

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Magistrado Ponente

SP3260-2017

Radicación n° 49.304

Aprobado acta n° 77

Bogotá, D. C., ocho (8) de marzo de dos mil diecisiete (2017).

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto por el defensor contra el proveído de fecha 28 de septiembre de 2016, por medio del cual el Tribunal Superior Militar, Sala Tercera de Decisión, despachó desfavorablemente la solicitud de cesación de procedimiento formulada por la Mayor CRISTINA EUGENIA LOMBANA VELÁSQUEZ en diligencia de ampliación de su indagatoria.

HECHOS

El 21 de noviembre de 2012, el Juez 54 de Instrucción Penal Militar, con sede en Popayán (Cauca), Capitán JAVIER ORLANDO LAVERDE BANOY, quien desempeñaba el cargo desde el 13 de agosto del mismo año, al revisar la indagación preliminar N° 260 y disponer la apertura de sumario, que se identificó con el N° 573, advirtió que:

De acuerdo al informe del investigador de campo obrante a folio 2 se indica que entre las cosas halladas al occiso NN de sexo masculino se encontró la suma de un millón de pesos (\$1.000.000) los cuales se dejaron a disposición del despacho según obra a folio 77, pero no se indica nada sobre mencionado dinero, ni constancia de haber sido consignado en la

cuenta del despacho o de haber sido entregado. Es por lo anterior que se solicitará información sobre el paradero de mencionado dinero a la juez de la época CT CRISTINA LOMBANA VELÁSQUEZ y al secretario del despacho quien se encuentra incapacitado señor HUBER BOLAÑOS.

El 26 de diciembre de 2012, luego de adelantadas las pesquisas del caso, que arrojaron como resultado el hallazgo, en una carpeta, del formato de registro de cadena de custodia, más no del dinero ni de su contenedor, el Capitán JAVIER ORLANDO LAVERDE BANOY, en su condición de Juez 54 de Instrucción Penal Militar, profirió auto en el que dispuso “(...) compulsar las copias necesarias con destino al Honorable Tribunal Superior Militar, con el fin sea quien investigue lo relacionado con la pérdida de un millón de pesos (\$1.000.000) hallados al occiso NN (...)”. De esa forma se originó el presente proceso.

ANTECEDENTES

1. El Tribunal Superior Militar, siguiendo los dictados de la Ley 522 de 1999, inició indagación preliminar el 31 de enero de 2013 y el 23 de septiembre del mismo año abrió sumario, al que vinculó, mediante indagatoria, a CRISTINA EUGENIA LOMBANA VELÁSQUEZ quien, por ende, adquirió la calidad de procesada.
2. Esa corporación resolvió la situación jurídica de la inculpada el 10 de marzo de 2014, absteniéndose de imponerle medida de aseguramiento, pues si bien consideró que se reunían los requisitos sustanciales y formales exigidos por los artículos 522 y 523 de la Ley 522 de 1999, concluyó que la misma no era necesaria, “bajo los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad”.

Al verificar la presencia de los requisitos sustanciales, el tribunal consideró que la procesada había incurrido en el delito de peculado culposo, previsto por el artículo 400 de la Ley 599 de 2000, conclusión a la que arribó porque, a su juicio, se acreditó su calidad

de servidora pública, la pérdida del millón de pesos entregado en custodia y una conducta descuidada en el desempeño del cargo de Juez 54 de Instrucción Penal Militar, toda vez que:

(...) dio lugar a la pérdida de un millón de pesos que hacía parte de la indagación preliminar N°360 (sic), como lo confirma la prueba documental y testimonial que dan fe del sitio donde permaneció esa suma de dinero como evidencia física en las instalaciones del Juzgado 54 de Instrucción Penal Militar con sede en la ciudad de Popayán, sin las mínimas condiciones de seguridad pese a ser conocida esta situación por la titular del juzgado, permaneciendo durante largo espacio de tiempo en esta condición irregular a todas luces, bastando con que hubiese tomado medidas preventivas y provisionales pero efectivas en aras de evitar su pérdida, como buscar un sitio adecuado para su guarda y custodia hasta tanto se dispusiera la diligencia judicial ordenada para el Cuerpo Técnico, lo que en últimas se omitió.

Amén de lo anterior, claro está también que la señora CT. LOMBANA como Juez 54 de Instrucción Penal Militar no ejerció ninguna actividad de control ni vigilancia sobre los citados dineros, delegando una responsabilidad en sus subalternos, lo que no podía hacer, puesto que al haber entregado su manejo físico y al no haber ejercido sobre los mismos el debido control y vigilancia, esto es, al haber abandonado su custodia material a la que estaba obligada, violó el deber objetivo de cuidado que le imponía la ley. (...). (Fol. 825 y 826 - cuaderno. 4).

3. El 6 de septiembre de 2016 la Mayor CRISTINA EUGENIA LOMBANA VELÁSQUEZ amplió su indagatoria y expuso que:

La instrucción se orientó con fundamento en una premisa falsa, cual es que el dinero debió haber sido consignado en la cuenta de depósitos judiciales del juzgado.

Lo anterior porque, de conformidad con concepto emitido por la Sala de Consulta y

Servicio Civil del Consejo de Estado el 27 de enero de 2005, los depósitos judiciales se emplean únicamente para multas y cauciones, mientras que los bienes muebles aprehendidos y puestos a disposición de los juzgados deben tener el tratamiento que prevé el artículo 475 de la Ley 522 de 1999.

Además, de acuerdo con circular del Banco de la República, ese tipo de bienes eran objeto de depósitos en custodia como cuerpo cierto, debidamente embalados y rotulados.

Respecto del millón de pesos de marras, le ordenó a la Cabo ANDREA URIBE que solicitara al CTI su fijación fotográfica y la realización de las pruebas periciales pertinentes. Dicha servidora, técnico en criminalística, “(...) tenía la función asignada por mí de proyectar las decisiones en las que se ordenaba dichos dictámenes y en realizar los oficios comunicando las diligencias (...)” (fol. 1340 – cuaderno 6).

Coetáneamente, también le impartió igual orden respecto de la cantidad de \$34.000.00 correspondiente a otro proceso y “(...) por razones que aún hoy desconozco si lo hizo de uno y no de otro dinero, sin informarle absolutamente a nadie que dicha actividad había quedado pendiente” (fol. 1344 – cuaderno 6).

Por su parte, ella, como juez, no tenía la posibilidad de revisar a diario todos los expedientes, por razón de su número y complejidad.

En otros términos: “(...) con todo esto quiero significar que en mi calidad de juez 54 cumplí con lo que la ley me ordenaba fuera el destino de dichos elementos incautados y ninguna responsabilidad tengo respecto de lo que la Cabo ANDREA URIBE hubiese hecho para el cumplimiento o no de la orden que yo le emití (...)” (fol. 1344 – cuaderno 6).

Es decir: “(...) Con esto quiero desvirtuar que si dicho dinero en efecto se perdió no fue ni por mi culpa ni por incumplimiento de ningún reglamento o normatividad que me

impusiera esa obligación (...)" (fol. 1342 - cuaderno 6).

Hechas las anteriores precisiones, la procesada manifestó: "(...) solicito encarecidamente al despacho evaluar objetivamente la exposición hecha por mí y los documentos aportados y solicito que en esta etapa procesal se profiera una cesación de procedimiento a mi favor (...)" (fol. 1349 - cuaderno 6), teniendo en cuenta, además, que, según pronunciamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, "(...) la conducta dolosa de un tercero no puede ser atribuible a un servidor público a título culposo (...)" (fol. 1351 - cuaderno 6).

4. El Tribunal Superior Militar, Sala Tercera de Decisión, en proveído del 28 de noviembre de 2016, recordó las causales que conforme al artículo 231 de la Ley 522 de 1999 permiten disponer la cesación del procedimiento y expresó que de los documentos aportados en la diligencia de ampliación de indagatoria no emergía la demostración, en grado de certeza, de ninguna de aquellas porque CRISTINA EUGENIA LOMBANA VELÁSQUEZ, funcionaria de la jurisdicción especializada, a pesar de haber tenido conocimiento de la existencia del dinero y de las precarias condiciones de seguridad del despacho que regentaba, "(...) no tomó la más mínima medida para garantizar que dicho bien, a la sazón bajo su custodia, (...) no se perdiera o extraviara como en últimas aconteció".

Por otra parte, consideró que lo razonado al momento de resolver la situación jurídica de la procesada conservaba vigencia, vale decir, que la suma de dinero siguió en la misma situación; que si bien se impartieron instrucciones para su manejo, no se efectuó seguimiento y control; que el efectivo se perdió y ningún propósito existió por asegurarlo debidamente.

Con esos fundamentos, decidió no acceder a la cesación de procedimiento impetrada.

5. El defensor interpuso reposición y en subsidio apelación contra la anterior providencia.

En un primer aparte de su escrito, el defensor reprochó al tribunal haber detenido su atención únicamente en un pequeño aparte de la ampliación de indagatoria de su asistida y, por tanto, reiteró los aspectos centrales de esa intervención, a saber que:

De acuerdo con el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado aportado por su asistida, los dineros hallados en la escena de los hechos debían recibir el tratamiento previsto por el artículo 475 de la Ley 522 de 1999, lo que significaba dejarlos en el despacho y mantenerlos disponibles en caso de que los deudos de los occisos los reclamaran.

Por consiguiente, para la fecha de los hechos no existía una norma que la conminara a adoptar una medida diferente, a la que en efecto dispuso, como fue ordenarle a una colaboradora elaborar el proyecto de decisión para que los billetes fueran sometidos a experticia.

Se comprobó que el dinero fue recibido por la empleada PIEDAD HOYOS, quien lo entregó al Secretario del juzgado, UBER BOLAÑOS, pero como éste no firmó el recibo del mismo, se rompió la cadena de custodia.

Quien tuvo en su poder el dinero fue la Cabo ANDREA URIBE; no obstante, al momento de hacer entrega de su cargo, en marzo de 2012, omitió informar al despacho que no realizó la actividad que le fue ordenada.

La Mayor LOMBANA VELÁSQUEZ, por su parte, no tuvo la oportunidad de verificar lo sucedido con el dinero sino hasta cuando ya se encontraba en funciones el juez entrante.

Aclarado lo anterior, expuso como fundamento de su disenso que la decisión del a quo no se ajustó a derecho porque:

Los servidores públicos únicamente pueden hacer lo que les está permitido. Su actividad se encuentra reglada. Por consiguiente, no es posible atribuirle a la hoy procesada “(...) una carga adicional a las ya asignadas por las leyes y reglamentos (...) como es la de prever la mínima medida para garantizar que dicho bien (...) se perdiera o extraviara”, máxime cuando lo habitual es que los elementos materiales probatorios permanecieran en el juzgado, que no disponía de caja fuerte y no había presentado inconvenientes de seguridad.

CRISTINA EUGENIA LOMBANA VELÁSQUEZ “sí cumplió a cabalidad con lo que en derecho correspondía”, al ordenarle a una de sus colaboradoras que proyectara los documentos y dispusiera los trámites pertinentes para dar aplicación al artículo 475 de la Ley 522 de 1999.

Mal hizo el tribunal al reprochar a la procesada por la pérdida del dinero cuando al mismo tiempo afirmó que el mismo fue sustraído por un tercero que obró de manera dolosa, pues “(...) no se puede realizar una doble imputación de un mismo hecho a título de culpabilidad diferente, uno a título de dolo, y el otro a título de culpa, a dos individuos diferentes, porque de alguna manera en alguna de las hipótesis se rompería el nexo causal”, como lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia (CSJ SP, 24 ene. 2007, rad. N° 25.166).

Lo que cabe colegir del acervo probatorio es que los dineros permanecieron en el despacho por espacio de un año y se extraviaron luego de que pasaron por las manos de la Cabo ANDREA URIBE, asunto que es materia de otra investigación penal.

La anotación del tribunal de que la hoy procesada no adoptó las mínimas medidas, sin expresar cuáles, contradice la postura de la Corte Suprema de Justicia en el sentido que: “(...) el deber de cuidado exigido por la disposición ya estaba salvado por la orden que había dado para que se procediera a su custodia y seguridad, en atención al principio

de confianza que rige en estos eventos, en tanto resultaría engorroso para cualquier superior la verificación meticulosa diaria de las labores encomendadas a cada uno de sus colaboradores, pues precisamente estos tienen su razón de ser en facilitarle la tarea encomendada por la ley a los funcionarios judiciales.” (CSJ SP, 24 en. 2007, rad. N°25.166 y CSJ SP4451-2014, 9 abr. 2014, rad. N° 43.363).

Por tanto, deprecó la revocatoria de la decisión y disponer la cesación del procedimiento, rematando su intervención con la siguiente afirmación: “(...) el dolo de un tercero no es una situación que dependa de la voluntad o falta de cuidado de a quien hoy se pretende endilgar responsabilidad penal”.

6. Mediante proveído del 3 de noviembre de 2016, el Tribunal Superior Militar decidió “despachar desfavorablemente” el recurso de reposición y conceder la alzada subsidiariamente interpuesta. Como fundamento de la primera determinación señaló que:

Lo considerado al momento de resolver la situación jurídica de la procesada no sufrió ninguna variación con el aporte del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, toda vez que es innegable el deber de custodia que le incumbía a CRISTINA EUGENIA LOMBANA VELÁSQUEZ y la presente actuación no se inició porque hubiera rehusado o denegado un acto propio de sus funciones, sino por “(...) la presunta violación al deber de cuidado que sobre dicho dinero – que se hallaba vinculado a un proceso penal a su cargo – le competía (...)”, diligencia que “(...) le era perfectamente dable solventar, bien consignando dicho dinero (...) en tanto no existía prohibición legal al respecto, ora adoptando cualesquiera otra medida (...)”.

La afirmación del recurrente sobre la imposibilidad de realizar doble imputación por el mismo hecho, una título de dolo y otra por culpa, “(...) amén de imprecisa y vaga (...) comporta una palmar dilogía, en tanto la teoría de la imputación objetiva y la praxis judicial enseñan que eventos en que se endilga a un servidor estatal la comisión de

conducta punible derivada de la violación del deber objetivo de cuidado y de la desatención a su posición de garante con la consecuente creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que se concreta en un resultado determinado, no germinan fatalmente en la improcedencia de la imputación por la realización del tipo objetivo en el actuar doloso de un tercero”.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Dentro del término del traslado previsto por el artículo 581 de la Ley 522 de 1999, fueron presentados los siguientes alegatos:

1. El señor Procurador Judicial II 315 Penal de Bogotá, actuando como agente especial del Ministerio Público, solicitó a la Corte revocar el proveído apelado y, en su lugar, disponer la cesación de procedimiento pretendida por la parte defendida, fundada en la atipicidad de la conducta, toda vez que:

La investigación no ha permitido establecer aún cuál de los empleados del Juzgado 54 de Instrucción Penal Militar recibió el \$1'000.000.00 entregado por funcionarios del CTI, ya que no existe firma de recepción del oficio ni tampoco en el formato de cadena de custodia.

Las probanzas indican que nunca se verificó el contenido del paquete y, por tanto, no se sabe si el mismo contenía la suma de dinero enunciada en el formato de cadena de custodia y en el oficio antes mencionado.

También comprueban que “(...) los empleados de la secretaría no le pasaron al Despacho oficialmente la indagación preliminar junto con los elementos que habían sido puestos a disposición del Despacho (...)”.

Ya pasó el tiempo en que “(...) el Juez estaba obligado a tener el manejo incluso de la

secretaría del Despacho (...)"'. Ahora tanto el juez como los empleados tienen obligaciones y entre las que competen a los segundos se encuentra la de pasar al despacho los procesos que lleguen para conocimiento, junto con los elementos dejados a su disposición.

En estas condiciones, y puesto que "no hubo entrega formal de los elementos" y en "el proceso no se tiene constancia de que se haya pasado al Despacho para su trámite jurídico", "(...) no está demostrada la ocurrencia del hecho, esto es que la procesada LOMBANA VELÁSQUEZ en calidad Juez 54 Instrucción Penal Militar con sede en Popayán, haya recibido el dinero en cuantía de un millón de pesos, para su custodia, pues del estudio de las pruebas, se extrae que este dinero oficialmente no se le puso a su disposición y el paquete dentro del cual aparentemente se encontraba el millón de pesos, en realidad existiera esa suma de dinero, hecho que no hay manera de desvirtuarlo".

El señor Procurador Judicial II 315 Penal de Bogotá se preguntó: ¿"A partir de qué momento nace la obligación de la procesada LOMBANA VELÁSQUEZ, de observar el deber objetivo de cuidado, que como Juez la obligaba a consignar los dineros que hacían parte de un proceso que se adelantaba en su despacho (...)?" Y se respondió: "(...) a partir de oficialmente se le haga por parte de los empleados de la secretaría la entrada al despacho de las diligencias junto con los elementos, lo que nunca ocurrió, por los graves errores atribuibles solo a los trabajadores de la secretaría".

2. El señor Procurador Primero Delegado para la Investigación y Juzgamiento Penal también deprecó la revocatoria del proveído impugnado y sostuvo como tesis que "la funcionaria no obró con negligencia". Estos son sus argumentos:

En tratándose del delito de peculado culposo "(...) no se castiga que de una u otra forma se pierda o extravíe algo, sino que haya habido un actuar negligente y como

resultado de esa negligencia se haya producido el resultado indicado”.

En el presente caso, sin embargo, “(...) está probado en el expediente con las declaraciones de varios testigos (...) que efectivamente la juez le ordenó a la Cabo Andrea Uribe que llevara a cabo la consignación del dinero, siendo responsabilidad ahora de ésta la ejecución de esa orden”.

No se puede pretender que “(...) la juez debió vigilar que su cumpliera su orden (...) pues no se puede desconocer la carga laboral que mencionó la misma imputada (...)” y la aplicación del principio de confianza.

La producción del resultado no dependió de la actuación de la juez, sino de “(...) no haber obedecido la orden la Cabo Andrea de consignar el dinero, es este el verdadero descuido que terminó con la pérdida del dinero”. En consecuencia: “No se le puede atribuir a la imputada la omisión de otro funcionario”.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La competencia para desatar la apelación esta atribuida por el artículo 234-4 de la Ley 522 de 1999 y, conforme al artículo 583 ibídem, la alzada le permite al ad quem “(...) revisar únicamente los aspectos impugnados”. Por consiguiente, en este caso la Sala debe resolver si la conducta endilgada a la procesada es atípica y si debe cesarse procedimiento a su favor, al tenor del artículo 231 de la normatividad precitada.

2. En la providencia por medio de la cual resolvió la situación jurídica de la entonces Capitana – hoy Mayor – CRISTINA EUGENIA LOMBANA VELÁSQUEZ, el Tribunal Superior Militar precisó la situación fáctica así:

Encontrándose como titular del Juzgado 54 de Instrucción Penal Militar, adscrito a la Tercera División del Ejército Nacional con sede en Popayán (Cauca), la señora Capitán

CRISTINA EUGENIA LOMBANA VELÁSQUEZ, conoció de la indagación preliminar N°260, la que daría lugar a la apertura del proceso penal N°573 adelantado por hechos ocurridos el 21 de marzo de 2010 en la vereda Navarro El Hoyo del municipio de Patía - Cauca, en donde perdieron la vida ERIKA OSPINA RAMÍREZ y ARMANDO MORENO AMAYA, este último a quien se le encontró la suma de un millón de pesos m/l (\$1.000.000.00), dinero que fue puesto a disposición del aludido despacho por parte del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación el 18 de mayo de 2010 mediante oficio N°0470-3999 FGN-CTI-ULBC, siendo recibido por PIEDAD HOYOS PÉREZ, sin que fuese consignado en la cuenta de títulos judiciales correspondiente al Juzgado 54 de IPM.

Posteriormente, luego de haber hecho entrega formal del despacho la señora CT. CRISTINA LOMBANA al CT. JAVIER OLANDO LAVERDE BANOY el 13 de agosto de 2012, por traslado, el nuevo funcionario detecta que el aludido dinero no se encontraba en las instalaciones ni había sido consignado, lo que genera la constancia de fecha 26 de diciembre de 2012 donde menciona las gestiones adelantadas para ubicar dicha suma de dinero, así como las acciones emprendidas como consecuencia de esta novedad, lo que daría lugar por parte de la Corporación a la apertura inicialmente de una indagación preliminar y posteriormente de la presente investigación de carácter penal. (Cdo. 4. Fol. 785 y 786).

Y a tales hechos les dio la calificación jurídica de peculado culposo, delito previsto por el artículo 400 de la Ley 599 de 2000, que es del siguiente tenor:

El servidor público que respecto a bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen, incurrirá en (...).

En idénticos términos al artículo 23 del Código Penal, el canon 25 del actual Código Penal

Militar (Ley 1407 de 2010) define la culpa, como modalidad de la conducta punible, indicando que:

“La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo”.

3. El tipo penal del artículo 400 de la Ley 599 de 2000 es de sujeto activo cualificado, puesto que requiere que el agente reúna una calidad especial, como es la de ser “servidor público”, entendiéndose que son tales, para efectos penales, entre otros, los “miembros de la fuerza pública” (artículo 20 del Código Penal), es decir, los integrantes de las Fuerzas Militares (Ejército, Armada y Fuerza Aérea) y la Policía Nacional (artículos 216 y 217 de la Constitución Política), como es el caso de CRISTINA EUGENIA LOMBANA VELÁSQUEZ, oficial del Ejército Nacional (fol. 424), funcionaria pública de la planta de personal del Ministerio de Defensa Nacional al servicio de la Justicia Penal Militar que, mediante la Resolución N°000324 del 22 de diciembre de 2009 (fol. 63), fue trasladada del Juzgado 128 de Instrucción Penal Militar, con sede en Medellín, al Juzgado 54 de Instrucción Penal Militar, ubicado en Popayán (fol. 64), con fecha de presentación 1° de febrero de 2010 (fol. 63).

4. Con el Oficio N°0470-3999-FGN-CTI-ULBC del 10 de mayo de 2010, dirigido a “DR. TE. ABOG. CRISTINA LOMBANA VELÁSQUEZ JUZGADO 54 PENAL MILITAR POPAYÁN CAUCA”, el señor DAVID JOSÉ GUERRERO, Investigador Criminalístico II CTI Patía - Bordo Cauca, entregó los siguientes elementos:

(...) UN RELOJ DORADO METÁLICO MARCA MIDO CON PULSERA DORADA Y UN MILLÓN DE PESOS EN VEINTE (20) VILLETES (sic) DE CINCUENTA (50) MIL PESOS CADA UNO (VER RELACIÓN DE SERIES), PERTENENCIAS QUE FUERON ENCONTRADAS AL CADÁVER NN SEXO MASCULINO POSIBLE NOMBRE ARMANDO MORENO AMAYA, QUIEN RESULTÓ MUERTO EN

ENFRENTAMIENTO CON EL EJÉRCITO EN LA VEREDA NABARRO EL TAMBO CAUCA EL DÍA 21 DE MARZO DE 2010.

LAS DOS PERTENENCIAS DEBIDAMENTE EMBALADAS, ROTULADAS Y CON CADENA DE CUSTODIA.

LO ANTERIOR, PARA QUE FORME PARTE DEL ACTO URGENTE N°195326000618201000037 (...). (Fol. 11).

El ingreso de los anteriores elementos quedó registrado en libro de minuta del Juzgado 54 de Instrucción Penal Militar (fol. 338), mediante anotación manuscrita que fue reconocida como de su autoría por la empleada PIEDAD HOYOS PÉREZ (fol. 547).

5. La Sala no comparte la apreciación del señor Agente Especial del Ministerio Público, quien sostiene que no se sabe, ni nunca se sabrá, si el paquete recibido en el juzgado en verdad contenía la suma de dinero mencionada, ya que, en sentido contrario, obran como pruebas de la existencia del efectivo documentos públicos como el Oficio N°0470-3999-FGN-CTI-ULBC del 10 de mayo de 2010, que presenta el visto bueno del doctor FABIÁN ANDRÉS MERA PAZ, Coordinador Unidad Local El Bordo - CTI, en el que se consignaron los números de serie de los billetes (fol. 11) y el formulario de registro de cadena de custodia, diligenciado y firmado por el investigador DAVID JOSÉ GUERRERO (fol. 29). Igualmente, milita la declaración rendida bajo juramento por el funcionario del CTI acabado de mencionar, quien al respecto manifestó:

(...) se ubicó un dinero, el cual estaba a su vez impregnado de sangre, una suma aproximada de un millón o millón cincuenta mil pesos, incluso ubiqué a la madre del occiso y se le iba a entregar dicho dinero pero no fue autorizado, el dinero que se le encontró eran billetes de cincuenta mil pesos, esta plata quedó registrada en el acta a inspección de cadáver y por tratarse de elementos y pertenencias se les hizo la respectiva cadena de custodia, se embolsó y se entregó al Juzgado Penal Militar 54 del batallón, por

cuanto la fiscalía dijo que eso eran diligencias que las debía adelantar el juzgado penal y eso se maneja como ley 600, en lo cual las pertenencias y elementos materiales se le entregan a quien lleva la investigación, de esto quedó constancia en la cadena de custodia e igualmente se realizó un oficio de entrega de elementos, diligencia que fue realizada personalmente por el suscrito (...) Yo fui la persona encargada de entrega (sic) el dinero al juzgado 54 y al momento figuraba una señorita como secretaria quien fue la que me recibió dichos elementos (...) con respecto a la entrega del dinero si quedó consignado en el oficio 0470 la cual fue una suma total de un millón de pesos, representada en veinte billetes de cincuenta mil pesos y cuya serie de cada billete fue relacionada en dicho oficio (...) Efectivamente si es la misma cadena de custodia que yo realicé (...) Ese dinero fue contado en presencia de los funcionarios judiciales ALDEMAR y SILVIO (...) (fol. 208 a 211).

6. Ahora bien, en virtud del deber objetivo de cuidado:

El autor debe realizar la conducta como lo haría una persona razonable y prudente puesta en el lugar del agente, de manera que si no obra con arreglo a esas exigencias infringirá el deber objetivo de cuidado.

Elemento con el que se aspira a que con la observancia de las exigencias de cuidado disminuya al máximo los riesgos para los bienes jurídicos con el ejercicio de las actividades peligrosas, que es conocido como el riesgo permitido (en ámbitos como el tráfico, la medicina y el trabajo).

En razón a que no existe una lista de deberes de cuidado, el funcionario judicial tiene que acudir a las distintas fuentes que indican la configuración de la infracción al deber de cuidado, en cada caso. (CSJ SP, 19 ene. 2006, rad. N°19.746).

Ese deber de cuidado ha de referirse a una persona determinada en una situación específica, que ha de obrar con las precauciones que ha podido y debido emplear para

evitar la producción de un resultado que afecte bienes jurídicamente amparados. (CSJ SP, 9 mar. 2006, rad. N°21.747).

En el caso en examen, la oficial CRISTINA EUGENIA LOMBANA VELÁSQUEZ, como Juez 54 de Instrucción Penal Militar, tenía la calidad de funcionaria de instrucción penal militar (artículo 263 de la Ley 522 de 1999) y, en consecuencia, era destinataria de, al menos, los siguientes mandatos del Código Penal Militar:

En cuanto el dinero fue entregado a su despacho como evidencia, sometido a cadena de custodia:

Artículo 407. Aseguramiento de la prueba. En el desarrollo de la actividad probatoria, el juez deberá tomar las medidas tendientes a garantizar que los elementos materiales de prueba no sean alterados, ocultados o destruidos, para lo cual podrá ordenar vigilancia especial de las personas o los inmuebles, el sellamiento de estos, la retención de medios de transporte, la incautación de papeles, libros y otros documentos y efectuar todas las actuaciones que considere necesarias para el aseguramiento de las pruebas. (Se subraya).

Por tratarse de una suma de dinero que podría ser reclamada por algún familiar del occiso (recuérdese que el investigador del CTI dijo haber ubicado a la progenitora de éste):

Artículo 475. Restitución de bienes por petición directa. El dueño, poseedor o tenedor legítimo de los bienes aprehendidos durante la investigación y que no deban pasar a poder del Estado o ser destruidos, tiene derecho a solicitar, por sí mismo, su restitución ante el juez, quien comprobada la legitimidad de la petición, ordenará la entrega previo avalúo o peritaje técnico si fuere necesario. De tal entrega se levantará acta en que así conste y en la que aparezca la advertencia de presentación de los bienes en cualquier momento en que fueren necesarios para el éxito de la investigación. (Se subraya).

Por su simple carácter monetario:

Artículo 485. Numeración y rubricación de folios, guarda de objetos. Los papeles o documentos se numerarán y rubricarán en todas sus hojas por el juez, su secretario y la persona en cuyo poder se encuentren o su representante. Cuando no se afecte la investigación el funcionario deberá entregar por lo menos, fotocopia de los documentos a los interesados cuando ellos sean necesarios para el normal desarrollo de las distintas actividades de los interesados.

Los demás efectos se guardarán de modo que no puedan ser extraídos sino por orden y en presencia de dicho funcionario y su secretario. (Se subraya).

Hasta aquí es claro, entonces, que la suma de dinero mencionada en repetidas ocasiones, encontrada a una persona que falleció en un enfrentamiento armado con el Ejército Nacional, fue entregada al Juzgado 54 de Instrucción Penal Militar, con sede en Popayán (Cauca), y que la titular de ese despacho judicial, a la sazón, la Capitana CRISTINA EUGENIA LOMBANA VELÁSQUEZ tenía específicos deberes de custodia sobre ella, impuestos por ley.

7. Ahora bien, que la funcionaria de instrucción conocía que esa suma de dinero se encontraba a cargo del despacho judicial que regentaba se infiere, en primer lugar, a partir del propio dicho de la procesada, plasmado en su indagatoria:

(...) la judicante DALIA RUALES que estaba revisando los procesos de homicidio me habló de dichos dineros, (...) el 7 de octubre de 2011 cuando el señor URBER BOLAÑOS ya se encontraba incapacitado por psiquiatría, se le requirió a éste para que informara cuál era el paradero de dichos dineros (...) (fol. 430).

Así mismo, de lo manifestado por DALIA CONSTANZA RUALES MORA:

(...) con la información que le di a la capitán ella preguntó por el dinero (...) y se localizó en una de las cajas, le tenían la hoja de custodia (...) hasta que yo salí, y salí en diciembre de 2011, yo supuse que se había consignado, yo seguí revisando otros asuntos me desentendí de eso (...) una vez se encontró la cabo ANDREA y la capitán siguieron con ese caso.” (fol. 566 y 567).

Por otra parte, está el oficio N°3608/MDN-DIV3-BR29-J54-IPM-746, que con fecha 7 de octubre de 2011 la funcionaria de instrucción, CRISTINA EUGENIA LOMBANA VELÁSQUEZ, le cursó al Secretario del juzgado, UBER ANTONIO BOLAÑOS JIMÉNEZ, quien se encontraba ausente por una prolongada incapacidad, requiriéndole:

(...) con toda atención me permito solicitarle se informe a este Despacho Judicial la ubicación de la evidencia que trata de la suma de un millón de pesos (1.000.000), dentro de la indagación preliminar N°260, la cual se encontraba en una cajón de su escritorio y yo le di la instrucción de consignarla en la cuenta del juzgado; lo anterior debido a que una vez revisados los archivos y extractos no se encontró en físico ni consignación de alguna de dicho valor.” (Fol. 33).

De acuerdo con lo anterior, es indudable que para el 7 de octubre de 2011 la oficial CRISTINA EUGENIA LOMBANA VELÁSQUEZ ya conocía la existencia de la suma de dinero, su carácter de evidencia dentro de una indagación preliminar específica y su anterior ubicación material dentro del recinto donde funcionaba el juzgado.

Y si bien emerge de algunas piezas procesales, como, por ejemplo, la declaración de DALIA CONSTANZA RUALES MORA, que con anterioridad a esa fecha la oficial CRISTINA EUGENIA LOMBANA VELÁSQUEZ no había sido informada del recibo del millón de pesos aludido, según lo hace notar el señor Agente Especial del Ministerio Público (aunque el dicho de UBER ANTONIO BOLAÑOS JIMÉNEZ es el opuesto), lo cierto es que con el

requerimiento formulado al Secretario del juzgado, mediante el oficio ya mencionado, la funcionaria instructora comenzó a ejercer, materialmente, el deber de custodia que legalmente le correspondía, pues, en efecto, lo asumió e inició las gestiones necesarias para encontrar y resguardar esa suma de dinero.

8. A continuación, para el cumplimiento de ese deber la funcionaria de instrucción le impartió a la Cabo ANDREA URIBE la orden de proyectar auto y oficio, dirigido éste al CTI, para la fijación fotográfica del dinero y la realización de los análisis necesarios a fin de establecer su autenticidad, mandato que, adujo, le transmitió simultáneamente respecto del \$1'000.000.00 aludido y de la cantidad de \$34.000.00, perteneciente a otro proceso.

Al respecto, la señora PIEDAD HOYOS PÉREZ, empleada del juzgado, en el cargo de Auxiliar, precisó:

(...) la CT LOMBANA le había dado la orden a la cabo ANDREA de que todas esas evidencias que hubieran en las cajas que mirara cuál (sic) se les podía hacer experticio (sic) para así poder desocupar las cajas y que con las platas se hiciera lo mismo (...) le dijo que cuando hubiera dinero le mandara a hacer fijación fotográfica y lo consignara (...) incluso por eso hubo un dinero de otro expediente la cabo ANDREA le alcanzó a hacer la fijación a dicho dinero de otro expediente (...). (fol. 219 y 220).

Conforme a lo anterior, surge el interrogante de si ¿esa orden puede considerarse suficiente para dar por cumplido el deber objetivo de cuidado exigible a la funcionaria? Ella sostiene que si, mientras que, por el contrario, el tribunal, en el proveído materia de alzada, considera que con esa acción no colmó aquella expectativa.

Al respecto, esta Sala encuentra que esa orden fue adecuada a los fines de lo preceptuado por el artículo 475 de la Ley 522 de 1999 y que la funcionaria no debía ejecutarla directamente, dado que contaba con una serie de colaboradores, que tenían asignadas sus respectivas tareas. Por tanto, podía confiar en que las llevarían a cabo, sin

que ella tuviera que descuidar las que le correspondían, pues esa es la forma como se encuentra estructurado el despacho judicial para su debido funcionamiento.

Por otra parte, la situación no le demandaba mayores medidas, pues no se trataba de una cantidad exorbitante de dinero, ni las circunstancias materiales se lo permitían, pues, según lo dio a conocer la procesada, en esa época el juzgado no contaba con caja fuerte.

Si bien la circular del Banco de la República que ella aportó en la ampliación de su indagatoria hace referencia al depósito de dinero en efectivo en custodia, también precisa que ese servicio únicamente se presta en Bogotá y otras ciudades, entre las cuales no se encuentra Popayán, sede del Juzgado 54 de Instrucción Penal Militar (fol. 1362). Por consiguiente, esta no es una alternativa viable.

Dadas esas situaciones, debe recordarse lo dicho por la Sala, en el sentido que: “La violación al deber de cuidado objetivo se evalúa siempre dentro de un ámbito situacional determinado, es decir, por medio de un juicio de la conducta humana en el contexto de relación en el cual se desempeñó el actor, y no en el aislamiento de lo que éste hizo o dejó de hacer”. (CSJ SP, 9 agt. 2011, rad.36554).

Tal evaluación, en este caso, conduce a pregonar que la Juez 54 de Instrucción Penal Militar, CRISTINA EUGENIA LOMBANA VELÁSQUEZ, realizó un comportamiento que se adecuó al cumplimiento del deber funcional a ella asignado por el Código Penal Militar (Ley 522 de 1999).

9. En estas condiciones, al no haber existido infracción al deber objetivo de cuidado, la conducta es atípica y, por tanto, la Sala, revocará la providencia apelada para, en su lugar, disponer la cesación del procedimiento a favor de la procesada.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal,

RESUELVE

1. Revocar la providencia impugnada, dictada el 28 de septiembre de 2016 por el Tribunal Superior Militar, Sala Tercera de Decisión, para, en su lugar, disponer cesación de procedimiento a favor de CRISTINA EUGENIA LOMBANA VELÁSQUEZ por atipicidad de los hechos materia del presente proceso.

Contra el presente auto no procede ningún recurso.

2. Devolver la actuación a la oficina de origen, para su archivo definitivo.

Notifíquese y cúmplase

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria