

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala : Tercera de Decisión
Magistrado Ponente : CN. (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA
Radicación : 158972-177-I-195-PNC
Procedencia : Juzgado 168 de Instrucción
Penal Militar
Imputada : CT. DORA YANNETH RISCANEVO
ESPITIA
Delito : Por establecer
Motivo de alzada : Apelación auto inhibitorio
Decisión : Revoca decisión

Bogotá, D.C., diciembre cuatro (04) de dos mil veinte (2020).

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la Tercera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial a resolver en Derecho el recurso de apelación, subsidiario al de reposición, impetrado por el CT. ANGEL RODRIGO TORRES RODRÍGUEZ, en su condición de denunciante, en contra del auto interlocutorio calendado 10 de mayo de 2018 por medio del cual el Juzgado 168 de Instrucción Penal Militar sito en Bucaramanga (Santander), se abstuvo de iniciar investigación penal formal contra la CT.

DORA YANNETH RISCANEVO ESPITIA, ello dentro de la indagación preliminar adelanta contra dicha uniformada, delito por establecer, y consecuente con ello dispuso el archivo de las diligencias.

II. SITUACIÓN FÁCTICA

Se encuentra compendiada en el auto por medio del cual resolviere el recurso de reposición interpuesto contra la referida decisión, ello en los siguientes términos:

"La señora Oficial aquí denunciada Capitán RISCANEVO ESPITIA DORA YANETH, mediante oficio No. S-2017-253417 del 04-10-2017, solicitó al mando institucional en el Departamento de Policía Santander, convocar al Comité de Convivencia Laboral para que con citación al señor Capitán ANGEL RODRIGO TORRES RODRIGUEZ, se surtiera el trámite de Ley a fin de conocer de los hechos con los que la señora oficial consideraba se la estaba Acosando Laboralmente de parte del señor oficial superior en antigüedad y cargo.

Habiendo sido convocado el referido comité con citación al señor oficial Capitán ANGEL RODRIGO TORRES RODRIGUEZ, con fecha 14-08-2017, momento en que el oficial conoció el contenido del oficio No. S-21017-253417, suscrito por la señora Capitán, procedió a denunciarla penalmente en la jurisdicción Penal Militar, manifestando que en su sentir, la señora oficial: "... emprendió en contra mía y de mi familia por medio de una serie de injurias y calumnias registradas en el documento público No. 253417, ...", afirmación plasmada en la denuncia cabeza de la presente actuación."¹

¹ Folios 85 y 86 C.O.1.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Con fundamento en la denuncia formulada por el CT. ANGEL RODRIGO TORRES el 26 de marzo de 2018², en la que afirmó que la CT. DORA YANNETH RISCANEVO ESPITIA hizo en su contra una serie de imputaciones que en su sentir constituyen injurias y calumnias al afirmar en el oficio No. S-2017 253417/SUBCO-JEFD-29.25 del 04 de julio de 2017 que aquel era "*una persona tóxica ... maquiavélico ... inquisidor ... incoherente ... inmaduro ... falta de profesionalismo ... complicado ... conflictivo ... grosero ... mal intencionado ... e ignorante entre otras*", el Juzgado 168 de Instrucción Penal Militar dispuso la apertura de indagación preliminar en contra de la referida oficial, delito por establecer.

Mediante interlocutorio del 10 de mayo de 2018³, el despacho instructor se abstuvo de iniciar investigación penal formal, y consecuente con ello, el archivo de las diligencias adelantadas, además dispuso el envío de lo actuado por competencia a la "*Región Cinco de Policía*" para el adelantamiento de la investigación disciplinaria correspondiente.

Inconforme con tal determinación, el denunciante interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación⁴, habiéndose despachado de manera desfavorable la impugnación horizontal el 22 de

² Folio 13 *Ibidem*.

³ Folios 51 al 57 *Ibidem*.

⁴ Folios 68 al 75 *Ibidem*.

junio de 2018⁵ bajo la consideración de que los hechos denunciados no tienen relación con el servicio policial y es competencia del operador disciplinario, además que es la cuarta denuncia que era conocida por ese despacho en la que estaban involucrados los mismos oficiales, así mismo se concedió el recurso de alzada ante esta Corporación, mismo cuya resolución en Derecho concita la atención de esta Sala de Decisión en la presente oportunidad.

IV. DE LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

El abogado MARIO LEONEL MUÑOZ BUITRAGO, Juez 168 de Instrucción Penal Militar, luego de resumir la actuación procesal surtida, indicó que del trámite obrante se puede deducir que el asunto que es puesto en conocimiento de la jurisdicción castrense obedece al desacuerdo del CT. ANGEL RODRIGO TORRES RODRÍGUEZ con la denuncia disciplinaria formulada en su contra por la CT. DORA YANNETH RISCANEVO ESPITIA y acorde a hechos descritos en el oficio No. S-2017-253417 del 04 de julio de 2017, mismos que en ese momento estaban siendo conocidos por la Procuraduría General de la Nación.

Refirió que no le corresponde a la jurisdicción penal militar adelantar investigación por los referidos sucesos, sino que la autoridad competente es la Oficina de Control Disciplinario Interno, para lo cual arguyó que el actuar de la denunciada no

⁵ Folios 85 al 91 *Ibidem*.

guarda relación estricta con el servicio, es decir, que lo denunciado no corresponde a un exceso o extralimitación en actos propios del servicio por parte que aquella, sino por el contrario "se trata de la molestia del denunciante con los términos y la forma en que se viene expresando ella de él, uno y otro oficiales de grado capitán, es decir que lo que aquí se está solicitando que se investigue se trata de hechos propios realizados a título personal por la señora oficial"⁶.

Destacó el funcionario que lo que el denunciante denomina en su escrito "DESARROLLO DE LA DENUNCIA DE LA SEÑORA CAPITÁN", corresponde a la narración de unos hechos de índole personal que se han venido suscitando entre los dos oficiales, circunstancias que no guardan una relación próxima con el servicio policial.

Posterior a señalar que la Justicia Penal Militar constituye la *ultima ratio* para conocer que aquellas conductas que comporten delito, enmarcadas en el cumplimiento de la misión constitucional asignada a la Fuerza Pública, depuso que el presente caso no se trata de un asunto del fuero militar, por cuanto no comporta un delito relacionado con el servicio, añadió que:

"(...) no encuentra este Instructor relación entre el actuar de la oficial que resulta ahora denunciada como autora de pluralidad de conductas cuando no existe relación de los hechos que se le atribuyen

⁶ Folio 53 *Ibidem*.

con el servicio, tal relación no existe, ni se produjeron los comportamientos denunciados como exceso o consecuencia de la prestación del servicio Policial, ni en desarrollo de operaciones de las que se encuentra encargada la Policía Nacional como componente de la Fuerza Pública, se trata presuntamente lo denunciado del obrar de la oficial al margen de los postulados normados en la Constitución, la Ley y los reglamentos para los miembros de la Policía Nacional eventualmente en el ámbito disciplinario pero no de la presunta comisión del delito relacionado estrechamente con el servicio como se exige.⁷.

Por último, adujo el señor Juez 168 de Instrucción Penal Militar:

"Considerando que por expreso mandato legal le está prohibido a la Jurisdicción Castrense adelantar investigaciones por hechos que no estén íntimamente relacionados con el servicio, Art 3°; procede el despacho a estar a ello y en consecuencia habiéndose verificado con el escrito de denuncia que el proceder de la señora capitán RISCANEVO ESPITIA DORA YANNETH, policial denunciada, no corresponde a una extralimitación en el ejercicio de sus funciones policiales que de ser así sería investigada por la especializada castrense, sino que por el contrario la presunta actuación de esta, corresponde al actuar en forma personal, actuación que mal puede considerarse acto del servicio, realizar un comportamiento NO relacionado con la misión constitucional de proteger vidas, bienes, y de garantizar el ejercicio de derechos rompe el nexo causal que unía el comportamiento investigado al fuero castrense, razón suficiente por la cual se considera remitir el diligenciamiento a la Región Cinco de Policía a fin de que asuma la presente investigación por competencia en cumplimiento a la

⁷ Folio 53 Ibidem.

previsión del art. 458 de la ley 522 de 1999, en razón a que la acción penal no puede iniciarse."⁸.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El denunciante, CT. ANGEL RODRIGO TORRES RODRÍGUEZ, solicitó la revocatoria de la providencia impugnada, para lo cual expuso que se encontraba en desacuerdo con lo expresado por el Juez 168 de Instrucción Penal Militar en el sentido que el hecho no tiene relación con el servicio, aquello en razón a que las *"afugias que he sufrido como consecuencia de estos lamentables hechos se suscriben en efecto por tratarse de una señora oficial que en el pleno ejercicio de su calidad policial y función decide inmiscuirse en mi vida personal y profesional aduciendo incongruencias y argumentos soslayados de mi comportamiento"*⁹ y teniendo en cuenta las discrepancias que surgieron por la asignación de un vehículo oficial.

Añadió que las afirmaciones también van en detrimento de la imagen de su *"esposa"* quien ostenta un grado en el nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo.

Refirió que el *"intríngulis del asunto"* [sic] inició desde el supuesto acoso laboral al que el denunciante tenía sometida a la CT. RISCANEVO ESPITIA, lo cual en su sentir guarda directa proporción con una misión o deber institucional, ya que todos los hechos ocurrieron en el marco de su

⁸ Folio 56 *Ibidem*.

⁹ Folio 69 *Ibidem*.

función policial y de las actividades institucionales desarrolladas por la sindicada como Jefe Administrativa y Financiera del Departamento de Policía Santander y del denunciante como funcionario adscrito a la Oficina de Planeación de esa misma unidad.

Luego de citar y transcribir el artículo 221 de la Constitución Política de Colombia y algunos apartes de las sentencias C-358 de 1997 y C-878 de 2000 referidas al fuero penal militar, afirmó:

*"(...) queda en evidencia: 1), que mi relación con la denunciada señora oficial obedece a situaciones netamente institucionales que se enmarcan en el cumplimiento de mi función policial e institucional en desarrollo del mando jerarquizado y en actividades del servicio. 2) que las distintas inconformidades plasmadas como injuriosas y calumniosas son relativas, SIEMPRE, a mi labor como oficial subalterno y en ejercicio de las funciones asignadas en mi cargo en la Oficina de Planeación, 3) que fueron dentro de los horarios laborales y dentro, inclusive, de las instalaciones policiales, 4) que el informe que suscribe en mi contra inclusive lo signa como Jefe Administrativa y Financiera del Departamento de Policía Santander"*¹⁰

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El doctor JORGE AUGUSTO CAPUTO RODRÍGUEZ, Procurador 2° Judicial Penal II de Apoyo a Víctimas, solicitó confirmar el auto inhibitorio impugnado para lo cual arguyó que si bien es cierto existen evidencias de una serie de tratos inoportunos y desacertados entre

¹⁰ Folio 74 *Ibidem.*

el CT. ANGEL RODRIGO TORRES RODRÍGUEZ y la CT. DORA YANNETH RISCANEVO ESPITIA, no se observa que estos se configuren dentro de la movilidad de las normas rectoras de la jurisdicción castrense.

Refirió que la conducta de la imputada de cara a lo señalado en el artículo 1° de la Ley 522 de 1999, no guarda relación con el servicio policial.

Destacó que es claro que la relación de los dos oficiales no es la mejor y precisamente por ello la denunciada solicitó convocar al Comité de Convivencia Laboral, por existir posibles hechos constitutivos de acoso laboral, mismos que deben abordarse desde la óptica disciplinaria y de control interno en la institución policial, pero que no transgreden disposiciones penales, por lo que solo se trata de hechos del plano personal que han trascendido al laboral.

Así mismo afirmó:

*"Expresiones desatinadas del superior o del inferior para con sus compañeros, en el ejercicio de sus funciones administrativas que no transgreden la humanidad del sujeto pasivo, no constituyen en sí mismas infracción a la ley penal, de tal suerte que afirmaciones subidas de tono y demás hechos generados en el entorno laboral, siempre que no inciten a la violación del bien jurídico que afecte el servicio, deben ser sometidas a instancias correctivas distintas a la castrense, pues no se deriva responsabilidad penal en ellas."*¹¹

¹¹ Folio 105 Ibidem.

Señaló que existen suficientes pruebas documentales que permiten inferir que el actuar de la CT. RISCANEVO ESPITIA no encuadra en ningún tipo penal y mucho menos que con su proceder afectó el servicio de la institución policial, razón por la cual no ha existido hecho reprochable en la jurisdicción castrense.

VII. DE LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación cuya resolución concita la atención de la Sala Tercera de Decisión en el presente evento, ello de conformidad con el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999, normatividad que en punto a la ritualidad procesal ha venido siendo aplicada tanto respecto de hechos acontecidos con anterioridad al 17 de agosto de 2010, fecha de entrada en vigencia del *códex* castrense de este año¹², como de los ocurridos con posterioridad a la misma -no empece encontrarse vigente en el ordenamiento jurídico Colombiano el Código Penal Militar de 2010, Ley 1407 de este año, el que resulta aplicable al caso *sub judice* dada la fecha de presunta ocurrencia de los hechos materia de investigación en lo tocante con aspectos sustanciales y algunos procesales de contenido sustancial- mientras se produce en la jurisdicción foral la implementación sucesiva del sistema

¹² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Autos mayo de 2011, radicado 36412; junio 22 de 2011, radicado 36737, noviembre 08 de 2011, radicado 37797; y marzo 07 de 2012, radicado 38401.

acusatorio en los términos del título XIX de la última de estas codificaciones.

Lo anterior, se habrá de recordar, con la limitación impuesta por el artículo 583 del código de 1999 en el sentido de que el recurso en comento permite a esta instancia revisar únicamente los aspectos impugnados, ello claro está salvo que se trate de eventos de nulidad, razón vinculante o temas inescindiblemente ligados a aquel que es objeto de disenso.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Llevada a cabo con inmediata precedencia la sinopsis de las principales actuaciones procesales adelantadas en la presente indagación, al igual que extractadas las motivaciones esbozadas en el escrito de alzada a título de sustentación del disenso del recurrente respecto de la decisión judicial objeto de control en esta instancia y asimismo la posición del representante de la sociedad ante la misma en su concepto de rigor, la Sala con miras a abordar el problema jurídico planteado seguirá el siguiente derrotero metodológico a título de carta de navegación: i) se rememorará lo concerniente a la competencia de la jurisdicción castrense para investigar, acusar y sancionar los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública; ii) se decantarán los fines de la indagación preliminar y la procedencia del auto inhibitorio y, finalmente, iii) se adoptará la decisión que en Derecho

corresponde respecto del asunto sometido a conocimiento de esta Colegiatura.

i) La competencia de la Justicia Penal Militar y Policial.

Al efecto deberá evocarse, como igualmente se hiciera en pronunciamiento de esta Sala¹³ con ponencia de quien ahora cumple idéntico rol, que conteste ha sido la línea jurisprudencial trazada por la Corte Suprema de Justicia y por la Corte Constitucional, en punto a la operancia del fuero penal militar¹⁴ y a su alcance restringido y excepcional.

Ello, han aquilatado dichas Altas Cortes, a partir de la verificación de los elementos o factores que lo identifican y determinan, esto es, (i) la interpretación restrictiva de la aserción "en relación con el servicio" contenida en el artículo 221 constitucional; (ii) la existencia de un vínculo claro, una relación directa, un nexo estrecho, entre la conducta catalogada como punible y las actividades militares o policiales; (iii) la noción de delito susceptible de ser cobijado por el fuero militar, en el entendido que ha de tratarse de una desviación o extralimitación de las funciones que incumben constitucional y legalmente al miembro de la Fuerza Pública y cuya ejecución éste inició de

¹³ Auto febrero 22 de 2018, radicado 158855.

¹⁴ El término fuero se define en forma general como la competencia jurisdiccional especial que corresponde a ciertas personas por razón de su cargo, siendo esta una de las acepciones que ofrece el Diccionario de la Lengua Española.

manera acorde al marco normativo que le es anejo pero luego de ello incurrió en un exceso o desvío de las mismas, de suerte que no abarca los eventos en los cuales el sujeto agente desde un inicio obra con propósitos delictivos ajenos a sus funciones, lo que no puede confundirse, se aclara, con los actos ideativos propios del *iter criminis*; y (iv) la necesidad de descartar el fuero cuando la relación con el servicio no se deriva con claridad de las pruebas practicadas o cuando persisten dudas en esos aspectos¹⁵.

Orientación reiterada en decisión¹⁶ en la que el órgano de cierre de esta jurisdicción especializada aquilatara:

"i) La justicia penal militar constituye una excepción a la regla ordinaria y se aplica exclusivamente cuando en el agente activo concurren dos elementos:

x) El subjetivo, (relativo a que el sujeto activo del comportamiento presuntamente punible debe ser miembro de la Fuerza Pública), y,

b) De carácter funcional (referido a que el delito cometido debe tener relación con el servicio), elemento que representa el eje central para la competencia militar.

x) El ámbito del fuero penal militar debe ser interpretado de manera restrictiva, en el entendido

¹⁵ Ver, entre muchas otras, Corte Constitucional, sentencias C-358 de 1997; C-368 de 2000; C-878/00 y T-677-02 y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia febrero 13 de 2003, rad. 15705; sentencia abril 11 de 2007, rad. 25630; sentencia octubre 27 de 2008, rad. 30641; sentencia noviembre 1º de 2007, rad. 26077; sentencia agosto 18 de 2010, rad. 29934, sentencia octubre 14 de 2015, rad. 37748 y sentencia octubre 12 de 2016, rad. 37895, SP14545-2016.

¹⁶Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia abril 05 de 2017, rad. 340282, SP5104-2017.

que el delito cometido "...en relación con el servicio..." es aquel realizado en cumplimiento de la labor.

x) Debe existir un vínculo claro en el origen del delito y la actividad de servicio. Se impone que esa relación sea directa, un nexo estrecho.

iv) La conducta punible debe surgir como una extralimitación, desvío o abuso de poder en desarrollo de una actividad vinculada directamente a una función propia. Si se está dentro de una sana y recta aplicación de la función y en cumplimiento de ella se origina y desarrolla el delito, este tiene un vínculo sustancial con aquella y resulta de buen recibo el fuero.

v) El nexo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, no hipotético y abstracto, de donde deriva que el exceso o la extralimitación deben darse dentro de la realización de una tarea propia de las funciones de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

vi) Si desde el inicio el agente activo tiene propósitos delictivos y utiliza su investidura para delinquir, no lo ampara el fuero. Si se llega a la función con el propósito de ejercerla con fines delictivos y en desarrollo de estos se cumple aquella, se está frente a una actividad criminal que no puede cobijar el fuero.

vii) El nexo se rompe cuando el delito es de una gravedad inusitada, como en aquellos de lesa humanidad, por la plena contrariedad entre la conducta punible y los cometidos de la fuerza pública, como que se trata de ilícitos manifiestamente contrarios a la dignidad humana y a los derechos de la persona.

viii) Un acto del servicio nunca puede ser delictivo, por ende, aquel no será castigado, como sí el que tenga "relación con el servicio".

ix) La relación con el servicio debe surgir con claridad de las pruebas. Si existe duda, se descarta

el fuero y la competencia es del juez común, pues la del extraordinario (el militar) debe estar demostrada plenamente.

x) Si el delito comporta la violación grave de un derecho fundamental o del derecho internacional humanitario, siempre debe tenerse como ajeno al servicio."

En suma, haciendo propias las palabras de la Corte Constitucional¹⁷, para que un delito sea de competencia de la Justicia Penal Militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, entre la conducta ilícita investigada y el cuadro funcional que incumbe al militar o policía por expresa disposición constitucional, legal o reglamentaria, ello al punto que el injusto sea el producto de un ejercicio extralimitado o desviado de la función normal y legítima que en un principio aquel había emprendido pero que, dolosa o culposamente, fue alterada en el interregno -exceso cuantitativo- originándose un resultado contrario al ordenamiento jurídico penal.

Es por ello que para que el fuero penal militar se active y tenga material operancia permitiendo a la jurisdicción castrense investigar, acusar y juzgar a un miembro activo de la Fuerza Pública -e inclusive a aquel que con posterioridad a la comisión de la conducta delictiva ha pasado a la reserva activa o al retiro-, es presupuesto indispensable que este *ab initio* haya dirigido su voluntad final de acción al cumplimiento de un acto legítimo inserto en aquel

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-358 de 1997 ya citada.

cuadro funcional, ejercicio en cuyo desarrollo se presenta el precitado exceso cuantitativo -no cualitativo pues esto aparejaría una nueva relación de riesgo ajena al acto del servicio¹⁸-, un error en la intensidad de su actuar que implica un desbordamiento de la función militar o policial que le es propia; sólo entonces podrá postularse válidamente que el comportamiento realizado tiene un vínculo próximo, real y directo con el servicio, lo que permite, en tanto nexos sustancial, inferir la vigencia y reconocimiento del prenombrado fuero castrense.

ii) Los fines de la indagación preliminar.

Inicialmente se ha de rememorar que esta Corporación de antaño ha decantado que la indagación preliminar dentro del esquema dogmático procesal inquisitivo con matiz acusatorio inserto en el Código Penal Militar de 1999 corresponde a una etapa preprocesal que tiene como propósito determinar si hay lugar o no al ejercicio de la acción penal. Oportunidad dentro de la cual se deben emprender las actuaciones investigativas tendientes a determinar la ocurrencia de la conducta típica, la procedibilidad de la acción penal, así como a lograr la individualización o identificación de los autores o partícipes del presunto delito, conforme lo establece el artículo 451 de la Ley 522 de 1999¹⁹.

¹⁸ Ver, entre otras, sentencia SU-1184 de 2001. M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT y T-932/02, M.P. JAIME ARAUJO RENTERIA.

¹⁹ "FINALIDADES DE LA INDAGACIÓN PRELIMINAR. En caso de duda sobre la procedencia de la apertura de la investigación, la indagación preliminar

Por su parte el artículo 458 *ejusdem* dispone, bajo el epígrafe "Auto inhibitorio", que "El funcionario se abstendrá de iniciar el proceso cuando de las diligencias practicadas apareciere que el hecho no ha existido o que la conducta es atípica o que la acción penal no puede iniciarse".

Una averiguación de esta naturaleza solo puede desembocar en el inicio de una investigación formal tal, cuando se reúna la totalidad de los presupuestos en cuestión, esto es, a) que realmente haya ocurrido el hecho del cual da cuenta la *notitia criminis* (que fenoménicamente eso que se denunció o conoce el funcionario por virtud de su facultad oficiosa, tuvo manifestación material, concreta o perceptible por los sentidos), b) que el mismo efectivamente se halle positivizado como punible en un tipo penal (tipicidad objetiva), c) que no exista ninguna circunstancia que troque en improcedente el ejercicio punitivo del Estado (v.gr. la ausencia de querrela cuando esta se requiere, la prescripción, la oblación, la muerte del procesado, el desistimiento, la amnistía, la conciliación, etc.) y d) que se identifique, o al menos se individualice, a la persona o personas a quienes se señale de ser autores o partícipes (esto porque el proceso penal tiene un destinatario que eventualmente puede sufrir

tendrá como finalidad la de determinar si hay lugar o no al ejercicio de la acción penal. Pretenderá adelantar las medidas necesarias tendientes a determinar si ha tenido ocurrencia el hecho que por cualquier medio haya llegado a conocimiento de las autoridades; si está descrito en la ley penal como punible; la procedibilidad de la acción penal y practicar y recaudar las pruebas indispensables con relación a la identidad o la individualización de los autores o partícipes del hecho."

las consecuencias punitivas previstas en la disposición sustancial violada y tales consecuencias solo pueden inferirse cuando haya plena prueba de la responsabilidad, esto es, cuando exista certidumbre sobre la persona respecto de quien se formula el juicio de esa naturaleza, amén de que ello evita incurrir en errores judiciales respecto del justiciable).

A *contrario sensu*, el resultado de la pesquisa será el de inhibirse de desatar la acción penal cuando el hecho, en su sentido naturalístico se itera, no ha existido (fenoménicamente nunca aconteció) o la conducta es atípica (no confluyen los elementos que corresponden al tipo objetivo) o la acción penal no puede iniciarse (por cuanto subyace una circunstancia objetiva que torna en improcedente el ejercicio de la acción penal).

Así las cosas, refulge que en tratándose de la indagación preliminar lo que compete al operador judicial es una constatación de lo llegado a su conocimiento, que no demande ingentes esfuerzos probatorios, ni complejas elucubraciones jurídico racionales, aunque sí apoyada en razonamientos lógicos y con un mínimo de sustento probatorio, de cara a los presupuestos elementales para abordar una investigación penal formal, constatación que de no reunir la totalidad de esos requisitos, los precisados párrafos atrás, conducirán perentoriamente a la adopción de la pluricitada decisión inhibitoria.

Frente al particular el Tribunal Constitucional Colombiano, ha señalado:

"La investigación previa es una etapa anterior a la apertura de la instrucción, encaminada a esclarecer los vacíos probatorios que impidan hacer claridad acerca de la existencia del hecho, de la identidad de los infractores o sobre el ejercicio de la acción penal.

La investigación previa como etapa anterior al proceso persigue determinar si hay lugar o no a la acción penal... El objeto de la investigación en esta fase previa al proceso consiste en asegurar las fuentes de prueba y "adelantar las medidas necesarias tendientes a determinar si ha tenido ocurrencia el hecho que por cualquier medio haya llegado a conocimiento de las autoridades; si está descrito en la ley penal como punible; la procedibilidad de la acción penal; practicar y recaudar las pruebas indispensables en relación con la identidad de los autores o partícipes del hecho y su responsabilidad"²⁰

Ha reflexionado igualmente el órgano plural cancerbero de la indemnidad de la Constitución Política, haciendo referencia al archivo de las diligencias, que éste tiene operancia cuando se constata la ausencia de los presupuestos mínimos para ejercer la acción penal, presupuestos mínimos que los identifica con los elementos objetivos del tipo penal independientemente de las diferentes alternativas que brinda la dogmática jurídica contemporánea y la misma jurisprudencia especializada, esto en términos que se trasuntarán a continuación dada su correspondencia con las antes

²⁰ Corte Constitucional Colombiana, sentencia C-595 de 1998, MP. EDUARDO CFUENTES MUÑOZ.

citadas finalidades de la indagación preliminar²¹ y con las circunstancias que al interior de la jurisdicción castrense dan paso al proferimiento del auto inhibitorio regulado en el arto 458 del código castrense de 1999²²:

"Para que un hecho pueda ser caracterizado como delito o su existencia pueda ser apreciada como posible, se deben presentar unos presupuestos objetivos mínimos que son los que el fiscal debe verificar. Dichos presupuestos son los atinentes a la tipicidad de la acción. La caracterización de un hecho como delito obedece a la reunión de los elementos objetivos del tipo. La posibilidad de su existencia como tal surge de la presencia de hechos indicativos de esos elementos objetivos del tipo.

Sin entrar en detalles doctrinarios sobre el tipo objetivo, se puede admitir que "al tipo objetivo pertenece siempre la mención de un sujeto activo del delito, de una acción típica y por regla general también la descripción del resultado penado"²³. Cuando el fiscal no puede encontrar estos elementos objetivos que permiten caracterizar un hecho como delito, no se dan los presupuestos mínimos para continuar con la investigación y ejercer la acción penal. Procede entonces el archivo."²⁴

Por su parte, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia desde antaño tiene dicho que:

"...el auto inhibitorio representa una opción jurídica de finiquito de una investigación previa con

²¹ Cfr. Vid Nota 7.

²² Ley 522 de 1999, artículo 458, "Auto inhibitorio. El funcionario se abstendrá de iniciar el proceso cuando de las diligencias practicadas apareciere que el hecho no ha existido o que la conducta es atípica o que la acción penal no puede iniciarse."

²³ Roxin, Claus. 1999. Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Fundamentos la Estructura de la Teoría del Delito, p. 304. Madrid, Civitas.

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-1154 de 2005.

afincamiento serio en las pruebas obtenidas dentro de tal etapa probatoria... la ejecutoria formal de la providencia, si bien hace revocable la providencia en cualquier tiempo (salvo que la acción haya prescrito), genera en todo caso cierta seguridad jurídica para las partes involucradas en el asunto, la que la normatividad procesal garantiza exigiendo como presupuesto necesario para su derrumbamiento la aparición de nuevas pruebas que tengan la virtualidad fáctica de infirmar las conclusiones adoptadas con anterioridad y con fundamento en otras pruebas... la ejecutoria formal lo hace gozar también de presunciones de legalidad y acierto y en ello radica la seguridad jurídica que a partir de tales decisiones el Estado ofrece a los asociados. Deben entonces aportarse nuevas pruebas o nueva prueba - no puede aceptarse el formulismo de que la norma se refiere a un número plural -, distintas de las que tuvo oportunidad de recaudar, apreciar y evaluar el Funcionario Judicial para la adopción de la decisión inhibitoria²⁵.

Por su parte, en relación con la procedencia del auto inhibitorio, la Corte Suprema de Justicia ha apuntalado:

"Con la resolución inhibitoria el Fiscal (y antes, el juez de instrucción) se abstenia de dar inicio al sumario siempre y cuando se hicieran evidentes las siguientes circunstancias:

- a) Cuando la conducta no ha existido.
- b) Cuando la conducta es atípica.
- c) Cuando la acción penal no puede iniciarse. Y,
- d) Cuando está demostrada una causal de ausencia de responsabilidad.

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de única instancia de 25 de noviembre de 1997, radicación 12112; en el mismo sentido auto de única instancia de 16 de diciembre de 1997, radicación 12143.

La Sala desde antaño tiene dicho que:

"el auto inhibitorio representa una opción jurídica de finiquito de una investigación previa con afincamiento serio en las pruebas obtenidas dentro de tal etapa probatoria... la ejecutoria formal de la providencia, si bien hace revocable la providencia en cualquier tiempo (salvo que la acción haya prescrito), genera en todo caso cierta seguridad jurídica para las partes involucradas en el asunto, la que la normatividad procesal garantiza exigiendo como presupuesto necesario para su derrumbamiento la aparición de nuevas pruebas que tengan la virtualidad fáctica de infirmar las conclusiones adoptadas con anterioridad y con fundamento en otras pruebas... la ejecutoria formal lo hace gozar también de presunciones de legalidad y acierto y en ello radica la seguridad jurídica que a partir de tales decisiones el Estado ofrece a los asociados. Deben entonces aportarse nuevas pruebas o nueva prueba - no puede aceptarse el formulismo de que la norma se refiere a un número plural -, distintas de las que tuvo oportunidad de recaudar, apreciar y evaluar el Funcionario Judicial para la adopción de la decisión inhibitoria"²⁶.²⁷. (Negrillas y subrayas fuera del texto original)

iii) Análisis y resolución del caso concreto.

Desde ya anuncia la Sala que el auto adiado 10 de mayo de 2018 a través del cual el Juzgado 168 de Instrucción Penal Militar se inhibiere de abrir investigación penal formal al interior de la presente indagación preliminar adelantada en contra de la CT. DORA YANNETH RISCANEVO ESPITIA, delito por establecer, será objeto de revocatoria, ello de

²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de única instancia de 25 de noviembre de 1997, radicación 12112; en el mismo sentido auto de única instancia de 16 de diciembre de 1997, radicación 12143.

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto julio 05 de 2007, expediente No. 11-001-02-30-015-2007-0019, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

conformidad con las potisimas razones que se verterán a continuación.

Lo previamente decantado en el acápite de la actuación procesal, particularmente las consideraciones enarboladas por el funcionario titular del referido despacho a guisa de cimiento de la determinación confutada, si bien permiten advertir las irrefragables imprecisiones dogmáticas en las que el mismo incurrió en punto a las circunstancias objetivas que tornan en improcedente el ejercicio de la acción penal, también dan cuenta que de manera acertada llegó a la conclusión de que el conocimiento de la presente indagación no corresponde a la jurisdicción castrense, ello en tanto no se evidencia de manera objetiva ningún nexo sustancial entre la conducta denunciada y el cumplimiento de los mandatos funcionales atribuidos por la Constitución Política, la ley y los reglamentos a los miembros de la Fuerza Pública, ello de conformidad con lo preceptuado por los artículos 217, 218 y 221 Superiores y por el arto 2° del Código Penal Militar (Ley 522 de 1999).

Y ello es así, en la medida que palmar se avizora que efectivamente la conducta endilgada a la CT. DORA YANNETH RISCANEVO ESPITIA, misma que el denunciante postula como delictiva y transgresora de su honra y buen nombre, no tuvo material acontecer en el cumplimiento por parte de ésta uniformada de alguna o algunas de las funciones anejas a su condición policial, lo que de por sí determina la

incompetencia de la jurisdicción castrense para conocer de la misma, además que nos es dable pregonar que el comportamiento que aquel le endosara tenga un vínculo próximo, real y directo con el servicio que le concernía a la prenombrada como oficial de la Policía Nacional, menos que haya sido cometido con desbordamiento o desviación de una función legítima del servicio inserta en el cuadro funcional que le era propio.

Acierto que, por otro lado, no es dable de predicar en relación con la decisión que, acorde con lo anterior, debió haber adoptado el funcionario en comento al determinar que la jurisdicción especializada carecía de competencia para adelantar la investigación de las conductas denunciadas por el CT. ANGEL RODRIGO TORRES RODRÍGUEZ, pues tergiversó el real contenido y alcance de la circunstancia contenida en la legislación castrense para proferir auto inhibitorio cual es la de la imposibilidad de iniciar la acción penal, ello al estimar que por carecerse de competencia el ejercicio de la acción penal se tornaba en improcedente o en improseguible, pretermitiendo que esta objetiva circunstancia en realidad tiene operabilidad y aplicabilidad, como se detallare *ut supra*, en los específicos eventos en que aquella acción se ve avocada a su extinción, esto es, en tratándose de ausencia de querrela cuando esta se requiere, de prescripción, de oblación, de muerte del procesado, de desistimiento, de amnistía, de conciliación, de indemnización integral, de retractación y de pago, estas tres

últimas circunstancias en los casos previstos en la ley aclara la Sala.

Son las anteriores elucidaciones, vertidas en los párrafos precedentes, más que suficientes para que esta Corporación disponga la revocatoria de la decisión inhibitoria confutada pero no por las razones alegadas por el opugnante sino por las edificadas por esta Sala de Decisión, ello con miras a que el acto de jurisdicción subsecuente a adoptar por el despacho instructor -bien el de remitir por competencia y de manera motivada las diligencias a la jurisdicción ordinaria por carecer la jurisdicción foral de dicho factor de atribución jurídica para adelantar la acción penal por los hechos denunciados, ora el de remitirlas coetáneamente con las de la autoridad competente en materia disciplinaria como fuere en su comento considerado- se ciña a Derecho.

En mérito de lo expuesto, la Tercera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial,


IX. R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR el auto interlocutorio del 10 de mayo de 2018 por medio del cual el Juzgado 168 de Instrucción Penal Militar se inhibió de abrir investigación formal dentro de la presente causa penal que se sigue en contra de la CT. DORA YANNETH RISCANEVO ESPITIA, delito por establecer, de

conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión judicial.

SEGUNDO: Una vez en firme la presente decisión de conformidad con la normatividad penal aplicable al rito procesal penal militar²⁸ y surtido el trámite a que haya lugar por parte de la Secretaría de la Corporación, **DEVUÉLVANSE** las diligencias penales de la referencia al despacho judicial de origen - Juzgado 168 de Instrucción Penal Militar-, para lo de su competencia.

CÓPIESE, RADIQUESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE


Capitán de Navío (RA) **JULIÁN ORDUZ PERALTA**
Magistrado Ponente

²⁸ Ley 522 de 1999, artículo 341, "FORMAS DE NOTIFICACIÓN. Las notificaciones al procesado que estuviere detenido y al agente del Ministerio Público, siempre se harán en forma personal.

Las notificaciones al procesado que no estuviere detenido, a los defensores y al apoderado de la parte civil, se harán personalmente si se presentaren a la secretaria dentro de los dos (2) días siguientes al de la fecha de la providencia; pasado este término sin que se haya hecho la notificación personal, habiéndose realizado las diligencias para ello, las sentencias, las resoluciones acusatorias y los autos de cesación de procedimiento se notificarán por edicto. Los demás autos se notificarán por estado."

Ley 600 de 2000, artículo 187, "EJECUTORIA DE LAS PROVIDENCIAS. Las providencias quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas si no se han interpuesto los recursos legalmente procedentes. La que decide los recursos de apelación o de queja contra las providencias interlocutorias, la consulta, la casación, salvo cuando se sustituya la sentencia materia de la misma y la acción de revisión quedan ejecutoriadas el día en que sean suscritas por el funcionario correspondiente."



Coronel **MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ**
Magistrado



Coronel **WILSON FIGUEROA GÓMEZ**
Magistrado



MARTHA FLOR LOZANO BERNAL
Secretaria