, para verificar si el acusado fue vencido en juicio estando inerte durante el transcurso de la actuación.

De esa forma, reconoce que el defensor que tuvo el procesado RAMÍREZ JAIMES limitó su actuación a la intervención en la audiencia pública y a la apelación de la sentencia de primera instancia.

Comenta que la controversia bien puede ser desplegada, tanto de una manera activa, o manteniendo una actitud pasiva.

Para la Delegada, el recurrente no percibió que la estrategia de su antecesor fue silente, la cual tenía como objeto el de la tipificación, puesto que en un principio los funcionarios judiciales creyeron que la conducta constituyó un abuso de confianza y no un peculado por apropiación. A nadie escapa, agrega la Delegada, que una responsabilidad por la primera figura delictiva es menor, por ser querellable, desistible, transable y con menor punición. Socialmente, además, recibe un reproche menos severo el autor de un ilícito contra el patrimonio privado que aquél que corroe el patrimonio público.

De suerte que fue una acertada y respetable defensa, sin que se diga que sea la mejor, mantenerse callado para que los funcionarios judiciales no se percaten de que la verdadera especie punible aplicable es una más gravosa. Cuando varió la tipificación dada a la conducta, el proceso estaba en etapa calificatoria, a la cual siguió la audiencia pública, escenario en donde el primer defensor intervino no sólo para decir lo mismo que el procesado, sino para reforzar su inocencia.

Observa, de otra parte, que el procesado no dio muestras de insatisfacción con la gestión del defensor que tenía, pues en la audiencia pública le agradeció que lo hubiese asistido de manera gratuita, pudiéndose inferir que entre los dos había estrechos lazos, por cuanto se conocían de tiempo atrás en las lides judiciales, y que entre ambos pudieron considerar que se podía plantear que los bienes recibidos en secuestro fueron entregados en depósito a los abogados demandantes.

El cargo no puede prosperar porque no existe quebranto del derecho a la defensa.

Segundo cargo

1. En cuanto a la falta de apreciación de los testimonios del abogado Gustavo Adolfo Galvis y del secretario de la inspección comisionada para la práctica de la diligencia de embargo y secuestro, Urbano Ruíz, la Delegada plasma algunas consideraciones acerca del lenguaje empleado por el libelista en el desarrollo del reparo.

Con base en tales elucubraciones deja sentado que en la demanda de casación a la sentencia denunciada se le acusa de no apreciar unas pruebas, esta expresión lo único que denota es que el respectivo elemento no fue visto o que se pasó por alto, mas no que se percibió pero desde una óptica diferente a la que sostiene quien realiza la crítica.

En ese orden de cosas, la Procuradora concreta que el libelista incurre en una falla técnica al proponer como motivo determinante del error de hecho postulado no haberse

apreciado la prueba, defecto que corresponde a un falso juicio de existencia, puesto que el juez o el tribunal sí tuvieron en cuenta los respectivos elementos, pero desde otra perspectiva.

Es contradictorio, apunta, que el casacionista sostenga que el tribunal no apreció la declaración de Urbano Ruíz y que a renglón seguido comente que sí fue valorada pero en un sentido diferente.

Luego de recordar que las sentencias de primer y segundo grado forman unidad inescindible, observa que en la primera se tuvo la dicción de Ruíz como la de un testigo impreciso y que “nada agrega al tema de prueba”, calificativo que fue reiterado a lo largo del pronunciamiento. Del mismo modo, el juez corporativo encontró que el declarante en cita fue mendaz e inexacto.

De otra parte, sobre la crítica del libelista en torno a la manifestación del apoderado de la quejosa, abogado Gustavo Galvis Barrera, consistente en que fue Nelson Bárcenas quien se había llevado los bienes, observa que aquel testigo no dijo tal cosa, pues de manera enfática expresó que no le constaba ese hecho. Lo contrario, agrega la Procuradora, proviene de la imaginación del casacionista.

2. La agente del Ministerio Público dejó patentes algunas consideraciones de índole técnico jurídica relacionadas con el rigor que ha de observarse en la elaboración de una demanda de casación, cuyo proceso equipara al de la tipificación de una conducta dentro de algún modelo legal. En sede casacional no son de recibo escritos de libre elaboración.

Con base en la exposición del casacionista, la Delegada sostiene que no es posible saber con exactitud la clase de reparo que quiso desarrollar, porque de la simple expresión empleada por aquél según la cual “se apreciaron indebidamente unas pruebas”, podría pensarse que se inclinó por la distorsión o el fraccionamiento de las pruebas determinantes de un falso juicio de identidad, o que los juzgadores se apartaron de las

reglas de la sana crítica y cayeron en un falso raciocinio, o que se le dio validez a pruebas allegadas en contra de las pautas legales, generándose un falso juicio de legalidad como especie de error de derecho.

A pesar de considerar que el reproche debe fracasar, la Delegada se ocupa de poner en relieve algunos desaciertos conceptuales del casacionista. De esta manera, con base en una jurisprudencia de la Corte que data del 22 de octubre de 1998, afirma que sí es posible que el juez valore unas imputaciones hechas por el procesado en su indagatoria a pesar de que no fue juramentado sobre el punto.

Sobre la supuesta prohibición legal de valorar los asertos exteriorizados en una audiencia de conciliación, la representante del Ministerio Público comenta que no existe disposición alguna que diga tal cosa. Agrega que como en Colombia en materia penal existe libertad probatoria, tendría que encontrarse expresamente prohibido que el juez tomara las manifestaciones del procesado dentro de una diligencia de aquella naturaleza, para que la base demostrativa allí contenida se tornara ilícita.

Tercer cargo

La Delegada, con base en lo señalado por la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, aprobada mediante la Ley 42 de 1986, sostiene que el secuestro que se aparta de los fines garantizadores de esas medidas, tiene responsabilidad, incluso penal.

Ante el interrogante que se plantea sobre cuál delito se configura cuando el secuestro se apodera de los bienes cuya custodia se le ha confiado, responde que es el de peculado y no el de abuso de confianza, como lo tiene dicho la Corte en sentencia del 24 de julio de 1997.

A su modo de ver, la posición contraria, que también se sostuvo en este proceso,

proviene del pensamiento de algunos tratadistas nacionales quienes optan por la tesis de la actualización del abuso de confianza ante eventos como el que aquí nos ocupa.

Pero añade que, incluso, el fenómeno del concurso aparente entre las descripciones típicas del peculado y del abuso de confianza, se resuelve a favor de la primera, como así también lo estimó con acierto el tribunal.

Agrega que no sólo a través de la tenencia material de los bienes recibidos en custodia se llega a la apropiación de los mismos. No exime de responsabilidad al secuestro el hecho de que uno de los abogados del demandante quedara en poder de los elementos secuestrados, cuando el secuestro no dejó la respectiva constancia dentro de la diligencia, sino por medio de un manuscrito al reverso del acta correspondiente. Lo que aparece con claridad es que el procesado recibió los bienes y por eso tenía la obligación de adecuada custodia y conservación.

Así, reitera que los auxiliares de la justicia deben ser sancionados como servidores públicos cuando se apropian de los bienes que, en ejercicio de esas funciones, han recibido, o cuando se deterioran dolosa o culposamente. Agrega, además, que si media decisión judicial que ordena la devolución de los objetos secuestrados y no se acata, puede darse un concurso entre peculado por apropiación y fraude a resolución judicial.

Desde la óptica de la Delegada, la entrega de los bienes secuestrados en depósito provisional al demandante, es ilegal, porque es el secuestro el funcionario a quien se le ha confiado la guarda de los bienes sobre los que recayó la medida cautelar. La posibilidad de que se entregue de esa forma al demandante no está prevista en la ley. Cosa diferente es que se entreguen al demandado en calidad de depósito provisional si éste es el propietario de los bienes, pero de modo excepcional y de conformidad con el artículo 682, inciso final, del Código de Procedimiento Civil.

Aceptar la tesis de la defensa equivale a pensar que los secuestros no son necesarios. Al

contrario, los deberes de este auxiliar de la justicia están claramente señalado en el artículo citado. De otra parte, llama la atención sobre el incumplimiento a lo dispuesto por el artículo 10º del Código de Procedimiento Civil, por no haberse designado a un secuestre con licencia previa, la cual se expide sólo cuando el auxiliar de la justicia presenta póliza de seguro que cubra los riesgos de incendio, hurto y de cumplimiento. Tal exigencia se reitera en el artículo 4º de la Ley 448 de 1998.

El cargo, en suma, no puede prosperar.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primer cargo

La censura que al amparo de la causal 3ª de casación propone el censor, como lo advirtió la Procuradora Delegada, está confeccionada con inconsistencias técnicas y deficiencias argumentales, las cuales dan al traste con el objetivo perseguido de invalidar la actuación.

En innumerables oportunidades la Corte ha dicho que si bien para alegar el motivo de nulidad en sede casacional es posible cierta flexibilidad en el rigor técnico, la misma no se torna en excusa para arrasar con la naturaleza del recurso extraordinario, la cual consiste en realizar un juicio a la sentencia de segunda instancia para constatar si se produjo o no con arreglo a la ley.

En verdad, las irregularidades que pueden afectar de nulidad la actuación, aparecen cuando se concretan actos que socavan el debido proceso dando lugar a errores de estructura, o porque se vulnera el derecho a la defensa generando vicios de garantía, como lo tiene delineado con suficiencia la jurisprudencia.

Aunque el derecho de defensa es un derivado del debido proceso, en sede de casación

debe observarse, en aras de una formulación precisa y clara del cargo, aquella diferenciación teniéndose cuidado en no argüir indistintamente el daño a uno u otro espectro de protección, o mejor, confundir como si fuera lo mismo las falencias de estructura y las de garantía, sin perjuicio de que se presenten casos en que una misma anomalía configure las dos clases de modo simultáneo.

El censor, de entrada, desquicia el sentido del reproche porque después de anunciar que la sentencia se dictó dentro de un proceso viciado de nulidad por violación del derecho a la defensa (error de garantía), invoca como fundamento la causal de nulidad que preveía el artículo 304-2 del Decreto 2700 de 1991, ámbito propio de un error de estructura.

De otra parte, en la postulación de la censura el casacionista debe señalar la concreción del acto irregular, la indicación de la forma como éste afectó las garantías debidas a los sujetos procesales, o las bases de la instrucción o el juzgamiento, la explicación de la manera como la sentencia de segundo grado pierde cualquier base de legitimidad, es decir, la incidencia del defecto y, del mismo modo, exponer cuáles las disposiciones que resultaron infringidas. Tal ejercicio está ausente del libelo.

Como lo observa la Delegada, no tiene la entidad de adecuada o suficiente argumentación dirigida a demostrar el ejercicio descuidado de quien actuó como defensor del procesado a lo largo del proceso, el uso de expresiones lingüísticas genéricas indicativas de que pudo hacer “muchas cosas”, como solicitar la práctica de pruebas y controvertir las existentes, presentar escritos o interponer recursos.

Por el primer aspecto, cabe decirse que para efectos de subrayar la falta de desempeño del asistente técnico, es carga del casacionista mencionar cuáles eran las pruebas que aquél podía haber solicitado, dejando en claro por qué eran conducentes, pertinentes y eficaces, así como explicar cómo, de haber sido practicadas, podían enervar la fuerza

persuasiva que los juzgadores le asignaron a los elementos de juicio que sí fueron adosados al proceso y que sirvieron de base a los fallos.

Además, en punto de la controversia, debe dejar en forma puntual y clara los aspectos que pudieron ser debatidos o los temas susceptibles de contrainterrogatorio.

En cuanto a la interposición de recursos, la simple afirmación de que se dejó de impugnar las determinaciones fundamentales del proceso, tampoco es indicativa de dejación de los deberes o de desempeño descuidado, porque tal postura de quien tiene a su cargo la defensa de los intereses del reo puede obedecer a muy diferentes hipótesis, como el temor a que se confirme la determinación o que el defensor comparta el criterio judicial.

De otra parte, debe recordarse que la dimensión técnica del derecho a la defensa emana de la propia Constitución, en virtud a que su artículo 29 la garantiza en todas las fases de la actuación penal, ya sea que se desarrolle por un abogado de confianza del imputado o por uno de oficio. Su ejercicio concreto no está sujeto a formas o ritualidades preestablecidas, sino que responde, imbricado en la garantía matriz del debido proceso, a una de las maneras como se puede controlar -y oponer- la actividad del estado a través de su aparato jurisdiccional manifestada en el proceso, de tal suerte que lo trascendente a la defensa técnica es que, de un lado, el operador del correspondiente órgano judicial (fiscal o juez) permita su libre ejercicio, y de otro, que al menos el desempeño de quien la tiene a cargo permita deducir que estuvo vigilante a fin de que el asistido no fuese objeto de arbitrariedades o abusos.

De esa manera, igualmente ha sostenido la Corte en numerosos pronunciamientos que la idoneidad de la gestión desplegada por el defensor técnico, de confianza u oficioso, se mide a partir de las concretas posibilidades que emergen de la actuación, porque es a partir de tales condiciones que se puede observar la coherencia de la actitud observada

por el letrado respecto de sus obligaciones.

En ese orden de cosas, también se ha entendido que ni la desenfrenada actividad equivale siempre al ejercicio de una óptima defensa, ni la posición silente o expectante es sinónima de dejación de los deberes inherentes al cargo, porque en el primer caso puede ocurrir que las peticiones formuladas sin cálculo o los recursos interpuestos de modo temerario lleven a descubrir situaciones que empeoran la situación del asistido, o, en el segundo, como también lo percibe la defensora, la actitud callada las puede evitar, lo mismo que puede responder a la táctica de esperar para que las posibles deficiencias investigativas se cosechen en pro del sindicado.

En el caso concreto, desde el momento de su vinculación mediante indagatoria el procesado RAMÍREZ designó a un defensor, quien mantuvo esa calidad a lo largo del proceso. Si bien además de la asistencia a dicha diligencia y de sus intervenciones para notificarse de la providencia que ordenó cesar procedimiento proferida por el juez municipal, en la audiencia pública y en la apelación del fallo de primer grado, no actuó de ninguna otra manera, el silencio que observó no tiene el cariz de un abandono del pupilo a su suerte.

No tiene caso entrar a formular hipótesis acerca de los motivos que pudo abrigar el defensor para mantener pasividad en gran parte del proceso; sea suficiente con admitir que aparece razonable la sugerida por la Delegada, consistente en que el defensor pudo estimar conveniente para los intereses de su prohijado que la original imputación por el delito de abuso de confianza se mantuviera en lugar de que se detectara que la conducta ejecutada era calificable como un peculado por apropiación, la cual en verdad, reporta una reacción legislativa más fuerte y un reproche social más acentuado.

En el libelo no aparece un esfuerzo serio y contundente para señalar cuál podía ser la

dinámica actuarial del defensor de RAMÍREZ en orden a tratar de obtener un paliativo para la situación jurídica de éste.

Es cierto que el casacionista dice que se pudo contrainterrogar a la denunciante cuando dijo que el televisor y el equipo se lo habían llevado los abogados, pero lo que no patentizó es de qué manera se hubiera podido encauzar la controversia de esa prueba y cómo el compromiso de la responsabilidad del procesado se hubiese mitigado o desvirtuado.

Lo mismo ocurre con la afirmación de que el asistente técnico nada hizo con posterioridad a la fallida diligencia de conciliación, cuando podía haberle sugerido al procesado que consignara la suma fijada en esa diligencia. No explica el censor, de cara al cargo concreto de peculado por apropiación, cómo se habría beneficiado el sub judice de proceder de esa manera.

Tampoco aparece la mínima indicación acerca de las conductas procesales que el letrado hubiese podido asumir luego de consolidado el cargo por el delito contra la administración pública, para tratar de atacarla, luego es dable entender que bajo su óptica esperó hasta la realización de la vista pública para exponer las argumentaciones defensivas que estimara adecuadas.

Entonces, como la censura no demuestra verdadera afectación del derecho a la defensa, ni de la actuación se percibe la estructuración de ese yerro de garantía, el cargo no prospera.

Segundo cargo

1. El reproche que se postula bajo la forma del quebranto indirecto de la ley sustancial por un error de hecho motivado en la falta de apreciación de unos elementos probatorios tampoco tiene aptitud para derruir las bases del fallo demandando.

Obsérvese en primer lugar que el censor plantea la falta de apreciación de pruebas, en concreto, las declaraciones de Gustavo Adolfo Galvis y Urbano Ruíz. Aunque no lo denomina así, ese planteamiento permite inferir que postula como especie determinante del yerro el falso juicio de existencia por exclusión del material probatorio.

Se viene diciendo en un discurso añejo pero con plena vigencia, que se produce el desaguizado en cuestión, la omisión evidente de la prueba, cuando ésta o el hecho objetivo revelado en ella, no es tenido en cuenta por el juzgador, lo ignora por completo al adentrarse en la valoración del acervo probatorio. Una vez detectada la falencia, al actor le corresponde tomar el dato fáctico que contiene el medio de convicción excluido y enfrentarlo con el caudal que sí estimó el juzgador, con el fin de demostrar que las premisas edificadas con base en éste no se sostienen ante el embate de la fuerza persuasiva de aquél.

El casacionista no se percató de tal particularidad.

De una parte, no es cierto que los fallos excluyeran de análisis el testimonio de Urbano Ruíz Ayala. Lo que acontece es que no le otorgaron el mismo valor que le asigna el libelista como sostén de la posición exculpatoria del procesado.

Véase que el juzgado de conocimiento, sobre la declaración vertida por ese testigo, dejó sentadas las siguientes consideraciones:

“En el transcurso de la audiencia pública también depuso Urbano Ruiz Ayala (fs. 301 y ss)., quien como Secretario de la Inspección Departamental de Policía del Barrio Lagos II de Floridablanca, asistió a la diligencia de embargo y secuestro de los electrodomésticos en referencia y a pesar de haber aseverado que le era ‘imposible recordar las circunstancias’ en las que se llevó a cabo pués (sic) generalmente señalan por semana unas quince diligencias de las cuales realizan el 70% sin embargo informa

que el Dr. Lusdwing le dijo al secuestre que le dejara los bienes en depósito, cuestión que es desmentida por el profesional en cita, afirma no recordar si los bienes fueron embarcados en el taxi del secuestre o en el del asistente Judicial del Dr. Lusdwing, cuando se le preguntó si era cierto que Bárcenas Bueno le solicitó a RAMÍREZ JAIMES que le dejara el equipo Aiwa en depósito, responde que no recuerda si se refería a este o a todos los bienes secuestrados, situación esta de la que es difícil acordarse y respecto a que Bárcenas Bueno sostuvo inicialmente que le firmó en blanco al secuestre para que lo hiciera aparecer recibiendo sólo el equipo de sonido y el auxiliar de la Justicia se aprovechó de la firma en blanco y le hizo aparecer como depositario también del televisor, replica que sobre tal cuestión 'no puedo afirmar absolutamente nada'; sin embargo más adelante en el transcurso de su testimonio agrega que cree 'que el televisor y el equipo se los llevó Bárcenas' y en fin son tal la cantidad imprecisiones de relevancia probatoria, que nada agrega al tema de la prueba...

...

...y como ya se analizó el dicho de Urbano Ruiz Ayala, por impreciso, no coadyuva la versión exculpativa del encartado... cuando lo jurídico es compulsar copias para que se investigue si Nelson Barcenás Bueno y Urbano Ruiz Ayala pudieron incurrir en Falso Testimonio..."

El ad quem, sobre el punto, plasmó las siguientes glosas:

"Superada en su justa medida la versión juramentada de BARCENAS BUENO, considérase (sic) lo propio en torno a la rendida por URBANO RUIZ AYALA en su calidad de secretario de la Inspección encargada de la práctica de la diligencia en cita, no pudiendo el Tribunal más que censurar la actitud irresponsable de personas inescrupulosas que osan afirmar y evocar en los estrados judiciales, situaciones que si bien no recuerdan,

por el paso del tiempo muy seguramente, así deberían señalarlo, como el caso del Secretario, quien no empece (sic) a las inexactitudes en que incurre se atreve a sostenerlas moldeando así la mendacidad que caracteriza su exposición.

Según la anterior transcripción, el testimonio de Urbano Ruíz Ayala no sólo fue reseñado sino diseccionado en todas sus particularidades, las cuales le permitieron a los juzgadores concluir que sus manifestaciones más que indignas de credibilidad eran mentirosas. Para el censor, al contrario y destacando otros aspectos de la prueba, el declarante sí merece crédito. Pero esta confrontación ya quedó finiquitada en las instancias, por manera que los criterios apreciativos de los falladores, por estar amparadas de la presunción de acierto y legalidad, prevalecen sobre las opiniones del censor, quien no atinó en demostrar yerro de ninguna naturaleza.

De otro lado, en lo que tiene que ver con el reproche consistente en que se dejó al margen del estudio judicial el testimonio del abogado Gustavo Adolfo Galvis, el censor tiene razón por cuanto en efecto los juzgadores de las instancias no analizaron la dicción de ese testigo.

Pero además de haber concretado la prueba excluida, el casacionista no cumplió con la carga de debida demostración. Obsérvese que no procedió a citar la literalidad de las expresiones vertidas por el declarante, sino una síntesis de situaciones que son deducidas por el actor, mas no corresponden a los exactos términos de la prueba. Tampoco enfrenta ese contenido suasorio con las premisas de las sentencias, de modo que es imposible conocer si este concreto elemento de juicio tiene la capacidad de socavar las bases argumentativas de aquéllas.

Como lo detectó la Delegada, el testigo GALVIS BARRERA no aseguró que el demandante dentro del juicio ejecutivo, Bárcenas, se había llevado los bienes, sino que al ser interrogado sobre si HERNANDO RAMÍREZ se los había entregado a

aquél por una exigencia del abogado Ludwing Manrique, dijo que no le constaba ese hecho, pero que es usual que los abogados ante la mala fama de los secuestres propendan porque el cliente sea el que conserve los bienes. De acuerdo con lo anterior, no puede entenderse de qué manera la exposición de GALVIS BARRERA puede destronar las bases de la sentencia demandada.

2. El enunciado de esta parte del reparo y su posterior desarrollo son en extremo equívocos, pues el censor pregona la apreciación indebida de unas pruebas, pero no concreta cuál fue la categoría y especie de error que dio lugar al entuerto.

Especifica como pruebas sobre las cuales recayó el yerro la declaración de Nelson Bárcenas Bueno rendida en la audiencia pública, la constancia de recibo del televisor y del equipo por parte de Bárcenas plasmada en la copia de la diligencia de embargo y secuestro, y la diligencia de conciliación. Sin embargo, las precarias razones expuestas por el censor no ofrecen claridad sobre el sentido del reparo. No es posible dilucidar si el casacionista quiso denunciar la distorsión de tales elementos, causándose un falso juicio de identidad, o su exclusión generándose un falso juicio de existencia, o la apreciación de un elemento en cuya aducción se desconocieron las pautas fijadas en la ley, produciéndose un falso juicio de legalidad, pero ya como forma del error de derecho.

En este punto, la estructura del libelo es de libre elaboración, apta quizá para exponerse ante las instancias. Obsérvese que el casacionista se duele de que el tribunal prefirió lo que dijo Nelson Bárcenas Bueno en la indagatoria que rindió, a lo manifestado por éste en la audiencia pública, oportunidad en la que bajo juramento admitió haber recibido también el televisor de manos del procesado. Qué clase de error susceptible de alegarse en casación bajo la égida del quebranto indirecto tenía en mientes el censor es cosa imposible de desentrañar por la absoluta carencia argumental del libelo.

Con todo, puede señalarse que nada irregular surge del simple hecho de que los juzgadores hayan decidido darle crédito a unas manifestaciones inculpativas dadas por quien en ese momento tenía la calidad de sindicado, expuestas en su inculpada, las cuales no fueron ratificadas bajo la gravedad del juramento, a las que expuso con posterioridad, ya en su condición de testigo, buscando modificar lo inicialmente dicho.

La fórmula del juramento no implica asignarle el valor de veracidad a las expresiones dadas por la persona a quien se le impone; quien declara bajo juramento queda expuesto a un compromiso de su responsabilidad penal, en caso de que sus atestaciones no correspondan a la verdad. En la indagatoria, medio de defensa pero también de prueba, el juramento se emplea cuando el sindicado hace imputaciones a terceros, de modo que se expone a cometer otra conducta punible si sus afirmaciones son falsas. Empero, si se omite imponerle el juramento al momento de hacer la imputación el único efecto es que en caso de falsedad de la imputación no se le pueda procesar por falso testimonio, porque de todos modos el acto conserva su calidad de medio de prueba.

Tampoco es cierto, como del mismo modo lo advierte la Procuradora Delegada, que no se pueda valorar las expresiones del procesado en audiencias de conciliación, simplemente porque no existe norma que así lo señale y porque en el proceso penal colombiano existe libertad probatoria.

La censura, por su evidente ineptitud, no prospera.

Tercer cargo

La propuesta del actor hecha bajo el auspicio de la causal 1a, según la cual con la sentencia de segunda instancia se quebrantó de manera directa el artículo 133 del Decreto 100 de 1980 por aplicación indebida, lo cual condujo a la inaplicación del 358 ibídem, equivoca la vía de ataque.

Nótese que de prosperar la censura, la Corte no podría entrar a dictar sentencia de reemplazo porque la misma no estaría en consonancia con el pliego de cargos, pues aunque significaría una situación favorable para el procesado, la novedosa imputación -abuso de confianza- no está comprendida dentro del mismo título y capítulo en el que se halla ubicado el delito por el cual se formuló la resolución de acusación -peculado por apropiación-.

Aparece, entonces, que si el actor consideraba que RAMÍREZ JAIMES debía responder por un delito contra el patrimonio económico y no por uno contra la administración pública, debió enfilear el ataque por los derroteros de la causal 3ª de casación, la nulidad, para demostrar que al calificarse la investigación la fiscalía acusó por una denominación jurídica diferente a la que correspondía a los hechos hasta ese momento establecidos, porque un desaguizado de esa índole, como lo tiene reiterado la jurisprudencia, constituye un quebranto al debido proceso.

De esa manera, era carga del recurrente establecer que por errores en la apreciación de las pruebas o en la interpretación de la ley, el ente investigador erró en la selección del nomen juris, ensayando los argumentos demostrativos del error a la manera de la causal 1ª.

Aunque la anterior deficiencia sería suficiente para desestimar el cargo, es conveniente dejar sentado que el censor parte de un argumento que obra como sofisma de distracción.

En efecto, el actor sostiene que en su original redacción tal precepto exigía la calidad de empleado oficial en el sujeto activo del delito de peculado, la cual no podía tener para el momento de los hechos un secuestre, y como la Constitución de 1991 habla de servidores públicos en su artículo 123, se creó un vacío jurídico, porque en este precepto no aparecen los secuestres como servidores públicos y esta es una calidad diferente a la de empleado público.

En su discurso el demandante no pasa más allá de sostener que el secuestre, por la época de los hechos, no era empleado público y que tampoco podía ser considerado como servidor público, pero no explica la razón de su aserto.

De esa forma elude considerar que el artículo 63 del Código Penal de 1980, antes de ser reformado por el 18 de la Ley 190 de 1995, establecía que “Para todos los efectos de la ley penal son empleados oficiales los funcionarios y empleados públicos, los trabajadores oficiales, los miembros de las corporaciones públicas o de las fuerzas armadas, y toda otra persona que ejerza cualquier función pública, así sea de modo transitorio, o estuviere encargada de un servicio público”.

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. Expresado en otras palabras, quedaba dentro de la categoría asimiladora contenida en aquella disposición, según la cual también era empleado oficial “toda otra persona que ejerza función pública, así sea de modo transitorio”.

Ahora, ¿puede sostenerse que se produjo un vacío respecto a quiénes se podían considerar como servidores públicos para efectos penales, desde el momento en que entró en vigencia

la Constitución de 1991 hasta que se promulgó la Ley 190 de 1995?

Una respuesta negativa es la más razonable. Ocurre que la Constitución tiene carácter normativo, por ser, de acuerdo con su artículo 4º “norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

De esta manera, si se pensara en que había incompatibilidad entre los artículos 63 y 133 del Decreto 100 de 1980 con la Carta Política porque aludían a empleados públicos en lugar de a servidores públicos la solución no podía ser la de dejar de aplicar esas preceptivas, sino la de irrogarles el influjo constitucional, de manera que por esa fuerza normativa de la Carta, se entiende que desde el momento en que ésta entró en vigor aquellos preceptos también empezaron a hacer referencia a los servidores públicos, en aras de la coherencia y armonía que debe existir entre la Ley Fundamental y las normas que se le subordinan.

Ahora, si bien es cierto que el inciso final del artículo 123 de la Constitución difiere a la ley el establecimiento del “régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas”, al menos en materia penal tal régimen preexistía, porque, como se sabe, el artículo 63 del Código Penal de 1980 consideraba empleado oficial –a partir del 4 de julio de 1991 servidor público- a “toda otra persona que ejerza función pública, así sea de modo transitorio” y en tal medida lo sancionaba como autor de peculado cuando en ejercicio de tal función pública temporal se apropiara, en provecho suyo o de un tercero, “de bienes de particulares, cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones”, según el artículo 133 ibídem. Además, el Ordenamiento Procesal Civil en su artículo 8º, modificado por el 1º-1 del Decreto 2.282 de 1989, señala que “Los cargos de auxiliares de la justicia son oficios públicos...”, mientras que el artículo 683 ibídem establece que “El secuestro tendrá la custodia de los bienes que se le entreguen...”.

Según lo anterior, en ningún momento se produjo el vacío legislativo que utiliza el censor como apoyo del reparo pues más allá de la denominación, lo verdaderamente trascendente, y que fue el aspecto que tuvieron en la mira los juzgadores, es que el procesado desempeñó una función pública transitoria, la de secuestre dentro de un proceso ejecutivo, para propender por la debida custodia de unos bienes embargados y secuestrados en desarrollo de la actividad jurisdiccional del estado.

Por manera que no se hace evidente el error de subsunción que se denuncia en el reproche, por cuanto los hechos procesalmente declarados se amoldan a la perfección al esquema normativo previsto en el artículo 133 del Decreto 100 de 1980.

La censura, por ende, no prospera.

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

RESUELVE

No casar la sentencia de fecha, naturaleza y origen señalados en la parte motiva de esta providencia.

Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, comuníquese, cúmplase y devuélvase

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

HERMAN

GALÁN

CASTELLANOS

CARLOS A. GÁLVEZ ARGOTE

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN

TERESA RUÍZ NÚÑEZ

Secretaria