

PRINCIPIO DE CONFIANZA. Presupuestos.

"... éste colegiado necesario recordar al ilustre apelante que el principio de confianza opera dentro de una comunidad determinada, cuando dentro del ámbito de interrelación de la disciplina que gobierna la actividad, quien realiza el riesgo tolerado actúa conforme a las previsiones que regulan esa labor, es decir, respetando las reglas y los protocolos previstos para esa actividad riesgosa, lo cual le permite confiar que las demás personas que interactúan en el tráfico jurídico también lo harán, es decir, también actuaran dentro de las reglas establecidas."

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR

SALA : SEGUNDA SALA DE DECISIÓN
Magistrado
Ponente. : MY(r). JOSE LIBORIO MORALES CHINOME.
RADICADO : 158344-293-XV-163
PROCEDENCIA : JUZGADO PRIMERA INSTANCIA DEANT
PROCESADO : PT. JHON FABER GALEANO MONTOYA
MOTIVO : APELACION SENTENCIA CONDENATORIA
DELITO : PECULADO CULPOSO
DECISION : REVOCA SENTENCIA CONDENATORIA -
ABSUELVE

Bogotá, D.C., Treinta y Uno (31) de Mayo de Dos Mil Dieciséis (2016).

V I S T O S:

Procede la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar a conocer de los recursos de apelación incoados, por el DR. ALONSO HELI HERNANDEZ DUQUE Defensor público y

la señora AYDE DE JESUS MONTOYA RUEDA en calidad de madre del procesado, contra la sentencia datada el 27 de Agosto de 2015, mediante la cual el Juez de Primera Instancia del Departamento de Policía Antioquía, CONDENÓ al PT. JHON FABER GALEANO MONTOYA por la comisión del punible de peculado culposo.

IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO:

Para la fecha en que se presentaron los hechos, el procesado JHON FABER GALEANO MONTOYA identificado con la cedula de ciudadanía No. 8.355.218 expedida en Envigado Antioquía, ostentaba el grado policial de Patrullero adscrito a la Estación de Policía Rio Negro del Departamento de Policía Antioquía. Para efectos de esta decisión, se referirá el grado policial que el procesado ostentaba al momento de los hechos.

H E C H O S:

Se contraen, según el material probatorio allegado al expediente a la pérdida del radio de comunicaciones Motorola XTS 4250 serie 721CKX0773 asignado al PT. JHON FABER GALEANO MONTOYA para el servicio de custodio en la Fiscalía el día 2 de junio de 2010, según registro realizado en el libro minuta de asignación de radios del 123, sin que aparezca registro de su devolución en la citada minuta.

ACTUACIÓN PROCESAL:

Por los anteriores hechos, informados por el PT. JOSE LUIS VARGAS MARTINEZ Jefe de Comunicaciones Estación de Policía Rio Negro mediante oficio del 4 de junio de 2010, el Juzgado 193 de Instrucción Penal Militar dispuso el adelantamiento de indagación preliminar con auto del 21 de junio de 2010¹, en contra del PT. JHON FABER GALEANO MONTOYA por el delito de peculado culposo, ordenando la práctica de algunas pruebas, posteriormente con auto del 25 de agosto de 2010² decreta apertura formal de investigación en contra del PT. JHON FABER GALEANO MONTOYA por la presunta comisión del delito de PECULADO CULPOSO ordenando su vinculación mediante indagatoria, diligencia que se practicó el 15 de septiembre de la misma anualidad³.

Con auto de fecha 4 de agosto de 2011⁴, el Instructor le definió la situación jurídica al procesado imponiendo medida de aseguramiento consistente en conminación, en contra del uniformado como presunto responsable de la comisión del delito de PECULADO CULPOSO.

Posteriormente, la Fiscalía 157 Penal Militar clausura la etapa instructiva con auto del 2 de

¹ Folio 11 co 1

² Folio 81 co 1

³ Folios 97-100 co. 1.

⁴ Folio 107-118 c.o. 1

abril de 2014⁵ y con interlocutorio adiado el 28 de noviembre del mismo año⁶, profiere resolución de acusación en contra del PT. JHON FABER GALEANO MONTOYA por el delito de PECULADO CULPOSO.

Surtidos los trámites propios de la Corte Marcial⁷, el Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía Antioquia, el 27 de agosto de 2015⁸ profirió sentencia condenatoria en contra del procesado PT. JHON FABER GALEANO MONTOYA como autor responsable de la comisión del delito de peculado culposo y le impuso como pena principal seis (6) meses de arresto y multa de diez (10) salarios mínimos mensuales equivalentes a la suma de cinco millones ciento cincuenta mil pesos (\$5.150.000) y le concedió el beneficio de la condena de ejecución condicional, decisión que fue recurrida por vía de apelación por el DR. ALONSO HELI FERNANDEZ DUQUE en calidad de defensor público del procesado y la señora AYDE DE JESUS MONTOYA RUEDA, recurso de alzada que hoy es objeto de conocimiento de la Sala.

Estando el proceso en esta instancia, la señora AYDE DE JESUS MONTOYA RUEDA madre del enjuiciado, presenta un escrito en el que solicita nuevamente que no se le haga efectiva la multa impuesta por el Juzgado de Primera

⁵ Folio 199 c.o. 2.

⁶ Folios 222-233 c.o.2 resolución de acusación

⁷ Folios 278-281 co 2

⁸ Folios 282-301 co 2

Instancia y allega fotocopia ilegible de unos documentos.

PROVIDENCIA APELADA

El Juzgado de Primera Instancia, inicialmente concreta el objeto de la decisión, sintetiza los hechos, individualiza al procesado, compendia el material probatorio y condensa los alegatos presentados en la Corte Marcial por los sujetos procesales, seguido señala que la conducta endilgada al PT. GALEANO MONTOYA se enmarca en el contenido del artículo 182 de la ley 522 de 1999, que describe el delito de peculado culposo.

Dice que la acción se enmarca en la pérdida del radio de comunicaciones marca Motorola XTS 4250 serie 721CKX0773 de propiedad de la Policía Nacional, entregado al PT. JHON FABER GALEANO MONTOYA para el servicio de custodio de la Fiscalía de Rio Negro, el cual no ha aparecido a pesar de haber transcurrido cinco años, sin que exista indicio de intención de apropiación, para afirmar que la conducta es dolosa, por lo cual se estima que se reúnen los presupuestos normativos de la tipicidad.

En cuanto a la antijuridicidad señala que se cumple con los aspectos formal y material, en cuanto contravino las normas de cuidado de los bienes puestos bajo su cuidado, con lo cual se

vulneró no solo el patrimonio del estado sino la posibilidad de prestar un servicio efectivo y adecuado, se menoscabó el buen nombre y la correcta administración de bienes, sin que se presente ninguna justificación en la mengua del bien jurídico.

Afirma que en relación a la culpabilidad la conducta fue indebida y merece un reproche jurídico, en cuanto vulneró el deber objetivo de cuidado pues no hizo la entrega del radio en debida forma y a la persona encargada, pues si bien el material probatorio muestra que habían varios funcionarios laborando en la sala, solamente debía hacer entrega a uno de ellos verificando que el equipo le fuera descargado sin novedad, pues de acuerdo al material probatorio el encargado de recibir los radios eran los patrullero VARGAS, MONTOYA y MARTINEZ.

Asegura que no obstante que el inculcado afirma que le entregó el arma al PT. RESTREPO que se encontraba en la puerta de sala de comunicaciones, hasta este momento no se tiene conocimiento de su paradero y las pruebas allegadas desmienten lo afirmado por el procesado, pues nunca pudo probar que este policial hubiese recibido el radio, no existe anotación de ello y el sumariado acepta que se fue sin esperar que se lo descargaran, por ello estima que:

"El Acusado vulneró el deber objetivo de cuidado, pues como miembro antiguo de la Institución, sabía que para salir a gozar de su descanso era necesario hacer entrega en debida forma de los elementos que el Estado a través de la Policía Nacional le proporcionan para un efectivo cumplimiento del servicio, y esa debida forma es agotar el protocolo elemental que consiste en hacer entrega del radio al funcionario indicado, éste lo revisa y si está en buen estado le coloca las letras s/n que quiere decir que el funcionario entregó el equipo sin ninguna novedad, única forma demostrativa de la entrega de este bien; después de verificar este protocolo, es cuando el funcionario con tranquilidad se puede retirar a sus actividades particulares de conformidad con el régimen interno de la unidad policial donde presta su servicio"⁹.

Insiste que no es posible aceptar que por la premura de salir sea el motivo para no esperar que le descargaran el radio y menos verificar que hicieran la anotación respectiva, máxime si quien recibía no era la persona que normalmente lo hacía a pesar de ser una persona que laboraba en la sala de radios, por lo cual estima que actuó negligentemente llevado por el afán y la confianza generando un riesgo jurídicamente desaprobado, una situación indebida y cuyo control no estaba en su órbita de manejo, por lo que es responsable a título de culpa de la pérdida del radio de comunicaciones a él asignado, reuniéndose de esa forma los presupuestos procesales para dictar sentencia de carácter condenatorio en contra del procesado.

⁹ Folio 282-301 co. 2

Con fundamento en las razones anteriores, estima que se debe imponer al procesado una pena de seis (6) meses de arresto y multa de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de los hechos, correspondiente a la suma de cinco millones ciento cincuenta mil pesos (\$5.150.000), concediendo además la condena de ejecución condicional a favor del procesado con un periodo de prueba de dos (2) años.

DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN

En este caso se presenta una situación bien especial, como quiera que la sentencia es impugnada por vía de apelación de un lado por el DR. ALONSO HELI FERNANDEZ DUQUE en su condición de defensor público del procesado y de otro, por la señora AYDE DE JESUS MONTOYA RUEDA progenitora del procesado y a pesar de ello, el Juzgado de Conocimiento simplemente se limita a conceder el recurso de alzada, pero no manifiesta nada en relación con la falta de legitimación de la citada ciudadana para actuar dentro de la presente foliatura.

1.- El DR. ALONSO HELI FERNANDEZ DUQUE en su condición de defensor público del procesado, impugna la decisión por vía de apelación y solicita *"se sirvan revocar en forma absoluta la sentencia condenatoria proferida contra mi representado"*

y lo absuelva para bien de la justicia y la verdad"¹⁰, señala que para evitar errores la ley creó herramientas para subsanarlos cuando se presentan, entre ellas la Lealtad procesal, la presunción de inocencia, el in dubio pro reo y la certeza para condenar, estimando que en el presente caso no obra prueba que dé la certeza para dictar sentencia condenatoria en contra de su defendido.

Enfatiza en que, su procurado no es responsable del delito de peculado culposo, pues no fue negligente en su labor, el Despacho tuvo en cuenta testimonios que no fueron enfáticos en sus dichos, se limitaron solo a referenciar pero ninguno afirma en forma categórica que no entregó el arma, lo que hicieron fue buscar un chivo expiatorio para salvar responsabilidades.

Señala que RESTREPO FORONDA afirma que una vez terminado el servicio el policía debe entregar el radio al operador urbano quien debía descargarlo con un s/n en el cuadrito y lo ubica en el cajón, luego su representado no incurrió en ninguna falta, en tanto que *"el hecho de haber confiado en la persona a quien le hizo entrega del radio no puede catalogarse como una negligencia o delito ya que se tenía por norma entregar el radio y el operador era la persona quien debía hacer la anotación"*¹¹.

¹⁰ Folio 307 co 2

¹¹ Folio 305 co 2

Insiste que no presentó ninguna negligencia al haber entregado el radio a RESTREPO FORONDA confiado como muchas veces lo había hecho, por ello estima que actuó conforme al principio de la buena fe previsto en el artículo 86 de la constitución, en tanto que conforme lo refiere el TE. EDWIN ARLES CUBIDES, al no estar el radio operador, se le podía entregar a cualquiera de la sala, por ello su defendido se lo entregó a RESTREPO FORONDA y se retiró confiado a descansar.

Esa buena fe con la que actuó su defendido encuentra respaldo en lo expresado por el PT. PAZ CONTRERAS quien refiere que la orden era entregarlo en la sala de radio al que estuviera a quienes "por compañerismo y confianza"¹² les decía a los radio operadores curso descárguemelo, situación que según el apelante deja mucho que pensar, pues solo hasta cuando viene al día siguiente a trabajar llaman la atención del radio y de ahí en adelante todos empiezan a cuidarse la espalda, por ello señala que:

"Lo único cierto H.H. Magistrados, fue que se presentó una confusión por el hecho que quien debía hacer la anotación era el radio operador esto llevó a que mi patrocinado confiado en esto y en la confianza a sus compañeros policiales pensó que este iba hacer la anotación como ya era costumbre entregar porque no era necesario firmar"¹³.

Aduce que la prueba le corresponde al Estado, por lo que el funcionario debe establecer

¹² Folio 306 co 2

¹³ Folio 306 co 2

dentro del proceso la verdad real, las circunstancias que demuestren la existencia del hecho punible y la responsabilidad con las pruebas legalmente aportadas al expediente, por ello el Juez no se debe detener en su examen en la verosimilitud, ni en la probabilidad, sino que debe continuar hasta la certeza y si no es posible lograrla, esa duda se resuelve a favor del procesado, no obstante, dentro del proceso no hay un acto que pregone la responsabilidad en grado de certeza de su defendido por la pérdida del radio, pues terminado el turno lo entregó a RESTREPO FORONDA y dentro del expediente no fue posible aclarar en qué momento desapareció el radio, solo se dieron cuenta dos días después.

Estima que los errores y falencias cometidas por los distintos policiales que tenían que ver con los informes, no pueden cargárselos a su representado porque se estaría sometiéndolo a una responsabilidad objetiva proscrita en nuestros códigos y se estaría condenado por un hecho que no cometió.

Finalmente señala, que decir de la multa ya que sus ancianos padres viven del sueldo de su hijo que hoy se encuentra incapacitado y son ellos quienes deben cuidarlo.

2.- La señora AYDE DE JESUS MONTOYA RUEDA en calidad de progenitora del procesado, apeló la

decisión del fallador, indicando que su hijo el día de marras recibió los elementos del servicio y al término del turno los entregó, incluido el radio de comunicaciones, sin embargo para el Juez de Instancia no existe prueba de su devolución a la sala de radios, afirmación que hace basado en lo expresado por los policiales que laboran en esa dependencia.

Señala que para nadie es un secreto que los policiales que laboran en los cargos administrativos de las Estaciones y Distritos, en su gran mayoría los ocupan quienes son muy cercanos a los comandantes y estos aprovechan para ubicar en estos puestos a los más allegados, por lo cual sin lugar a dudas no iban a declarar contra sus amigos más allegados.

La ubicación de su hijo en el cargo de custodio de la Fiscalía es una excepción a esa regla general, pues fue asignado a ese cargo como estímulo por su profesionalismo y su gran labor, lo cual generó envidia entre sus compañeros, toda vez que en diferentes oportunidades éste la llamaba preocupado y triste por esa situación en las que le señalaba que se encontraba tentado a solicitar el traslado.

Afirma que con las anteriores razones controvierte los argumentos del A-quo cuando

afirma que no aparecía en el expediente la más mínima prueba demostrativa de la existencia de algunas animadversiones entre los declarantes y su hijo, ya que para él, los declarantes no tenían ningún motivo para intentar perjudicar a su hijo, pero si se revisan las declaraciones de los escuchados, en ninguna de estas, se trató de establecer alguna clase de motivos que tuvieran en su contra.

Señala que prueba de esa irregularidad es el hecho que misteriosamente solo se pusiera en conocimiento la pérdida del radio dos días después de la pérdida, cuando la orden de los superiores era que se debían entregar los elementos dados para el servicio al término del turno de vigilancia, por lo que los integrantes de la sala de radios estaban obligados a informar el hecho de manera inmediata, como, lo asegura el PT. JOSE LUIS VARGAS.

Advierte que otra evidencia de la confabulación de los policiales de la plana mayor de la estación de Rio Negro, se observa en el hecho que los policiales RESTREPO FORONDA y VARGAS MARTINEZ afirman que al día siguiente cuando su hijo se presentó a recibir el turno, le dijeron que el día anterior no había entregado el radio por eso no se lo entregaban, sin embargo, el IT. LOPEZ RUEDA afirma que se puso a verificar la entrega de radios y se dio cuenta que faltaba uno, el asignado a su hijo,

contradicciones que muestran con demarcada contundencia que se confabularon en contra de su hijo, mintiendo para involucrarlo, no obstante, el Juzgado DEANT les dio total credibilidad.

Afirma que después de estos hechos su hijo fue trasladado para una población del Urabá y en unas vacaciones que vino a visitarla, tuvo un accidente de tránsito muy grave que le dejó secuelas mentales permanentes que le impiden valerse por sí solo, ya que siempre está inconsciente, no puede realizar ningún tipo de actividad para defenderse, por ello, ella tiene que atenderlo siempre, desde bañarlo, darle la comida, etc., pues se encuentra postrado en una cama.

Por las anteriores razones estima que es injusto que a una persona que se encuentra postrada en una cama sin la más mínima posibilidad de valerse por sí mismo, se le vaya a cobrar una multa tan elevada, cuando es ella quien tiene que lidiar con su hijo de por vida y lo poco que les llega no les alcanza para el sustento, por ello, solicita que no se le haga efectiva la pena de multa.

DE LA POSTERIOR PETICION

Como se señaló, estando el proceso en esta instancia, la señora AYDE DE JESUS MONTOYA

RUEDA, madre del enjuiciado, presenta un escrito en el que solicita nuevamente que no se le haga efectiva la multa impuesta por el Juzgado de Primera Instancia, en la que afirma que esa condena fue injusta y por el estado en que se encuentra su hijo no se pudo defender.

Insiste en que su hijo se encuentra muy enfermo, con demencia postraumática por lo cual requiere ayuda para realizar todas actividades básicas personales pues no reconoce a las personas, hay que bañarlo, vestirlo, darle los alimentos, ayudarlo para movilizarse, por lo que considera que se le están vulnerando los derechos humanos y que ellos como padres están muy viejos, son muy pobres, no cuentan con trabajo y tampoco con medios para sufragar la multa; allega fotocopia ilegible de unos documentos.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El DR. ARQUIMEDES SEPULVEDA Procurador Judicial 131 ante esta Instancia, emitió concepto en el que señala que *"al reunirse los elementos de juicio necesarios para predicar en grado de certeza no solo la comisión del hecho materia de investigación, sino la responsabilidad culposa del procesado, solicito, confirmar la sentencia condenatoria impuesta por el juzgado de primera instancia"*¹⁴.

¹⁴ Folio 326 co 2

Dice que está demostrado en grado de certeza tanto la calidad de sujeto activo de la conducta, como de los hechos y la responsabilidad del procesado, pues el uniformado era conocedor del cuidado que debía tener con los elementos del Estado entregados para el cumplimiento de sus funciones, por lo que debió verificar que el radio se descargara del libro y realizara la anotación s/n por parte del funcionario competente para hacerlo, por lo que estaba demostrado que el procesado fue negligente, descuidado, imprudente e imperito con violación de normas o disposiciones legales.

Finalmente señala que no puede pasar por alto el estado actual de sanidad mental del procesado como consecuencia de un accidente posterior a la ocurrencia de los hechos, conocimiento del que se tiene cuenta por la incipiente referencia que hace el abogado en la alzada y el escrito presentado por su progenitora, por lo cual, resalta que al momento de los hechos el investigado podía comprender la ilicitud de su conducta, por lo que debe ser declarada la imputabilidad, pues estima que esa *"situación de enajenación mental que debe afrontar el acusado, no vulnera en manera alguna derechos fundamentales, ni la pena impuesta atenta contra su dignidad humana"*¹⁵.

¹⁵ Folio 326 co 2

CONSIDERACIONES PREVIAS

Esta Corporación es competente para conocer del presente asunto, conforme a las previsiones de los artículos 238, numeral 3 y 360 del Código Penal Militar, por vía de apelación, para referirse únicamente a los aspectos impugnados y a los que inescindiblemente resulten vinculados al objeto de impugnación, con excepción de la nulidad, de conformidad con el principio de limitación consagrado en el artículo 583 del Estatuto Punitivo Castrense.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Corresponde a esta Sala de Decisión por vía del recurso de apelación entrar a definir atendiendo los argumentos que sustentan el recurso de alzada, si procede o no la revocatoria de la sentencia de condena proferida por el Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía Antioquía en contra del PT. GALEANO MONTOYA¹⁶, por un lado, y por el otro, si se accede a pretensión de la señora madre del procesado de no hacer efectiva la pena de multa, bajo la limitación impuesta al Ad - quem en el artículo 583 de la ley 522 de 1999, para referirse únicamente a los aspectos objeto de la apelación y a los que inescindiblemente resulten vinculados al objeto de impugnación.

¹⁶ Folios 282--301 c.o.2

Consecuente con el anterior supuesto, ha de señalarse que conforme al principio de limitación, el Ad-quem no solo debe pronunciarse sobre los aspectos referidos en el recurso de alzada, sino que además, está facultado para extender su estudio a otras materias inescindibles al objeto de la apelación, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, *"doctrina y jurisprudencia coinciden en concluir que la extensión de la competencia del superior a temas inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación resulta procedente cuando se advierta hacer prevalecer el derecho sustancial o cuando ello influya en la coherencia y la lógica que ha de observarse en la decisión del superior funcional"*¹⁷.

Precisado lo anterior, para el cumplimiento de ese mandato dentro de los límites referidos, la Sala estima prudente concretar los aspectos objeto de la apelación, no sin antes señalar que la única impugnación que se deberá examinar será la presentada por el DR. ALONSO HELI FERNANDEZ DUQUE defensor público del procesado, dado que es el único legitimado como sujeto procesal dentro del expediente, en tanto que la señora AYDE DE JESUS MONTOYA RUEDA, no se encuentra legitimada como parte dentro del proceso, como se explicará adelante.

El DR. ALONSO HELI FERNANDEZ DUQUE defensor público del procesado solicita que "se sirvan

¹⁷ Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal.- Radicado 23259 – Sentencia del 23 de Marzo de 2006.- MP. DR. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

revocar en forma absoluta la sentencia condenatoria proferida contra mi representado y lo absuelva para bien de la justicia y la verdad"¹⁸, en cuanto estima que su procurado no es responsable del delito de peculado culposo, pues no actuó con negligencia al haber entregado el radio a RESTREPO FORONDA confiado como muchas veces lo había hecho y "el hecho de haber confiado en la persona a quien le hizo entrega del radio no puede catalogarse como una negligencia o delito ya que se tenía por norma entregar el radio y el operador era la persona quien debía hacer la anotación"¹⁹, por ello estima que actuó conforme al principio de la buena fe, en tanto que de acuerdo a lo ordenado, al no estar el radio operador de la estación se le podía entregar a cualquiera de la sala, por ello su defendido se lo entregó a RESTREPO FORONDA y se retiró confiado a descansar.

Si bien es cierto, como antes se precisó, la señora AYDE DE JESUS MONTOYA RUEDA progenitora del procesado no está legitimada dentro del proceso como sujeto procesal, la Sala estima prudente recordar los aspectos centrales de su escrito, en tanto que lo expresado en el líbello tiene una estrecha relación con los argumentos en los que el defensor funda la impugnación, los expone con mayor amplitud y los dirige de manera expresa a atacar los testimonios en los que el A-quo funda la decisión.

¹⁸ Folio 307 co 2

¹⁹ Folio 305 co 2

Señala la citada ciudadana que GALEANO MONTOYA estaba siendo objeto de animadversión por parte de sus compañeros, por envidia, al habersele dado la oportunidad del cargo que desempeñaba en el área administrativa, por lo que sus compañeros de la sala de radio omitieron información y sólo dos días después manifestaron que el radio de comunicaciones estaba extraviado, además por la amistad que existía entre estos no declararían en contra de ninguno de ellos y se confabularon en contra de su hijo, igualmente, que existe contradicciones en sus testimonios y a pesar de ello, el Juzgado de Instancia les da toda la credibilidad afirmando que no aparece la más mínima prueba demostrativa de la existencia de alguna animadversión.

De otro lado indica que su hijo no pudo asumir la defensa en debida forma por cuanto fue objeto de un accidente de tránsito grave, en el que se le ocasionaron lesiones y secuelas mentales severas de por vida, las que le impiden valerse por sí mismo, quedando esa defensa en cabeza del abogado defensor, el que muy poco hizo dentro de la actuación, vulnerándose de manera clara el derecho de defensa, amén de ello, no poseen los recursos económicos para pagar la multa impuesta a su hijo y por la incapacidad sufrida, le tocaría asumirla a ella, quien es una persona mayor y sin ningún tipo de pensión de vejez.

Así las cosas, los aspectos en los que se concentrará el examen de la Sala serán los tratados por el DR. ALONSO HELI FERNANDEZ DUQUE defensor público del procesado, dado que es el único legitimado en la causa, no obstante, algunos de los aspectos referidos en el escrito presentado como apelación por la señora AYDE DE JESUS MONTOYA RUEDA progenitora del procesado, dado que tienen una estrecha relación con las hipótesis planteadas por el defensor, se consideran inescindibles al objeto de la apelación, conforme al principio de limitación y bajo ese entendido, se examinarán de manera conjunta.

Finalmente, en relación con la petición presentada por la señora AYDE DE JESUS MONTOYA RUEDA progenitora del procesado, cuando el expediente se encontraba en esta instancia, se le dará respuesta dentro de esta misma providencia, congruente con la decisión que se ha de adoptar.

1.- De la falta de legitimación de la señora AYDE DE JESUS MONTOYA RUEDA, como condición necesaria para impugnar la decisión.

Como se señaló arriba, la providencia fue impugnada por el DR. ALONSO HELI FERNANDEZ DUQUE defensor público del procesado, pero igualmente presentó escrito de impugnación la

señora AYDE DE JESUS MONTOYA RUEDA progenitora del procesado, ciudadana que no se encuentra legitimada en la causa como sujeto procesal y a pesar de ello, el Juzgado de Conocimiento en el auto adiado el 2 de octubre de 2015, se limita simplemente a conceder el recurso en el efecto suspensivo y no expresa nada en relación con la impugnación presentada por la señora MONTOYA RUEDA.

Ha de recordarse que frente al recurso de apelación el funcionario de primera instancia debe examinar varios aspectos con el objeto de decidir si lo rechaza, lo declara desierto, o lo concede, *"entre ellos: a) la capacidad para interponer el recurso; b) el interés para recurrir; c) la oportunidad para proponerlo; d) su procedencia; y e) su motivación o sustentación, presupuestos todos ellos concurrentes, por lo mismo, al faltar uno, el mecanismo interpuesto resulta improcedente y su tramitación será imposible"* (CSJ CP 33494 14 ABRIL 2010).

Para el caso el Juez de Primera Instancia del Departamento de Policía Antioquia, debió verificar si la señora AYDE MONTOYA RUEDA tenía la capacidad procesal y el interés jurídico para actuar e impugnar la decisión, esto es, si estaba legitimada en la causa, de no estarlo debió rechazar de plano el recurso (CSJ CP RAD. 1024-214, 43001, 5 marzo 2014)²⁰.

²⁰ "Solamente cuando quien interpone el recurso tiene legitimidad para ello, interés procesal, además lo sustenta de manera suficiente y oportuna, **se concede** el recurso y, solo así se activa la competencia de la segunda instancia"

Examinado el proceso, la Sala encuentra que la impugnación presentada por la señora MONTOYA RUEDA debió ser rechazada de plano por cuanto la recurrente carece de legitimación en la causa, pues si bien es cierto, en gracia de discusión, pudiéramos afirmar que tenía el interés para recurrir, dado que alega que su hijo en este momento no tiene la capacidad para auto determinarse (hecho no demostrado en el proceso) y el mismo fue cobijado con una condena que afecta no solo su libertad, sino además la capacidad económica de la familia, no es menos cierto que, dentro del expediente no está acreditada como sujeto procesal, es decir, no cuenta con la capacidad procesal para actuar, amén de ello, el procesado se halla debidamente representado por un abogado de la Defensoría Pública.

Para entender el anterior planteamiento debemos recordar que en el campo procesal, la capacidad para ser parte consiste en la aptitud que tiene una persona para ser titular de derechos y deberes procesales, de donde deviene la denominada capacidad procesal o "*legitimatío ad processum*", como la denominan algunos tratadistas²¹, que no es otra cosa que la aptitud del sujeto que asume el carácter de parte procesal para ejercer los derechos y las facultades conferidas en la ley, así como para asumir los deberes, las cargas y las

²¹ Juan Montero Aroca, De la legitimación en el proceso civil, Barcelona, Bosch, 2007.

obligaciones que se generan en el proceso para concebir actos procesales válidos.

En ese orden, se hace necesario distinguir entre legitimación y capacidad, aunque a veces aparecen confundidas en el lenguaje común, incluso en el lenguaje jurídico común a pesar que se trata de nociones diferentes que designan conceptos igualmente disímiles, en tanto que la capacidad no es más que la aptitud genérica para ser titular de derechos y de deberes (*capacidad para ser parte*), y, la legitimación la aptitud para poder ejercerlos válidamente en el proceso, que como se dijo algunos autores denominan capacidad procesal, es decir, la manifestación en la esfera del proceso judicial de la personalidad o capacidad jurídica para obrar válidamente en relación con el fondo del asunto, por ello, la jurisprudencia se refiere a la capacidad con la expresión legitimación "*ad processum*" y a la legitimación propiamente dicha, como legitimación "*ad causam*". (CSJ CP Radicado 22758 23 de febrero de 2005 DRA. MARINA PULIDO DE BARON)²².

Atendiendo lo preceptuado en el Título Quinto, del libro tercero de la ley 522 de 1999, al consagrar los intervinientes en la relación

²²"La **legitimación en el proceso** constituye uno de los presupuestos de procedencia de la impugnación de las providencias judiciales, en virtud de la cual, es preciso que el recurrente ostente la condición de sujeto procesal habilitado para actuar.

Adicional al anterior también se encuentra la **legitimación en la causa**, presupuesto que exige de manera imprescindible que al impugnante le asista interés jurídico para atacar el proveído, esto es, que la decisión le cause perjuicio a sus intereses, pues no hay lugar a inconformidad frente a providencias que le reporten un beneficio o que simplemente no lo perjudiquen"

procesal que denomina "SUJETOS PROCESALES", precisa de manera taxativa que serán el Ministerio Público, la Fiscalía Penal Militar, el Procesado, el Defensor y la Parte Civil, sin que dentro de ese listado pueda asimilarse como sujeto procesal los integrantes del grupo familiar del procesado, para el caso la señora madre del enjuiciado.

De otro lado, debe advertirse que dentro del proceso no obra prueba que el procesado JHON FABER GALEANO MONTOYA haya sido declarado interdicto y que como consecuencia de esa declaración se le haya nombrado como curador a la señora AYDE MONTOYA RUEDA, solo se encuentra las alegaciones de la citada que afirma que su hijo sufre demencia postraumática que no le permite valerse por sí mismo, aserción que respalda en unas fotocopias ilegibles.

Igualmente, obra en el proceso copia de la historia clínica de la que se infiere unas lesiones que al parecer le causaron un trauma psicológico, pero no obra dictamen médico legal que así lo determine, solo se evidencia que se intentó por parte del Juzgado Primario conseguir esa pericia con miras a declararlo inimputable, con resultados negativos.

No obstante, tales elementos de juicio no llevan a predicar la condición de sujeto procesal de la señora MONTOYA RUEDA, como

tampoco de curador del procesado, debiendo resaltar que dentro del proceso ha contado con defensa técnica durante toda la actuación.

Consecuente con las anteriores razones, la señora AYDE MONTOYA RUEDA no puede ser tratada como sujeto procesal, por cuanto no cuenta con capacidad procesal para actuar, como tampoco legitimación para impugnar la sentencia condenatoria, en consecuencia, la apelación presentada por la citada ciudadana debe ser rechazada de plano y la Sala se deberá abstener de pronunciarse respecto de ese recurso.

2.- Del delito de peculado culposo.

Como aspecto inescindible vinculado de manera directa al objeto de la impugnación, con el fin imprimir la coherencia y la lógica necesaria a la argumentación en la que se debe fundar la decisión que aquí se debe adoptar, resulta imprescindible realizar algunas consideraciones en relación con la estructuración del delito de peculado culposo, partiendo de la descripción inequívoca que realiza la ley punitiva, de este reato.

En el caso sub júdice, se le imputa al procesado la comisión del punible de peculado culposo descrito en el artículo 182 de la ley 522 de 1999, atendiendo la imputación jurídica que realiza la Fiscalía 157 Penal Militar en la

resolución de acusación²³ y que mantiene el Juez de Primera Instancia del Departamento de Policía Antioquia en la sentencia condenatoria²⁴, objeto de impugnación por parte de la defensa.

Consonante con la anterior precisión, se debe recordar que a las voces del artículo 182 del Código Penal Militar, Ley 522 de 1.999, incurre en este comportamiento reprochado punitivamente, *"El que respecto a bienes del estado o empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, custodia o tenencia se le hayan confiado por razón o con ocasión de sus funciones, por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen"*.

El legislador al extender este comportamiento como conducta reprochada penalmente, además de pretender proteger el patrimonio del Estado, recriminando no la voluntad de apropiarse del bien porque estaríamos frente a otro tipo penal, sino la mengua del patrimonio público **por la pérdida, extravío o daño causado al bien**, igualmente, busca que se sancione la ofensa al deber de fidelidad y probidad del servidor público para con la administración pública, en esencia, la traición a la confianza depositada por la administración en el funcionario cuando éste por negligencia, imprudencia e impericia, esto es, por violación al deber objetivo de cuidado dé lugar a que esos

²³ Folios 222- 233 co 2

²⁴ Folio 282 - 301 co 2

bienes puestos bajo su cuidado, custodia, tenencia o administración, de lugar a que se extravíen, pierdan o dañen.

Atendiendo la descripción típica que el legislador hizo del delito de peculado culposo, indiscutiblemente se ha de señalar que para su estructuración se requiere de unos elementos esenciales: a) un sujeto activo que necesariamente tiene que ser cualificado - Servidor Público-, para el caso concreto y dado que se trata de un delito militarizado, tiene que ser un miembro de la fuerza pública en servicio activo; b) la existencia de la relación funcional entre el sujeto activo de la conducta y el bien, esto es que, efectivamente a ese sujeto activo se le haya confiado la administración, custodia o tenencia de bienes del estado o de instituciones en que este tenga parte o de particulares, por razón o con ocasión de sus funciones; c) el extravío, pérdida o daño del bien recibido bajo custodia, cuya producción sea el resultado de una conducta culposa del autor. (CSJ CP RADICADO 19746 19 febrero 2006)²⁵.

²⁵ "4. Tipo penal que exige la presencia de un sujeto activo cualificado comoquiera que tiene que ostentar la condición de empleado oficial (hoy servidor público); quien con su conducta ha de ocasionar el extravío, pérdida o daño de los bienes que están bajo su administración, tenencia o custodia por razón (o con ocasión) de sus funciones; resultado que debe surgir como la consecuencia de su actuar culposo o imprudente, y mediar relación de determinación o causalidad entre la conducta imprudente y el extravío, pérdida o daño de los bienes.

(...)

4.1. Así entonces, el tipo objetivo del delito culposo estará compuesto por los elementos que integran el supuesto de hecho bien sean descriptivos o normativos.

4.1.1. El sujeto puede ser indeterminado o calificado como sucede con el peculado culposo que exige la condición de servidor público.

4.1.2. La acción, se traduce en la ejecución de una conducta orientada a obtener un resultado diferente al previsto en el tipo correspondiente.

4.1.3. Requiere la presencia de un resultado físico no conocido y querido por el autor, que sirve de punto de partida para identificar el cuidado objetivo". Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal.- Radicado No. 19746 - Sentencia del 19 de febrero de 2006.- MP: DR. EDGAR LOMBANA TRUJILLO

El problema jurídico que se presenta en el caso bajo estudio, está referido al tercer elemento estructural representado en la pérdida del radio de comunicaciones marca Motorola XTS 4250 serie 721CKX0773 de propiedad de la Policía Nacional, entregado el día 2 de junio de 2010, al PT. JHON FABER GALEANO MONTOYA para el servicio de custodio del Palacio de Justicia del municipio de Rionegro (Antioquia), resultado dañino que se produjo según el Juez de Conocimiento por violación al deber objetivo de cuidado, mientras que para el apelante, su defendido no actuó de manera negligente.

Para resolver la contradicción presentada entre el Juez de Primera Instancia y la defensa, no se hace necesario entrar a examinar todos los elementos estructurales del tipo, pues la controversia se presenta solamente sobre la acreditación de la vulneración del deber objetivo de cuidado, concretamente en la omisión del protocolo establecido para la devolución del radio a la sala de comunicaciones, contexto que necesariamente nos remite al acontecer fáctico a partir del cual nos llevaría a realizar inicialmente el examen de tipicidad.

Ello por cuanto para la imputación del delito de peculado culposo, no solo se requiere la demostración de la calidad de sujeto activo

cualificado, la relación funcional del bien con el sujeto y la pérdida, extravío o daño del bien, sino que además, debe estar demostrado que la culpa del servidor público que tenía la custodia, fue el factor determinante del resultado (CSJ CP RADICADO 25166 24 enero 2007)²⁶, en tanto que, de encontrar que no se halla acreditada la violación del deber objetivo de cuidado como elemento subjetivo del tipo, se estaría impactando directamente la tipicidad y se haría nugatorio, cualquier otro juicio de valoración.

En suma, ha de señalarse que para la imputación del delito de peculado culposo deben estar acreditados todos los elementos que estructuran el tipo penal, incluida la relación de causalidad, dado que se trata de un delito de resultado en sentido naturalístico traducido en una modificación del mundo exterior, a partir del cual debe verificarse la violación del deber objetivo de cuidado, por parte del servidor público que tenía a su cargo el bien.

3.- Del caso concreto.

²⁶Según la descripción de la figura típica, para la comisión del delito de peculado culposo, desde el punto de vista objetivo, se requiere no sólo tener la calidad de servidor público del actor, ... sino que adicionalmente, producto de la negligencia, incuria, inobservancia de los reglamentos, falta de atención, los bienes puestos a su cuidado se extravíen, pierdan o deterioren de manera total o parcial y que sea la culpa el factor determinante en la degradación, deterioro o pérdida de los bienes objeto de custodia por parte del servidor público.

(...)

Este análisis se hace imprescindible, en tanto que **sólo se tipifica la conducta en el momento mismo en que confluye la culpa del servidor público con el resultado pérdida o extravío del objeto material puesto a su cuidado**, mediante un mandato jurídico -que puede serlo a través de un reglamento-, **pues en su defecto, resulta evidente la carencia de uno de los elementos estructurales para que la acción sea tenida como jurídicamente relevante, para luego adecuarla a las exigencias dogmáticas que para el caso concreto exige el tipo penal de peculado culposo**" (resaltos fuera de texto). CSJ CP Radicado 25166 – Sentencia del 24 de enero de 2007.- MP: DR. SIGIFREDO ESPINOSA PEREZ.

Recordemos que el DR. ALONSO HELI FERNANDEZ DUQUE defensor público del procesado afirma que el PT. JHON FABER GALEANO MONTOYA no es responsable del delito de peculado culposo, pues no actuó con negligencia al haber entregado el radio a RESTREPO FORONDA dado que al no estar el radio operador de la estación se le podía entregar a cualquiera de la sala, siendo éste quien debía hacer la anotación, por ello, lo entregó al citado policial confiado como muchas veces lo había hecho, por ello estima que actuó conforme al principio de la buena fe y se retiró confiado a descansar.

Con los anteriores planteamientos ataca los argumentos en los que el Juez de Primera Instancia funda la decisión de condena afianzado en las hipótesis en las que la Fiscalía sustenta la acusación, en esa medida, se hace necesario recordar que el ente acusador en la resolución de acusación señala que el Patrullero *"GALEANO MONTOYA se sustrajo al deber de cuidado que le asistía con el radio asignado para el servicio, como quiera que se avizora que no realizó el procedimiento establecido frente a su entrega, que era entregándolo al policial que tenía la función directa y exclusiva de recibirlo y verificar que le hicieran el correspondiente registro en su presencia de S/N, lo que implica que el descuido se presenta en circunstancias evitables y previsibles con mínima diligencia por parte del policial, hacen que sea palmaria la negligencia con que actuó el patrullero GALEANO MONTOYA"*²⁷.

²⁷ Folios 232 co 2

Acatando los planteamientos de la Fiscalía, el Juez de Conocimiento señala, "El Policial actuó con **Culpa**, pues vulneró el deber objetivo de cuidado, no hizo entrega del radio en debida forma y a la persona encargada de ello; del caudal probatorio se concluye que en la sala de radio a pesar de haber varios funcionarios laborando, era solo a uno de ellos a quien se le debía entregar el equipo y que en caso de necesidad se podía entregar a otro de los funcionarios que laboran en esta sala, pero siempre bajo el cuidado celoso del policial verificando que el equipo le fuera descargado con las letras s/n que significa sin novedad, y que tuviese la claridad a quien le entregaba el bien"²⁸, contexto que constituye el objeto de impugnación por parte del defensor del procesado.

El hecho circunstancial por el que tanto la Fiscalía como el Juez de Conocimiento, imputan la comisión del punible de peculado culposo al aquí enjuiciado, se centra en que el PT. GALEANO MONTOYA no entregó el arma al radio operador encargado de recibirlo como estaba ordenado, sino a otro policial y no verificó que le colocaran en el libro de minuta S/N, no obstante, el Juez Primario acepta que en caso de necesidad podía entregarlo a otro.

Así las cosas, atendiendo los planteamientos del recurrente, el problema a resolver es si efectivamente dentro del protocolo determinado en la Estación de Policía Rionegro, estaba

²⁸ Folio 290 vltó co 2

establecido que al terminar el turno de servicio, el radio de comunicaciones podía entregarse a cualesquiera de los radio operadores que laboraban en la sala de radio o si por el contrario, debía entregarlo solamente a uno de ellos, igualmente, como debía realizarse esa entrega y si se observó el procedimiento establecido, pues la pérdida del radio de comunicaciones entregado para el servicio al procesado, tanto el enjuiciado como la defensa asumen como acontecer factico probado dentro del proceso.

En esa medida, lo primero que debe determinarse son las circunstancias en que se presentó el hecho y en segundo lugar, si efectivamente, conforme a la teoría de la imputación objetiva, no es posible imputar la comisión de la conducta al aquí condenado e igualmente, si efectivamente el aquí enjuiciado actuó dentro de los límites establecidos en el principio de confianza, que el apelante plantea de manera confusa, pues si bien es cierto, en forma expresa alega que su defendido actuó de buena fe, el desarrollo de ese planteamiento lo reduce al principio de confianza.

3.1.- De la imputación del peculado culposo como delito imprudente.

Antes de abordar este aspecto, debemos recordar que en el numeral 2 se concluyó que el problema

jurídico a resolver en el caso bajo estudio, estaba referido a la acreditación del tercer elemento estructural del tipo penal de peculado culposo, representado en la pérdida del radio de comunicaciones, centrando la controversia solamente sobre la acreditación de la vulneración del deber objetivo de cuidado.

En esa medida al afrontar el estudio de este tema, debemos recordar que la conducta debe entenderse en sentido amplio como una acción, razón por la cual, el estudio del tipo penal debe comprender en esencia el examen de los elementos objetivos y subjetivos que estructuran el delito atendiendo el principio de estricta legalidad, juicio de valoración que conlleva a la adecuación del supuesto fáctico en el contenido de la descripción inequívoca de la conducta punible, que ha hecho el legislador.

De manera general el aspecto objetivo del tipo penal comprende los sujetos activo y pasivo, la acción o conducta, el bien jurídico, el objeto de la acción, el resultado y el nexo de causalidad entendido como la relación directa de la acción o conducta con el resultado, que comprende no solo el plano naturalístico sino también jurídico.

El anterior planteamiento encuentra su fundamento en la teoría de la imputación

objetiva que, como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia²⁹, se alimenta de una serie de conceptos en constante desarrollo, los cuales no son estáticos, ni aislados, contexto que necesariamente implica que se deben armonizar de manera sistemática y coherente, entre sí y con el ordenamiento jurídico para garantizar los principios de legalidad y derecho de defensa, en suma, para materializar el derecho a un debido proceso (CSJ CP Radicado 28124, 22 de mayo de 2008)³⁰.

Este tema no es nuevo en nuestra jurisdicción especial y esta sala decisión en anteriores oportunidades, con suficiencia argumentativa ha señalado que se han establecido varios criterios para determinar la relación de riesgo como presupuesto necesario para la estructuración de la imputación objetiva en aquellos delitos de resultado:

"El planteamiento anteriormente expuesto lo abordará la Sala de Decisión, realizando algunas precisiones sobre la dogmática jurídica que gobierna la imputación objetiva en los delitos de resultado, en primer término se ha de recordar que ella contiene dos grandes estructuras, i) la primera tiene que ver con la imputación de comportamientos, y ii) la segunda se refiere a la imputación de resultados, y con ellos, se debe analizar primero, si se ha realizado como conducta que está prohibida, y

²⁹ Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal.- Radicado 28124 – Sentencia del 22 de Mayo de 2008.- MP: DR. JAVIER ZAPATA ORTIZ.

³⁰ "2.4 Las teorías de la imputación objetiva se nutren de una serie de conceptos no estáticos, sino en constante evolución y muchos de ellos aún en proceso constructivo, gracias a la incesante crítica, que tiende a mejorarlos, reevaluarlos e inclusive a sugerir la inaplicación. Por lo tanto, sus nociones deben articularse en modo coherente y sistemático, entre sí y con el ordenamiento jurídico colombiano, para no arribar a resultados indeseables, como puede suceder cuando se aíslan contenidos o se toman apartes descontextualizados, con el fin de moldearlos hasta hacerlos coincidir con algún factor constitutivo de la responsabilidad penal derivada de la conducta culpable".

luego, frente al resultado si éste es la concreción de aquellas conductas prohibidas.

De lo anteriormente expuesto y en términos muy generales, tenemos que, a partir de la causalidad, en los tipos que la requieren como en los imprudentes, se pasa a valorar i) en primer lugar si el sujeto agente tiene una posición de garante ya sea por institución o por organización, ii) en segundo lugar, avanzar para valorar si el comportamiento del sujeto ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, y así, iii) entrar en tercer lugar a valorar la relación de riesgo, es decir, si aquél riesgo jurídicamente desaprobado se concretó en el resultado. Así lo ha enseñado la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

"La imputación de una conducta o un resultado en derecho penal, depende del ámbito de competencia a que corresponda su protección. Para su delimitación (la del ámbito de competencia) hay que precisar en primer lugar (1) cuál es la posición de garantía que tiene el sujeto (si esta se origina en la creación de riesgos o en roles institucionales) y cuáles son los deberes que surgen de ella. Establecido este elemento, (2) hay cuatro que sirven para concretar el juicio de imputación: i) el riesgo permitido que autoriza la creación de peligros dentro de los límites que la sociedad va tolerando en virtud de las necesidades de desarrollo, ii) el principio de confianza, indispensable para que pueda darse una división del trabajo y que le permite al sujeto delegar ciertas tareas sobre la base de que los demás son personas autorresponsables que cumplirán con la expectativas que surgen de una determinada función, iii) las acciones a propio riesgo, en las cuales se imputa a la víctima las conductas que son producto de la violación de sus deberes de autoprotección y iv) la prohibición de regreso, según la cual, el favorecimiento de conductas dolosas o culposas por un tercero, no le son imputables a quien las hubiere facilitado dentro del riesgo permitido. Demostrada la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, se requiere además (3) una realización del riesgo. Es decir, que el mismo riesgo creado para el sujeto sea el que se concrete en la producción del resultado. Criterios como el fin de protección de la norma de diligencia, la elevación del riesgo y el comportamiento doloso o gravemente imprudente de la víctima o un tercero, sirven para saber cuándo se trata de la misma relación de riesgo y no de otra con distinto origen, no atribuible a quien ha creado inicialmente el peligro desaprobado"³¹

³¹ Corte Constitucional, Sentencia SU.1184 de 2001, M.P. Doctor Eduardo Montealegre Lynnet.

También resulta necesario recordar que incluso antes de la estructura del delito consagrada en la Ley 599 de 2000 o de la Ley 522 de 1999, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ya venía desarrollando el instituto de la imputación objetiva como teoría para imputar un resultado a una persona como producto de su acción, exigiendo un nivel naturalístico y tres normativos; esta reflexión para entender la viabilidad de aplicar la imputación objetiva a la solución de controversias en delitos imprudentes como el caso sub judice,..."³²

En suma, de manera general debe precisarse que para realizar la imputación de comportamientos o de resultados, en los tipos penales imprudentes que exigen relación causal, como el caso bajo estudio, además del elemento puramente naturalístico, se requieren tres presupuestos normativos: a) la determinación de la posición de garante; b) la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado; y, c) la concreción del riesgo en el resultado o relación con el resultado; debiéndose precisar que los anteriores criterios, se surten entre otros del principio de confianza, de las acciones a propio riesgo, de la prohibición de regreso y el instituto del riesgo permitido.

Los razonamientos precedentes nos llevan a inferir de manera razonada que, como se trata de los elementos que estructuran el aspecto objetivo del tipo penal, la ausencia de uno de ellos, no permitiría afirmar la coexistencia del nexo causal, por tanto, se presentaría atipicidad de la conducta.

³² Tribunal Superior Militar – Segunda Sala de Decisión.- Radicado 156134 – Providencia del 6 de Mayo de 2011.- MP: TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS.-

En el caso bajo estudio no existe ninguna controversia sobre la posición de garante que ejercía el día de marras el PT. JHON FABER GALEANO sobre el radio de comunicaciones marca Motorola XTS 4250 N. CKX 0773 y la batería, de propiedad de la Policía Nacional, en tanto que estos elementos le habían sido asignados como dotación oficial para el cumplimiento de las funciones de seguridad que debía cumplir en el Palacio de Justicia de Rionegro, en esa medida, pasaremos al estudio del siguiente elemento normativo.

3.1.1. Del riesgo jurídicamente desaprobado

Conveniente resulta señalar que en la interacción social, al hombre le está permitido crear determinados riesgos a bienes jurídicos, así mismo, en la cotidiana relación con esos bienes, debe tomar determinados riesgos que le permitan un desenvolvimiento corriente y adecuado dentro de la comunidad en la cual se entroniza, pero como contrapartida para el ejercicio de esa libertad, debe adoptar algunas medidas de seguridad para evitar que el riesgo se exteriorice más allá del riesgo permitido.

Por ello, resulta importante destacar que al imputar la comisión de un delito culposo, se hace necesario establecer cuál es el deber de cuidado exigible en el caso concreto, es decir,

la conducta corriente que debe desarrollar dentro del tráfico social en que se desenvuelve el sujeto activo, para establecer si su actuar fue precavido, responsable, cuidadoso, reflexivo, sensato y diligente.

La determinación de la existencia o no de un riesgo jurídicamente permitido, se construye con los criterios del ordenamiento jurídico, experiencia de vida y/o el juicio comparativo entre la conducta del hombre medio y el sujeto agente, presupuestos que fueron desarrollados en forma confusa en la sentencia impugnada, e igualmente la defensa, solo hace referencia en forma tangencial, imprecisa e indeterminada.

Bajo el esquema señalado en precedencia, para determinar la existencia o no de un riesgo jurídicamente desaprobado, el primer criterio que se debe abordar es el del ordenamiento jurídico, como quiera que la teoría de la imputación objetiva se enarbola en la concepción jurídica de la conducta socialmente relevante, en cuanto solo se puede imputar objetivamente el resultado a una persona, cuando transgrede un deber que previamente ha sido impuesto a través de una norma de carácter legal, corrientemente plasmada en reglamentos, el cual debe estar vinculado causalmente con la acción u omisión del sujeto agente.

De manera secundaria ante la ausencia normativa, se debe recurrir al discernimiento del juicio comparativo o el actuar conforme se le hubiere exigido a otra persona en igualdad de condiciones, denominado por algunos teóricos el criterio del hombre medio, como quiera que sólo se debe recurrir a las experiencias de la vida o al juicio comparativo en caso de no poderse colegir el riesgo a partir del ordenamiento jurídico, en tanto que éste, ha previsto unas prohibiciones y unos deberes, por ello, una conducta que va más allá de ese ordenamiento, conlleva a la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.

3.1.1.1.- Del procedimiento previsto en la Estación de Policía RioNegro, para la entrega y devolución de los radios de comunicaciones.

Como punto de partida, debemos señalar que es un hecho cierto y probado que el día 2 de junio de 2010 le fue asignado el radio de comunicaciones Motorola XTS 4250 serie 721CKX0773 al PT. JHON FABER GALEANO MONTOYA, según registro realizado en el libro minuta de control de radios del 123 de la estación de Rionegro (Antioquia), como medio de comunicación para el servicio de custodio en el Palacio de Justicia de esa localidad, sin que aparezca registro de su devolución en la citada minuta, estando demostrado que tal elemento se extravió, sin que a la fecha se tenga noticia

de haber sido recuperado y así lo resalta la sentencia impugnada.

Valorado el material probatorio allegado al expediente, en lo que se refiere a la reglamentación existente para la data de los hechos en la Estación de Policía Rionegro, sobre la devolución de los elementos de comunicaciones al finalizar el turno de servicio, encuentra la sala que no se allegó al expediente ningún reglamento, norma, disposición o instructivo en que se sistematice o se determine el procedimiento que se debe seguir, no obstante, testimonialmente se acredita que estaba ordenado que tales elementos debían ser devueltos al finalizar el turno de servicio.

En la sala de radio a la que se refieren tanto el procesado como los testigos, laboraban por turno cinco policiales "el radio operador del distrito, el radio operador de la estación, el que manejaba las cámaras, el radio operador de la red de apoyo y el jefe del CAD"³³, según lo relata el PT. ALEJANDRO GARCIA TORO quien fungía como radio operador del distrito, circunstancia en la que convergen los policiales PT. JUAN CARLOS RESTREPO FORONDA³⁴ (radio operador distrito), PT. JOSE LUIS VARGAS MARTINEZ³⁵ (radio operador estación y jefe comunicaciones), IT. IVAN DARIO

³³ Folio 168 co 1

³⁴ Folio 21 – 24 co 1

³⁵ Folios 26 – 30 co 1

LOPEZ RUEDA³⁶ (jefe sala de radios), PT. JOHN JAIRO PAZ CONTRERAS³⁷ (vigilancia) y PT. GLORIA INES SOTO ARIAS³⁸ (guardia y bancos), el puesto del radio operador del distrito se encontraba ubicado justo en la puerta de ingreso a esa dependencia.

Muestran igualmente los medios de prueba de orden testimonial, que la orden que existía en la Estación de Policía Rionegro en relación con los elementos entregados para el servicio, era devolvernos al finalizar el turno, en relación con los radios se debían devolver a la sala de radio y para la época de los hechos, se registraba la entrega y devolución del radio en un libro denominado "*MINUTA DE ASIGNACION DE RADIOS DE COMUNICACIONES*" a cargo del radio operador.

Señalan al unísono los policiales PT. JUAN CARLOS RESTREPO FORONDA³⁹, PT. JOSE LUIS VARGAS MARTINEZ⁴⁰, IT. IVAN DARIO LOPEZ RUEDA⁴¹, PT. JOHN JAIRO PAZ CONTRERAS⁴², PT. ALEJANDRO GARCIA TORO⁴³ y PT. GLORIA INES SOTO ARIAS⁴⁴ que para la data de los hechos, al finalizar el turno el radio operador que recibía el radio registraba solamente "S/N", lo cual indicaba que había sido recibido sin novedad, pero que el policía que estaba devolviendo ese elemento no tenía

³⁶ Folios 91 – 95 co 1

³⁷ Folios 130 – 132 co 1

³⁸ Folios 172 – 174 co 1

³⁹ Folio 21 – 24 co 1

⁴⁰ Folios 26 – 30 co 1

⁴¹ Folios 91 – 95 co 1

⁴² Folios 130 – 132 co 1

⁴³ Folios 167 – 170 co 1

⁴⁴ Folios 172 – 174 co 1

que firmar, solo a partir de la fecha en que se presentó esa novedad, se dispuso que quien entregaba debía firmar, registrando la hora y fecha de devolución.

Pero, ¿a quién y en qué forma se debía devolver el radio?, la mayoría refieren que se debía entregar al radio operador de la estación (123), pero coinciden en que como el servicio de radio operador se prestaba en turnos de doce (12) horas seguidas, mientras el uniformado tomaba sus alimentos, iba al baño, etc., era remplazado por cualesquiera de los que laboraban en esa dependencia, por tanto los radios eran recibidos por cualesquiera de los radio operadores, en especial por los del distrito pues eran quienes estaban junto a la puerta de ingreso.

Refiere el PT. JUAN CARLOS RESTREPO FORONDA que para la citada fecha se encontraba de radio operador del distrito, *"efectivamente mi puesto queda al lado de la puerta, pero dentro de mis funciones no está ni entregar ni recibir radios"*⁴⁵, pues eso le corresponde a los radio operadores de la urbana, quienes llevan un libro y una vez recibido le colocan s/n y lo guardan en un cajón, no obstante, señala que *"los radio operadores de la urbana solo se ausentan en la hora del almuerzo y cuando eso sucede siempre hacen la anotación en el libro de ellos no sé si es la minuta de servicios del 1.2.3 o de vigilancia del 1.2.3, ellos anotan quien*

⁴⁵ Folio 23 co 1

*queda encargado ya sea del distrito o el de apoyo, si van a ir al baño o una necesidad básica y salen es ahí cerca"*⁴⁶.

El PT. JOSE LUIS VARGAS MARTINEZ⁴⁷ Jefe de Comunicaciones de la Estación de Policía Rionegro y radio operador, señala que al finalizar el turno de servicio los policías deben entregar los radios al radio operador del 1.2.3, este lo recibe y anota en el libro s/n y luego lo guarda en un cajón y refiere que en oportunidades queda otro encargado *"cuando de pronto uno va a ir al baño o se demora haciendo una diligencia, eso son como 5 o 10 minutos y se supone que quien entrega el radio debe verificar que se le descargue"*⁴⁸.

Por su parte el PT. JOHN JAIRO PAZ CONTRERAS refiere que *"había que entregarle el radio a los del 1.2.3, pero a veces no estaban los del 1.2.3 entonces se le entregaba a los del distrito y él le hacía el favor a uno"*⁴⁹, señala que él lo *"hizo una que otra vez al del distrito pero eso era muy esporádico"*⁵⁰, pero además afirma que *"la orden era entregar en la sala de radio y como uno no sabía quién era, lo entregaba al que estuviera, estando pendiente de firmar y antes que se lo descargaran"*⁵¹.

Congruente con el anterior testimonio el PT. ALEJANDRO GARCIA TORO quien fungía como radio operador del distrito, señala que el radio

⁴⁶ Folio 22 co 1

⁴⁷ Folios 26 – 30 co 1

⁴⁸ Folio 29 co 2

⁴⁹ Folio 131 co 1

⁵⁰ Folio 131 co 1

⁵¹ Folios 132 – 132 co 1

operador de la estación (123) tenía a su cargo los radios, pero que, "a las horas de las comidas ya que eran turnos de 12 horas el que quedaba pendiente del medio de comunicación de la estación y del 1.2.3 podía recibirlo. No había nadie en específico podía ser cualquiera. ... el jefe de nosotros dio la consigna de hacer entrega de los medios de comunicación en la puerta que era como media puerta"⁵², precisa, "que yo recuerde yo solo recibía cuando el compañero VARGAS salía a comer"⁵³ e insiste en que, "la orden era que lo recibiera el radio operador de estación y cuando otro de los compañeros de la sala de radios quedara encargado lo podía recibir"⁵⁴.

Finalmente el TE. RAMON DAVID VERGEL PASTOR Comandante de la Estación de Policía Rionegro para la data de los hechos, refiere que los radios de comunicaciones "se le entregaba al radio operador de turno de la red urbana o 123 para el municipio de Rionegro o en caso de su ausencia se le entrega a cualquiera de los otros integrantes de la sala de radio"⁵⁵ e insiste en que, "en caso de que el radio operador del 123 no se encontraba por alguna situación, se le entregaba a uno de los radio operadores que estuviere disponible en ese momento"⁵⁶.

Si bien es cierto, como se advirtió, no se demostró documentalmente sobre la existencia de un reglamento interno de la Estación que regulara el procedimiento a seguir en la devolución de los radios de comunicaciones de la Estación Rionegro, también lo es que, testimonialmente se acreditó la existencia de

⁵² Folios 168 - 169 co 1

⁵³ Folio 169 co 1

⁵⁴ Folio 169 co 1

⁵⁵ Folio 160 co 1

⁵⁶ Folio 160 co 1

órdenes que permiten determinar que estos elementos debían ser entregados al término del turno de servicio al radio operador de la Estación, o en su defecto, al radio operador que lo remplazara cuando este se retiraba de su puesto para tomar alimentos, descansar, ir al baño, realizar diligencias, etc., en razón a que los turnos en esa dependencia eran de doce horas.

Igualmente se halla acreditado que tanto la entrega del radio de comunicaciones al inicio del turno, como la devolución al finalizar el mismo, era registrada en el libro denominado "*MINUTA DE ASIGNACION DE RADIOS DE COMUNICACIONES*", el cual se encontraba a cargo del radio operador y era éste quien debía registrar "S/N" en la citada minuta, una vez recibía y revisaba el citado elemento para verificar que lo había recibido sin novedad.

El examen precedente, no solo nos muestra la existencia de órdenes emanadas del Comando de esa Unidad Policial, sino además que, ese era el actuar corriente de todos los institucionales que laboran en esa Estación, que no es otra cosa diferente a lo que se conoce como el actuar del hombre medio, es decir, de los demás policiales en igualdad de condiciones.

3.1.1.2.- De la devolución del radio en caso concreto.

Determinado el protocolo que se debía seguir para la devolución de los radios al terminar el turno de servicios, ahora debemos verificar si la entrega que dice el procesado realizó al finalizar el servicio de custodia del Palacio de Justicia el día 2 de junio a las 18:30 horas, se hizo conforme a lo ordenado o si por el contrario, no se observó tal protocolo y con ello se elevó el riesgo jurídicamente aceptado.

Examinada la providencia impugnada, la Sala encuentra que son muchas las imprecisiones en las que incurre el Juez Primario, desde admitir que efectivamente el enjuiciado entregó el radio al parecer a RESTREPO FORONDA, cuando debía entregarlo al radio operador del 123, para afirmar que por ello desconoció el protocolo previsto, pasando luego a afirmar que el policial no demostró tal entrega y tampoco el estado lo hizo, para insistir nuevamente que GALEANO MONTOYA no observó el protocolo porque no esperó que el policial que recibió el radio lo descargara registrando s/n, hasta finalmente aducir que no era suficiente dejar el radio en la puerta, dando a entender que lo dejó en ese lugar.

Salta de bulto que el examen que hace el Juez sobre la entrega del radio a la Sala de

comunicaciones es general, abstracto, por demás superficial y contradictorio, pues inicialmente afirma en forma lacónica que en "lo atinente a la **culpa** como parte de la tipicidad, debemos manifestar que siendo un elemento normativo, se halla ajustada la conducta a él, pues no hay indicio de intensión alguna sobre apropiación"⁵⁷, sin expresar ninguna otra razón.

Más adelante el Juez señala, "El Policial actuó con **Culpa**, pues vulneró el deber objetivo de cuidado, no hizo entrega del radio en debida forma y a la persona encargada de ello; del caudal probatorio se concluye que en la sala de radio a pesar de haber varios funcionarios laborando, era solo a uno de ellos a quien se le debía entregar el equipo y que en caso de necesidad se podía entregar a otro de los funcionarios que laboran en esta sala, pero siempre bajo el cuidado celoso del policial verificando que el equipo le fuera descargado con las letras s/n que significa sin novedad, y que tuviese la claridad a quien le entregaba el bien"⁵⁸ (subrayas fuera de texto).

Conforme al anterior argumento, son dos las razones en las que el Juez funda la vulneración al deber objetivo de cuidado, la primera que entregó el radio a otro uniformado distinto al que debía hacerlo, en segundo lugar, que en la Sala de radio habían varios funcionarios y en caso de necesidad podía entregarlo a uno de ellos, siempre y cuando verificara que le colocara s/n, lo cual nos lleva a inferir que inicialmente colige que efectivamente el

⁵⁷ Folio 249 vltto co 2

⁵⁸ Folio 290 vltto co 2

procesado entregó el radio, como estaba ordenado.

No obstante, a pesar que el Juez da a entender que el enjuiciado entregó el radio a un policial distinto al que le correspondía esa función, contradictoriamente señala más adelante que pese a que GALEANO afirma que entregó el radio a RESTREPO, *"las pruebas que nutren el proceso tanto las aducidas de oficio como las aportadas por el mismo procesado, desmienten esa posibilidad, pues nunca pudo probar ni el Estado determino que este policial hubiese recibido dicho elemento"*, hipótesis que funda en la ausencia de registro en el libro.

Señala igualmente que, no es suficiente alegar que le entregó el radio a RESTREPO sin presentar prueba que lo respalde y precisa que existen muchas *"inconsistencias que se dejan ver indicativas que no le asiste razón al procesado, nótese que lo importante es que el policial debió observar el protocolo existente para ese momento dispuesto, demostrativo de haber entregado el equipo, el cual se configura con el hecho de haberse quedado pendiente de que el policial a quien le entregó el equipo, se lo hubiese descargado en el libro"*⁵⁹.

Extrañamente después de relacionar varios medios de prueba, afirma *"Ahora, dejar el radio en la puerta de la entrada no es suficiente para entrever una posible causal de exclusión de*

⁵⁹ Folio 292 vltto co 2

responsabilidad”⁶⁰, pues se trata de un lugar a donde acuden muchos policiales a recibir y entregar radios, lo cual lo hace vulnerable.

Las referidas imprecisiones nos llevan a comprender el por qué el apelante alega que la carga de la prueba le corresponde al estado, no al procesado e invoca duda sobre la ocurrencia del hecho y la responsabilidad de su defendido, además, aduce que su defendido no tiene por qué responder por los errores y falencias en que incurrieron los funcionarios.

Ante tales imprecisiones la Sala debe entrar a suplir esa falencia con el fin de resolver la controversia, atendiendo lo demostrado dentro del proceso por los medios de prueba legalmente allegados, debiendo resaltar que dentro del expediente no obra ningún medio de prueba aportado por el enjuiciado, como lo afirma el Juez, solamente se encuentran los decretados y allegados por el Juez de Instrucción.

No nos vamos a detener a examinar la pérdida o extravía del citado elemento, pues sobre ello no se presenta ninguna discusión, la controversia se presenta en si efectivamente como lo afirma el PT. JHON FABER GALEANO entregó ese elemento al PT. RESTREPO FORONDA en la sala de radio y fue dentro de esa dependencia donde se produjo el extravío o si

⁶⁰ Folio 294 vltto co 2

por el contrario, el enjuiciado no cumplió con la obligación de devolver ese bien, dando lugar a la pérdida del elemento.

El PT. JHON FABER GALEANO en informe de fecha 4 de junio de 2010, refiere que a eso de las seis y treinta de la tarde del día 2 de junio de 2010, al término del turno de servicio en el Palacio de Justicia, entregó el armamento en el armerillo y luego se dirigió a la sala de comunicaciones, entregó el radio al PT. JUAN CARLOS RESTREPO FORONDA quien se encontraba a la entrada de esa dependencia, pero que, el día 4 el PT. VARGAS MARTINEZ le informó que no había sido descargado, razón por la cual le reclamó telefónicamente a RESTREPO FORONDA y como este le dijo que ese era su problema, lo denunció ante la Fiscalía, de lo cual obra copia en el proceso⁶¹.

Lo expresado en el informe por el PT. GALEANO MONTOYA, lo refiere nuevamente en la diligencia de versión libre y espontánea⁶², *"El día que salí del Palacio el 2 de junio a las 18:40, entregue el armamento y me desplazé a la sala de radio y allí se encontraba el PT. RESTREPO en la puertecita en la ventana y el pase el radio, no había nadie presente"*⁶³, señala además que, normalmente en la sala de radios habían *"tres operadores en los turnos, a mí nunca me dijeron nada de procedimiento, yo solo se lo entregaba a cualquiera que estaba en la ventanilla de*

⁶¹ Folios 15 – 20 co 1

⁶² Folios 31 – 36 co 1

⁶³ Folio 34 co 1

los radio operadores”⁶⁴, insiste que se lo entregó en la mano, afirmaciones que reitera nuevamente en la diligencia de indagatoria⁶⁵, de manera similar.

Por su parte el PT. JUAN CARLOS RESTREPO FORONDA afirma que para la citada fecha se encontraba de radio operador del distrito, efectivamente su puesto se encuentra a la entrada de la sala de radio, pero dentro de sus funciones no está la de recibir los radios, pues eso le corresponde a los radio operadores de la urbana, insiste que no le recibió el radio al PT. GALEANO, no lo conoce, solo sabe que le colocó una denuncia penal por la pérdida del radio y refiere igualmente que la orden era entregar el radio al finalizar el turno y que para esa época el que entregaba no firmaba, el radio operador solo colocaba “S/N”, pero quien entregaba debía verificar que ello ocurriera.

Si nos atenemos a lo afirmado por los uniformados PT. GALEANO MONTOYA y el PT. RESTREPO FORONDA, únicas personas que se encontraban presentes en ese lugar para el momento en que se produjo la entrega del radio, en tanto que dentro del proceso no obra medio de convicción que nos indique que había otra persona presente en ese lugar y como lo afirma el A-quo, los demás son testigos de oídas, tendríamos que admitir a priori que se presenta

⁶⁴ Folio 34 co 1

⁶⁵ Folios 97 – 100 co 1

una duda como lo afirma el apelante o que, como no se registró la devolución en el libro, no se produjo la entrega como lo señala el Juez Primario.

Ninguna de las dos hipótesis puede ser admisible, pues a esa conclusión llegan sin realizar un examen crítico a los medios de prueba, en la forma prevista en el artículo 401 de código penal militar, "*Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo a las reglas de la sana crítica*" esto es, aplicando los criterios generales determinados en la ley y la forma como debe realizarse esa valoración, presupuestos que desarrolla la misma sistemática para cada uno de los medios probatorios en particular, fijando algunos criterios específicos para cada uno en concreto.

Consecuente con el anterior supuesto de orden legislativo, se debe recordar que cuando la norma dispone que las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto de acuerdo a las reglas de la sana crítica, no puede entenderse como el sometimiento del operador judicial a una tarifa legal que determina el valor de cada la prueba, tampoco, una absoluta libertad del operador jurídico, pues esto último conllevaría a una arbitrariedad, lo que se dispuso en la ley procesal es una libertad de interpretación regulada, esto es sometida a las reglas de la

experiencia (generales, universales e irreductibles), las leyes de la ciencia (universalidad, síntesis, verificabilidad, contrastabilidad) y los principios de la lógica (identidad, necesidad, dependencia, implicación, contradicción) a través del método deductivo, (CSJ CP Radicado 17718 27 de abril 2005)⁶⁶, reglas que deben gobernar en cada caso el discurso argumentativo para que sea formal y materialmente correcto.

Atendiendo que los únicos policiales que se encontraban en el lugar en el momento en que se dice se entregó el radio al operador de la red del distrito, son el PT. GALEANO MONTOYA que se dice hace la devolución del citado elemento al PT. RESTREPO FORONDA, quien niega haberlo recibido, se advierte que el problema que se presenta es que ambos tendrían interés en las resultas del proceso, en esa medida la pregunta que surge es, ¿a quien se le debe dar credibilidad?, en tanto que alguno de los dos debe estar mintiendo.

⁶⁶ "2.- Ante todo recuérdese que la apreciación probatoria se debe realizar a través de los postulados en que se soporta la sana crítica, es decir, el sometimiento a los medios de convicción a las leyes o reglas que "regulan el razonamiento deductivo, los fenómenos materiales y las conductas frente a la sociedad, de acuerdo a lo admitido por ella misma para hacer viable su existencia y verificación de sus comunes objetivos, todo cumplido en forma 'sana', esto es, bajo la premisa de reglas generales admitidas como aplicables y 'críticas', es decir, con base en los hechos objeto de valoración, entendidos como 'criterios de verdad', sean confrontados para establecer si un hecho y acción determinada pudo suceder, o si ello fue posible de una u otra manera, explicable dentro de las reglas de la lógica, de la ciencia y la experiencia, no ante la personalísima forma de ver cada uno la realidad, sino frente a estos postulados generales que rigen el razonamiento, las transformaciones materiales y la vida social, formal y dialécticamente comprendidos".

En otras palabras, la apreciación probatoria es la actividad intelectual que lleva a cabo el operador de justicia para medir la fuerza demostrativa de un medio de convicción. Por tanto, por mérito probatorio ha de entenderse como la aptitud que tiene un hecho para demostrar judicialmente otro o para que el mismo quede demostrado. Por ello, los postulados de la sana crítica no es libertad para la arbitrariedad, ni para tener en cuenta conocimientos personales que no se deduzcan del material probatorio aportado al proceso, ni para eximir al sentenciador de motivar las decisiones y de someterlas a la revisión del superior jerárquico" Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal.- Radicado 17718 – Sentencia del 27 de abril del 2005.- MP: JORGE LUIS QUINTERO MILANES

La respuesta debe surgir del examen que ha de hacerse a estas dos versiones en forma particular y en conjunto con los demás medios de prueba atendiendo los criterios específicos establecidos en la ley para la evaluación de la prueba testimonial.

Conforme a lo preceptuado en el artículo 441 de la ley 522 de 1999, *"Para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios de la sana crítica y especialmente lo relacionado con las circunstancias en que se llevó a cabo la percepción, la capacidad del testigo para la conservación del recuerdo, el transcurso del tiempo y las demás circunstancias que afecten la evocación de lo percibido, así como la personalidad del declarante y la forma en que hubiere declarado"*, esto es, los testimonios se tendrán que apreciar en conjunto con los demás medios de prueba atendiendo las reglas de la sana crítica, pero además en su valoración, se deberán tener en cuenta los criterios específicos establecidos en la ley para la evaluación de la prueba testimonial.

Examinado el testimonio del PT. JUAN CARLOS RESTREPO FORONDA, la sala evidencia que muchas de las afirmaciones que realiza no encuentran ningún respaldo en los demás medios de prueba e igualmente que incurre en varias contradicciones a pesar que su declaración la rinde el 4 de agosto de 2010, es decir, cuando solo habían transcurrido dos meses de la ocurrencia del hecho, amén de ello, sabía que

cuatro días después del acontecer fáctico había sido denunciado ante la Fiscalía General de la Nación⁶⁷, hecho que le reclama en forma inmediata al denunciante⁶⁸, según su propio dicho.

Este policial afirma insistentemente que los radios solamente eran recibidos y entregados por los radio operadores de la urbana (Estación o 123) y señala que *"los radio operadores de la urbana solo se ausentan en la hora del almuerzo y cuando eso sucede siempre hacen la anotación en el libro de ellos no sé si es la minuta de servicios del 1.2.3 o de vigilancia del 1.2.3, ellos anotan quien queda encargado ya sea del distrito o el de apoyo, si van a ir al baño o una necesidad básica y salen es ahí cerca, no se hace anotación porque si alguien los necesita los tienen que esperar"*⁶⁹.

Afirma RESTREPO FORONDA que dentro de sus *"funciones no está ni entregar ni recibir radios"*⁷⁰ y más adelante insiste *"yo no tengo nada que ver con esos radios"*⁷¹ y reitera durante toda la diligencia que en su condición de radio operador de la red del distrito no recibía ni entregaba radios, empero, contrariamente al finalizar la diligencia refiere, *"ese día quedé encargado a la hora del almuerzo al medio día debe haber registro en el libro, para hacer eso voy hasta la puerta con el libro y anoto lo que haya que anotar sea*

⁶⁷ La denuncia fue presentada por el PT. JHON FABER GALEANO el seis (6) de junio de 2010 ante la Fiscalía Seccional de Rionegro. Folios 15 – 20 co 1

⁶⁸ Folio 24 co 1

⁶⁹ Folio 22 co 1

⁷⁰ Folio 23 co 1

⁷¹ Folio 22 co 1

*entrega o descargar, eso lo hago en presencia del mismo policial"*⁷².

Revisadas las anotaciones realizadas en las minutas⁷³, en ninguna de ellas se encuentran registrados los encargos por ausencia transitoria de los radio operadores de la red urbana (123 o Estación), tampoco la referida por RESTREPO FORONDA para el día de los hechos, amén de ello, los policiales PT. JOSE LUIS VARGAS MARTINEZ⁷⁴, PT. ALEJANDRO GARCIA TORO⁷⁵ e IT. IVAN DARIO LOPEZ RUEDA⁷⁶ que laboraban en la misma dependencia, no refieren ese hecho, solamente que podía recibirse por cualesquiera de los funcionarios que estuvieran disponibles en esa sala y que debía hacerse la entrega en la puerta.

Igualmente refiere RESTREPO FORONDA *"mi puesto queda al lado de la entrada, prácticamente soy el portero, la puerta es media puerta"*⁷⁷ e insiste que dentro sus funciones *"no está ni entregar ni recibir radios por lo cual cuando los policiales llegan ya sea a entregar o recibir radio yo les abro la puerta y les señalo que vayan al otro lado que es donde está el radio operador de la urbana que es donde está el encargado"*⁷⁸.

Esta afirmación resulta ser una falacia argumentativa, no solo porque las reglas de la

⁷² Folio 24 co 1

⁷³ Folios 38 – 80 co 1

⁷⁴ Folios 26 – 30 co 1

⁷⁵ Folios 167 – 170 co 1

⁷⁶ Folios 91 – 95 co 1

⁷⁷ Folios 22 – 23 co 1

⁷⁸ Folio 23 co 1

experiencia nos enseñan que el ingreso a las salas de comunicaciones o de radio, como se les quiera denominar, es restringido, con excepción de los servicios de régimen interno en ejercicio de la función de control, como los oficiales y suboficiales de servicio, prohibición que se adopta en los cuarteles por medidas de seguridad, para evitar manipulaciones indebidas de los equipos y/o pérdidas de elementos, equipos, etc.

Concordante con esa regla de la experiencia, el PT. ALEJANDRO GARCIA TORO quien fungía como radio operador del distrito, después de relatar la forma como se hallaban ubicados los puestos de los radio operadores, afirma que *"el jefe de nosotros dio la consigna de hacer entrega de los medios de comunicación en la puerta que era una media puerta, el policía debía llamarlo y pedirle el radio y el radio operador de la estación se desplazaba"*⁷⁹.

Luego si la consigna era que los radios debían ser entregados en la puerta de ingreso a la sala de radio, no era posible el ingreso de los policiales hasta el puesto del radio operador del 123, pues según se ha dicho estaba ubicado al fondo de esa dependencia.

De otro lado, RESTREPO FORONDA fehacientemente afirma *"el Patrullero nunca entregó el radio, él fue a reclamar el radio como a unos dos días después y le*

⁷⁹ Folio 169 co 1

dijeron que él todavía tenía el radio asignado"⁸⁰, no obstante, refiere que no conoce al PT. GALEANO, "No, no lo conozco, un día por teléfono me llamó y yo le pregunte que como era que él me había entregado el radio si yo ni siquiera lo conocía"⁸¹.

Las anteriores afirmaciones no encuentran ninguna explicación bajo los principios de identidad (*de lo verdadero se deriva siempre lo verdadero*) y contradicción (*es imposible que algo sea al mismo tiempo verdadero y falso*) de la lógica, pues si RESTREPO FORONDA no conocía al PT. GALEANO no puede ser creíble que le conste que no entregó el radio, de la misma manera, de ser cierto que no estaba encargado de recibir los radios, no puede ser creíble que le conste que no lo entregó.

Tales afirmaciones tendrían carácter de verosimilitud bajo los principios de la lógica antes citados, si RESTREPO FORONDA hubiere afirmado que conocía al PT. GALEANO MONTOYA y que para el momento que se dice se produjo la entrega del radio, estaba encargado de recibir esos elementos, proposición que nos daría como resultado, que la afirmación de no entrega, resultara ser cierta.

De otro, no puede tener carácter de verosimilitud la afirmación que hace RESTREPO FORONDA respecto que no conoce al procesado

⁸⁰ Folio 22 co 1

⁸¹ Folio 24 co 1

GALEANO MONTOYA, pues ambos llevaban bastante tiempo en esa unidad y el procesado cumplía la misma función desde hacía *"Dos años y medio aproximadamente"*⁸², luego, si diariamente reclamaba y entregaba el radio de comunicaciones, necesariamente debemos colegir que RESTREPO cada vez que prestaba turno de radio operador, veía a GALEANO, razón suficiente para afirmar que está mintiendo.

Este testigo nuevamente miente cuando afirma que *"solo se y se puede constatar con los policías de la sala de radio que él ya había embolatado un radio y que supuestamente lo encontró una civil, según rumores de la sala de radio, que no se le perdió porque la persona lo entregó, de eso sé que se dio cuenta VARGAS"*⁸³, no obstante, cuando interrogan al PT. JOSE LUIS VARGAS sobre ese evento, de manera contundente afirma *"No, yo nunca le he dicho al PT. RESTREPO eso"*⁸⁴, amén de ello, los demás testigos afirman que en esa Estación, nunca había tenido ocurrencia un hecho de esa naturaleza.

Además de las incoherencias y falencias examinadas en precedencia, ha de señalarse que a pesar que RESTREPO FORONDA afirma en forma contundente que GALEANO no le entregó el radio, finalmente refiere que *"Pudo haber ocurrido que el patrullero GALEANO le hubiera dejado el radio sobre la ventana de la sala su radio de dotación"*⁸⁵, es decir,

⁸² Folio 33 co 1

⁸³ Folio 23 co 1

⁸⁴ Folio 30 co 1

⁸⁵ Folio 23 co 1

plantea una hipótesis alternativa para evitar cualquier implicación en el hecho.

Las incoherencias, ficciones, contradicciones y demás anomalías inferidas en el análisis realizado al testimonio del PT. JUAN CARLOS RESTREPO FORONDA, afectan ostensiblemente la credibilidad de este testigo y nos lleva a inferir de manera razonada, de un lado que, las afirmaciones que hace el PT. RESTREPO FORONDA no son ciertas, no encuentran respaldo en ninguno de los demás medios de prueba, y de otro, evidencia las contradicciones en que incurre este testigo, colocando de relieve que se trata de argumentos con los cuales pretende justificar hechos o conductas que probablemente quiere ocultar.

Analizado el testimonio del PT. JUAN CARLOS RESTREPO y determinado el grado de credibilidad, la Sala pasará a examinar la indagatoria rendida por el PT. JHON FABER GALEANO MONTOYA, bajo entendido que esta diligencia no solo hace las veces de medio de defensa, sino que además su contenido se constituye en un medio de prueba.

En esa medida, en su valoración se tendrá en cuenta si su relato presenta inconsistencias graves y serias que afecten los hechos imputados o de hechos secundarios respecto de los cuales se pueda predicar la veracidad o

falsedad del supuesto fáctico imputado, pues el derecho a la no auto incriminación no presupone el derecho a mentir, razón por la cual, lo afirmado en la indagatoria puede ser utilizado por el Juez, para sustentar el fallo, siempre que no riñan con las reglas de la sana crítica (CSJ CP RADICADO 21844 13 de febrero de 2008)⁸⁶.

Examinada las diligencias de versión libre y espontánea e indagatoria rendidas por el PT. JHON FABER GALEANO, así como el contenido del informe de fecha 4 de junio de 2010 rendido por éste, la Sala encuentra que su relato en las oportunidades citadas es consistente, estable, coherente y que no ha entrado en contradicciones en ninguno de ellos, pero además, encuentra respaldo en los demás medios de prueba.

Veamos que desde un principio ha sostenido, *"El día que salí del Palacio el 2 de junio a las 18:40, entregue el armamento y me desplazé a la sala de radio y allí se encontraba el PT. RESTREPO en la puertecita en la ventana y el pase el radio, no había nadie presente"*⁸⁷, siendo un hecho cierto y probado que para esa fecha el PT. RESTREPO FORONDA se encontraba en ese lugar, e igualmente, que según lo ordenado por los mandos el radio debía entregarse en la puerta de ingreso a la Sala de radio y que debía entregarse al uniformado que

⁸⁶ "En consecuencia, para efectos de la demostración de cualquiera de los elementos constitutivos de la conducta punible, el juez podrá sustentarlos en el fallo teniendo como base el caudal probatorio analizado en conjunto, incluyendo las mentiras, inconsistencias y admisiones totales o parciales que contenga la versión del procesado, siempre y cuando los razonamientos que efectúe en tales sentidos no riñan con las reglas de la sana crítica."

⁸⁷ Folio 34 co 1

se encontrara de servicio, procedimiento que correspondía a lo dispuesto en el protocolo fijado por el Comando de Estación.

Durante la diligencia de versión libre y espontánea el PT. GALEANO MONTOYA insiste que solo le informaron de la novedad hasta el viernes, dos días después de haberlo entregado *"y el jueves había reclamado radio y lo había entregado por la misma ventanita al PT. GARCIA"*⁸⁸, sin que le hubieran manifestado nada.

A pesar que dentro del expediente no obra copia del libro donde se registró la entrega y devolución de radios para esa fecha, el PT. ALEJANDRO GARCIA TORO citado por el enjuiciado asegura, *"para esa fecha yo estaba en la Estación de Policía Rionegro, laboraba en la Sala de Radio como radio operador del distrito"*⁸⁹, en relación con el hecho referido en el párrafo anterior, afirma, *"quizás para el jueves le asignaron otro y quizás ese fue el que yo recibí, pero respecto del radio que él extravió no tengo conocimiento qué pudo haber pasado"*⁹⁰.

Consonante con lo anterior, debe señalarse que los policiales PT. JUAN CARLOS RESTREPO FORONDA⁹¹ (radio operador distrito), PT. JOSE LUIS VARGAS MARTINEZ⁹² (radio operador estación y jefe comunicaciones) e IT. IVAN DARIO LOPEZ

⁸⁸ Folio 35 co 1

⁸⁹ Folio 167 co 1

⁹⁰ Folio 164 co 1

⁹¹ Folio 21 – 24 co 1

⁹² Folios 26 – 30 co 1

RUEDA⁹³ (jefe sala de radios), al unísono refieren que al realizar el relevo del puesto de radio operador, debían revisar las novedades que se presentaran, registran los radios disponibles y los que se encuentran en servicio, si algún radio no ha sido entregado se deja constancia en el libro e inmediatamente se reporta a las unidades, si no aparece, se debe informar por escrito esa novedad.

Según refiere el PT. JOSE LUIS VARGAS MARTINEZ *"el 2 de junio yo recibí a las 19:00, solté turno a las 07:00 y le entregué las novedades de los radios al PT. MARTINEZ, ese día yo descansé y me presenté a laborar el día 4 a las 07:00 de la mañana"* y señala que el 2 le recibió a MONTOYA y verificaron novedades.

Verificadas los registros realizados en la *"minuta de anotaciones del radio operador del 1-2-3 rionegro"*⁹⁴, encontramos que a las 18:59 horas se consigna la entrega del puesto que hace el PT. MONTOYA FRANCO al PT. VARGAS MARTINEZ y el correspondiente recibido, *"S/N"*⁹⁵, de la misma manera se evidencia que durante el turno que realiza el PT. VARGAS MARTINEZ, no aparecen anotaciones de haberse reportado novedad alguna respecto de los radios, ni se deja constancia de no haber recibido el radio de GALEANO.

Consonante con lo anterior, el IT. IVAN DARIO LOPEZ Jefe de la Sala de Radios del 1.2.3 de la

⁹³ Folios 91 – 95 co 1

⁹⁴ Folios 38 – 46, 66 – 72 co 1

⁹⁵ Folios 46 , 70 co 1

Estación Rionegro, afirma *"Cuando yo les pregunto a los radio operadores me manifestaron que no había novedad, para el día 4 verificando el libro y mirando que hacía falta el radio fue que me informó la novedad"*⁹⁶ e insiste en que, *"se mira el libro destinado a la entrega de radios y con este verifican las novedades, yo le dijo a los muchachos que novedades hay y ellos me dicen que no hay novedad"*⁹⁷.

Luego, si no se presentó ninguna novedad el día 2 de junio y según afirma GALEANO había entregado el radio de comunicaciones a las 18:48 horas e igualmente, como se dejó sentado en precedencia, al día siguiente jueves 3 de junio, le entregaron un radio para el servicio de ese día, sin que le hubieren reclamado por el anterior, necesariamente se debe inferir que efectivamente el PT. GALEANO MONTOYA entregó el radio el día 2 de junio al finalizar el servicio y que el mismo fue recibido en esa dependencia.

Señala igualmente el IT. IVAN DARIO LOPEZ que *"quien dejó pasar la novedad está entre MARTINEZ y MONTOYA"*⁹⁸ e igualmente que *"para el día 4 VARGAS verificando el libro y mirando que hacía falta el radio fue que me informó la novedad"*⁹⁹ y precisa que *"para ese día siendo las 08:00 el PT. VARGAS se puso a verificar en el libro la entrega de los radios, para lo cual encontró que faltaba un radio que estaba asignado al Patrullero que se encontraba de servicio en la fiscalía como custodio, el mismo Patrullero que para*

⁹⁶ Folio 93 co 1

⁹⁷ Folio 93 co 1

⁹⁸ Folio 93 co 1

⁹⁹ Folio 93 co 1

ese día estaba de servicio en la Fiscalía había reclamado otro radio y procedimos a llamarlo y le preguntamos que qué había hecho el radio el día anterior o a quien se lo había entregado, primero manifestó que se lo había entregado al PT. RESTREPO"¹⁰⁰.

Del examen al anterior testimonio se infieren varias situaciones, en primer lugar que solo hasta el día viernes 4 de junio, dos días después que GALEANO entrega el radio a la sala de comunicaciones y después de haber reportado en varias oportunidades que no se presentaba novedad alguna, es que el PT. VARGAS MARTINEZ informa que se había perdido el radio, en segundo lugar, que durante los días jueves 3 y viernes 4, le habían entregado otros radios sin que le hubieran reclamado por el anterior, aspectos que respaldan los dichos del procesado.

Así las cosas, si a la entrega de los turnos de radio operador se verificaban las novedades de los radios y durante los relevos realizados la noche del día 2 de junio, la mañana del día 3 de junio y noche del mismo día e igualmente, en la mañana del 4 de junio, no se encontraron novedades y solo hasta cuando el IT. IVAN DARIO LOPEZ insiste en las novedades y revisan los libros encontrando que no habían registrado la devolución del radio, luego verifican que no aparecía el citado equipo, necesariamente

¹⁰⁰ Folio 91 co 1

debemos inferir que la pérdida se produjo en esa dependencia.

La anterior conclusión adquiere mayor convicción, si tenemos en cuenta que antes de informar esa novedad, le habían entregado en dos oportunidades al PT. GALEANO MONTOYA radio para la prestación del servicio y que para ello se debía verificar si había entregado el anterior.

Corolario de lo expuesto en precedencia, se debe afirmar que efectivamente, como lo afirma el PT. JHON FABER GALEANO MONTOYA, el día 2 de junio de 2010 al terminar el turno de servicio de custodio en el Palacio de Justicia, le entregó el radio de comunicaciones tantas veces mencionado al PT. RESTREPO FORONDA quien se encontraba en la puerta de ingreso a la sala de radio.

Igualmente que la entrega de ese elemento cumple con el procedimiento ordenado en el protocolo determinado para tal efecto, debiendo señalar que a quien le correspondía registrar la devolución anotando S/N era al radio operador que recibía, aunque quien entregaba debía verificar que se le registrara la devolución, comprobación que no realizó el procesado y que según el apelante, esa omisión se debe a que el policial confió de buena en su

compañero, es decir, conforme al principio de confianza.

3.1.1.3.- Del principio de confianza.

El apelante afirma que no presentó ninguna negligencia al haber entregado el radio a RESTREPO FORONDA confiado como muchas veces lo había hecho, por ello estima que actuó conforme al principio de la buena fe previsto en el artículo 86 de la constitución, dado que al no estar el radio operador del 1.2.3 se le podía entregar a cualquiera de la sala y que "Lo único cierto H.H. Magistrados, fue que se presentó una confusión por el hecho que quien debía hacer la anotación era el radio operador esto llevó a que mi patrocinado confiado en esto y en la confianza a sus compañeros policiales pensó que este iba hacer la anotación como ya era costumbre entregar porque no era necesario firmar"¹⁰¹ (resaltos de la sala).

Salta de bulto que aunque el recurrente afirma que su defendido actuó de buena fe, circunstancia que se evidencia como cierta, al desarrollar esa hipótesis lo hace dentro del contexto de la imputación objetiva, concretamente referida al principio de confianza, criterios de los que se surte los presupuestos normativos en los que se apalanca el deber objetivo de cuidado.

¹⁰¹ Folio 306 co 2

Así las cosas, éste colegiado necesario recordar al ilustre apelante que el principio de confianza opera dentro de una comunidad determinada, cuando dentro del ámbito de interrelación de la disciplina que gobierna la actividad, quien realiza el riesgo tolerado actúa conforme a las previsiones que regulan esa labor, es decir, respetando las reglas y los protocolos previstos para esa actividad riesgosa, lo cual le permite confiar que las demás personas que interactúan en el tráfico jurídico también lo harán, es decir, también actuarán dentro de las reglas establecidas. (CSJ CP Radicado 25536 27 de julio de 2006)¹⁰².

Evidentemente, dado el ámbito situacional y las circunstancias modales en que se presentó el hecho objeto de esta investigación, llevan a la sala a inferir que el procesado JHON FABER GALEANO, si bien es cierto, no constató que quien le recibía el radio registrara S/N en el libro de control, como señal de haber entregado el elemento sin novedad, actuó conforme al principio de confianza.

Ello por cuanto había obrado conforme al protocolo establecido por el Comando de la Estación para la devolución del radio de comunicaciones, por tanto confió que su compañero actuaría de la misma manera, más aún,

¹⁰² "De acuerdo con este principio, no se imputan objetivamente los resultados producidos por quien ha obrado confiando en que otros se mantienen dentro de los límites del peligro permitido. Se enuncia diciendo que toda persona, en el diario discurrir, puede creer que las demás actúan dentro de las normas y de acuerdo con los requerimientos socio-culturales dominantes, a menos que "existan datos que hagan pensar lo contrario"

cuando, como refieren varios testigos, eran corriente que entregaran el radio al operador y *"a veces ellos mismos por la confianza y compañerismo les decía curso haceme (sic) el favor y descárgame el radio y ellos ahí mismo le descargan a uno"*¹⁰³ y nunca había pasado nada.

Corolario de lo expuesto a lo largo de la parte motiva de esta providencia, dado el ámbito situacional y las circunstancias modales en que se presentó el hecho objeto de esta investigación, llevan a la sala a inferir que el PT. JHON FABER GALEANO actuó dentro del riesgo permitido, pues la entrega del radio a la sala de comunicaciones la realizó atendiendo el protocolo establecido para esa actividad, por tanto, actuó conforme al deber de cuidado.

Así las cosas, atendiendo las razones expuestas en el cuerpo de esta providencia, se ha de señalar que aunque se halla demostrada la calidad de sujeto activo, del aquí enjuiciado, así como la existencia de la relación funcional con el elemento extraviado, así como la pérdida del mismo, ese resultado dañino no se produjo la conducta culposa del aquí enjuiciado, pues este actuó dentro de los límites del riesgo permitido.

Como quiera que no se halla acreditado uno de los elementos estructurales del tipo penal de

¹⁰³ Folio 131 co 1 PT. JHON JAIRO PAZ CONTRERAS

peculado culposo imputado al PT. GALEANO MONTOYA, esto es la relación causal entre el resultado dañino y el actuar del procesado, la conducta resulta atípica, en consecuencia, se despachara de manera favorable la pretensión del apelante y se revocará en su integridad la sentencia condenatoria proferida el 27 de agosto de 2015, por el Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía Antioquia en contra del procesado.

Como consecuencia de la anterior decisión se deberá proferir sentencia absolutoria a favor del procesado PT. JHON FABER GALEANO MONTOYA de condiciones civiles y policiales conocidas en auto, por el delito de peculado culposo imputado en la resolución de acusación, por atipicidad de la conducta.

4.- Del derecho de petición presentado por la señora AYDE DE JESUS MONTOYA RUEDA.

Como se dejó sentado en el cuerpo de la providencia la señora AYDE DE JESUS MONTOYA progenitora del procesado, además de la impugnación presentada contra la providencia, alzada que se contestó en el numeral 1 de la parte considerativa, el 3 de noviembre de 2015 cuando el proceso se encontraba en esta instancia, presenta derecho de petición en que solicita que se exonere a su hijo JHON FABER GALEANO MONTOYA del pago de la pena de multa,

solicitud que funda con unos argumentos similares a los recurso de apelación.

Frente a ese requerimiento la Sala habrá de reiterar, en primer lugar que la citada ciudadana no es sujeto procesal y en segundo lugar, que la competencia de esta Corporación para resolver las cuestiones incidentales y de fondo, se activan con los recursos ordinarios, por tanto, como lo peticionado por la señora AYDE MONTOYA corresponde a un asunto de fondo del proceso, la petición no sería el mecanismo adecuado para solucionar el problema jurídico presentado.

No obstante lo anterior y como quiera que la decisión de fondo que aquí se adopta, corresponde al objeto de la petición, por Secretaria de la Corporación se le deberá comunicar que atendiendo el recurso de apelación presentado por la defensa, este Colegiado mediante la providencia de la fecha, revocó en su integridad la sentencia condenatoria y en su lugar, profirió sentencia absolutoria a favor del enjuiciado PT. JHON FABER GALEANO MONTOYA.

5.- Otras decisiones

Con fundamento en las inferencias a las que se llegó, después de haber realizado el examen de los medios de prueba, la Sala estima que se

debe ordenar que por intermedio del Juez de Primera Instancia, se realice la compulsión de copias para que se investigue la conducta del PT. JUAN CARLOS RESTREPO FORONDA y los demás policiales que hayan tenido relación con la pérdida del radio de comunicaciones marca Motorola XTS 4250 serie 721CKX0773 de propiedad de la Policía Nacional, en hechos ocurridos el 2 de junio de 2010.

Sin más consideraciones jurídicas, la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: RECHAZAR de plano la apelación presentada por la señora AYDE MONTOYA RUEDA por falta de legitimación en la causa, pues no se halla acreditada como sujeto procesal, en consecuencia, la Sala **SE ABSTIENE** de pronunciarse respecto de ese recurso, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DESPACHAR FAVORABLEMENTE la pretensión incoada en el recurso de apelación presentado por el DR. ALONSO HELI FERNANDEZ DUQUE defensor público del procesado, en consecuencia, **REVOCAR** en su integridad la sentencia condenatoria

datada el 27 de agosto de 2015, proferida por el Juez de Primera Instancia del Departamento de Policía Antioquía, mediante la cual condenó al PT. JHON FABER GALEANO MONTOYA como autor responsable de la comisión del delito de peculado culposo y le impuso como pena principal seis (6) meses de arresto y multa de diez (10) salarios mínimos mensuales equivalentes a la suma de cinco millones ciento cincuenta mil pesos (\$5.150.000), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Como consecuencia de la decisión anterior, **PROFERIR SENTENCIA ABSOLUTORIA** a favor del procesado PT. JHON FABER GALEANO MONTOYA de condiciones civiles y policiales conocidas en auto, por el delito de peculado culposo imputado en la resolución de acusación, por atipicidad de la conducta, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR que por Secretaria de la Corporación, atendiendo el derecho de petición, se le comunique a la señora AYDE DE JESUS MONTOYA progenitora del procesado, que al resolver de apelación presentado por la defensa, este Colegiado mediante la providencia de la fecha, revocó en su integridad la sentencia condenatoria y en su lugar, profirió sentencia absolutoria a favor del enjuiciado

PT. JHON FABER GALEANO MONTOYA, conforme a lo expresado ut supra.

QUINTO: ORDENAR la compulsas de copias, por parte del Juez de Primera Instancia, para que se investigue la conducta del PT. JUAN CARLOS RESTREPO FORONDA y los demás policiales que hayan tenido relación con la pérdida del radio de comunicaciones marca Motorola XTS 4250 serie 721CKX0773 de propiedad de la Policía Nacional, en hechos ocurridos el 2 de junio de 2010.

SEXTO: DEVUÉLVASE el expediente al juzgado de origen, para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Mayor (R) . JOSE LIBORIO MORALES CHINOME
Magistrado Ponente

Brigadier General MARIA PAULINA LEGUIZAMON
ZARATE
Magistrada

Coronel (RA) FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS
Magistrado

Abogada **MARTHA LOZANO BERNAL**
Secretaria