

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala : Primera de Decisión
Magistrado ponente : CN (RA). JULIÁN ORDUZ PERALTA
Radicación : 158897-0141-I-154-EJC
Procedencia : Juzgado Séptimo Penal Militar de
Brigada Ejército Nacional
Procesado : SS. WILLIAM JAVIER BALCERO
Delito : Homicidio culposo
Motivo de alzada : Apelación sentencia condenatoria
Decisión : Declara desierto.

Bogotá D.C., octubre dieciocho (18) de dos mil
veintidós (2022).

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la Primera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial a decidir en Derecho en relación con el recurso de apelación impetrado por la abogada RUTH CUERVO ORDOÑEZ, defensora contractual del procesado, CP. WILLIAM JAVIER BALCERO, en contra de la sentencia adiada 23 de febrero de 2018 por medio de la cual el Juzgado Séptimo Penal Militar de

Brigada del Ejército Nacional, sito en la ciudad de Ibagué (Tolima), condenara al precitado investigado como autor responsable del punible de homicidio culposo por el cual fuere llamado a juicio.

II. HECHOS

Fueron sincretizados por la falladora de primer grado, TC. PIEDAD CENAIDA GÓMEZ MARTÍNEZ, en la sentencia confutada, ello en los siguientes términos:

*"Sobre las 12:05 horas del día 04 de octubre de 2010, en el Batallón de Instrucción, Entrenamiento y Reentrenamiento No. 6 ubicado en el municipio de Piedras - Tolima, durante la instrucción de supervivencia de combate en el agua, a cargo del CP. BALCERO WILLIAM JAVIER como Instructor de la materia, finalizando el ejercicio de paso a flor de agua, el Soldado Campesino CORRALES VELA RIYER perdió la vida por inmersión."*¹.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Por razón del marco fáctico antes bosquejado, por auto del 15 de octubre de 2010 el Juzgado 79 de Instrucción Penal Militar dio inicio a indagación preliminar, en averiguación de responsables, "por la presunta comisión del punible AUN POR DETERMINAR"² y luego de adelantar una serie de pesquisas recopiladas

¹ Folio 1010, C.O.6.

² Folio 1, C.O.1.

en el cartulado, decidió mediante auto adiado 09 de febrero de 2011 dar inicio a formal investigación penal en contra del entonces CP. WILLIAM JAVIER BALCERO "por el punible de **HOMICIDIO CULPOSO**, (...) "³ por la muerte del SL. RIYER CORRALES VERA; habiéndose vinculado a la misma mediante diligencia de indagatoria al precitado suboficial el 11 de abril de la precitada anualidad⁴, su situación jurídica fue resuelta en provisionalidad mediante proveído interlocutorio del 25 de los citados mes y año en el sentido de abstenerse de imponer en su contra medida de aseguramiento al no concurrir los fines constitucionales para ello⁵.

Al considerar el ente investigador que la investigación se encontraba perfeccionada en lo posible, ordenó su remisión vía auto del 18 de mayo de 2011 a la Fiscalía 19 Penal Militar con sede en la Novena Brigada del Ejército Nacional⁶, remisión que se hizo efectiva con oficio No. 1571 de la precitada fecha⁷.

Despacho que consideró que dentro de la investigación adelantada aún no se encontraban cumplidos los fines establecidos en los artículos 460 y 469 del Estatuto Punitivo Castrense de 1999, por lo que mediante auto

³ Folios 495 y V., C.O.3.

⁴ Folios 527 a 533ds, *ibídem*.

⁵ Folios 535 a 556, *ibídem*.

⁶ Folio 569, *ibídem*.

⁷ Folio 570, *ibídem*.

del 30 de octubre de 2013 dispuso su regreso al juzgado instructor para la práctica de otros medios probatorios allí dispuestos⁸.

Una vez cumplido lo ordenado por la antes referida fiscalía penal militar, la actuación fue devuelta a la misma mediante oficio No. 3226 del 12 de diciembre de 2014⁹, siendo clausurado el ciclo instructivo por parte de la Fiscalía 19 Penal Militar con auto del 06 de septiembre de 2017¹⁰ y calificado el mérito del sumario vía resolución interlocutoria del 02 de noviembre del año en precedencia, llamando a responder al investigado "*como autor responsable del delito de (...) **HOMICIDIO CULPOSO**, (...)*"¹¹.

Habiendo cobrado ejecutoria formal y material la pieza ejecutoria el 28 de noviembre de 2017¹², se envió la actuación por competencia vía oficio No. 735 del 30 del citado mes y año al Juzgado Séptimo de Brigada del Ejército Nacional¹³, despacho que, luego de avocar el conocimiento de la actuación, por auto del 11 de diciembre de 2017 decretó el inicio del juicio y corrió traslado común a los sujetos procesales para la eventual solicitud probatoria¹⁴, luego de lo cual fijó fecha y hora para llevar a cabo

⁸ Folios 577 a 579, *ibídem*.

⁹ Folio 828, C.O.5.

¹⁰ Folio 849, *ibídem*.

¹¹ Folios 889 a 960, *ibídem*.

¹² Folio 968, *ibídem*.

¹³ Folio 969, *ibídem*.

¹⁴ Folio 971, *ibídem*.

la audiencia de Corte Marcial para juzgar la conducta del ahora SS. WILLIAM JAVIER BALCERO¹⁵, la cual se llevó a cabo el 21 de febrero de 2018¹⁶, dictándose sentencia de condena en su contra el 23 de los citados mes y año¹⁷.

Inconforme con esta decisión, la abogada RUTH CUERVO ORDOÑEZ, defensora contractual del procesado, interpuso y sustentó en términos el recurso de alzada¹⁸, cuya resolución concita la atención de esta Primera Sala de Decisión en esta oportunidad.

IV. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

La TC. PIEDAD CENAIDA GÓMEZ MARTÍNEZ, Juez Séptimo Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional, luego de dar cuenta de la situación fáctica, de la imputación jurídica contenida en la acusación, de la identificación del procesado y de la intervención de los sujetos procesales en la audiencia de Corte Marcial, bajo el epígrafe de "**VALORACIÓN PROBATORIA Y CONSIDERACIONES JURÍDICAS**"¹⁹, dio cuenta de las condiciones militares tanto del aquí procesado como de la víctima, en su condición de suboficial y soldado campesino, en su orden.

¹⁵ Folio 979, *ibídem*.

¹⁶ Folios 1006 a 1009, C.O.6.

¹⁷ Folios 1010 a 1024, *ibídem*.

¹⁸ Folios 1032 a 1039, *ibídem*.

¹⁹ Folio 1013, *ibídem*.

Adujo que se encontraba acreditado que el aquí procesado se desempeñaba como instructor del Batallón de Instrucción, Entrenamiento y Reentrenamiento No.6 del Ejército Nacional, en tanto que el obitado se encontraba en reentrenamiento, por lo que ambos estaban en desarrollo de actividades inherentes al servicio al momento de los hechos, lo que hace radicar la competencia en esta jurisdicción especial para juzgar la conducta del enjuiciado.

Consideró probada la materialidad del punible de homicidio investigado en la humanidad del SLC. RIYER CORRALES VELA (Q.E.P.D), ello con las pericias correspondientes, v.gr. la inspección técnica de cadáver, y el informe pericial de necropsia en el cual los peritos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses determinaron el "*fallecimiento por mecanismo asfixia mecánica por sumersión, manera de muerte violenta presuntamente accidental, causa de muerte anoxia cerebral secundaria a sumersión en agua dulce.*"²⁰.

Indicó que de cara al punible investigado, el cual se encuentra contenido en el artículo 109 del Código Penal bajo el *nomen iuris* de homicidio culposo, el material probatorio obrante da cuenta que la muerte del SLC. CORRALES VELA "*no se produjo como consecuencia de una acción violenta en su contra, sino que ello*

²⁰ Folio 1014, C.O.6.

obedeció al ahogamiento que sufrió la víctima finalizando el ejercicio de cruce a flor de agua."²¹, por lo que no se puede predicar en el actuar del aquí procesado la intención de segar la vida de la víctima, estimando que se está ante un actuar "indefectiblemente culposo, entendiéndose la culpa como esa infracción al deber objetivo de cuidado que produce el resultado típico que el agente debió prever o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo."²².

Concretó la imputación al procesado en que éste "se desempeñaba como instructor de la materia de supervivencia de combate en el agua dentro de la se produjo [sic] la inmersión del SLC. CORRALES VELA y que a la postre produjo su muerte ese 04 de octubre 2010, en momento en que víctima y procesado cumplían actividades propias del servicio."²³.

Indicó que si bien dentro de la audiencia de Corte Marcial la Fiscalía, la Procuraduría y la defensa centraron su análisis en el hecho de si el procesado debía responder penalmente por el punible enrostrado desde la posición de garante, su postura es que ésta figura "es propia de la **comisión por omisión**, situación que a criterio de este despacho no se da en el caso subjudice toda vez que esta instancia considera que hubo una acción por parte del CP. BALCERO WILLIAM JAVIER que

²¹ Ídem.

²² Ídem.

²³ Ídem.

tuvo injerencia directa en el resultado muerte y desde esta premisa se realizará el estudio de la culpa.”²⁴.

Estimó, conforme a los testimonios que al efecto referenció, que *ab initio* el investigado creó un riesgo para el bien jurídico tutelado de la Vida e Integridad Personal, puesto que dio comienzo a la instrucción de supervivencia de combate en agua sabiendo que no contaba con los elementos de seguridad al efecto, ello teniendo en cuenta que era un instructor en un batallón de entrenamiento, generándose con ello el elemento subjetivo de cara al punible imprudente investigado. Además, dijo, la orden emitida para que el personal de instruidos se devolviera por el agua y formara en hilera, con la advertencia que los últimos prestarían como disponibles en la guardia aquella noche, fue una acción extremadamente imprudente al punto que hizo que el personal regresó al mismo tiempo produciéndose con ello que la cuerda se sumergiera dando como resultado que todos comenzaran a nadar para lograr la orilla, presentándose dificultades entre quienes no sabían nadar para lograr dicho cometido.

Sostuvo que uno de los instruidos fue ayudado por el SP. MILLÁN, quien en su declaración jurada dio cuenta que una vez se terminó el ejercicio al otro lado, el instructor y aquí procesado ordenó que todo el

²⁴ Folio 1015, C.O.6.

personal, incluidos los soldados profesionales y el pelotón a donde estaba adscrito el hoy interfecto, formaran en hilera para cruzar de nuevo el lago a flor de agua y que fueran pasando desorganizadamente con él a la cabeza, lo que hizo que debido al peso el cable se hundiera en la parte más honda y cuando se terminó de cruzar y tocó el fondo con el pie, notó que uno de los soldados campesinos, puntualmente el SL. CHAPARRO, se estaba ahogando, por lo que lo auxilió para salir hasta la orilla, en tanto que CORRALES VELA no tuvo la misma suerte y se sumergió para ser encontrado minutos después, perdiendo la vida finalmente.

Adveró que lo afirmado en el sentido que la precitada orden tuvo que ver de manera directa con la muerte del SLC. RIYER CORRALES VELA, se demuestra con el hecho que "*cuando se realizó propiamente el ejercicio de cruce a flor de agua*"²⁵ y el personal pasó en grupos de a cuatro no ocurrió incidente alguno, ello a pesar de no contarse con los elementos de seguridad apropiados, pero que cuando un grueso número de instruidos se apoyó en la soga para pasar rápido y evitar prestar servicio de noche, la misma no resistió y se hundió con el resultado que quienes no sabían nadar tuvieron inconvenientes para llegar a la orilla, presentándose entonces la inmersión de CORRALES VELA con los resultados ya conocidos.

²⁵ *Ídem.*

En sentir de la juez de conocimiento fueron la imprudencia y la inobservancia de los reglamentos por parte del acusado las generadoras de su infracción al deber objetivo de cuidado, considerando éste como "el núcleo esencial del delito culposo y fundamento del desvalor de la acción"²⁶, ya que para evitar lesionar los bienes jurídicos de otros se exige actuar sin crear o incrementar el riesgo antijurídico para evitar que situaciones riesgosas se tornen en lesión, como en el caso *sub examine* donde se "sobrepasó por imprudencia y desconocimiento de normas y reglamentos, los límites del riesgo permitido."²⁷.

Calificó como riesgoso, dentro de la comunidad militar, el paso de un río o lago, por lo cual se toman medidas preventivas para conjurar accidentes, existiendo un reglamento que determina los lineamientos a seguir, encontrándose puntualmente para la fecha de los hechos investigados "el Manual del Lancero", el cual está citado en el horario de la instrucción figurando como texto de consulta en la asignatura de "supervivencia combate en el agua."²⁸.

Al referirse al citado texto de consulta, que identificó como el Manual EJC-26, "Manual de Lancero", señaló que en su Capítulo X referente al cruce de obstáculos, numeral 6°, procedimiento para

²⁶ Ídem.

²⁷ Ídem.

²⁸ Ídem.

el cruce de cursos de agua, está contenido el paso a paso del "cruce a flor de agua", donde se determina que el ejercicio habrá de hacerse de forma individual y que todo el personal deberá llevar puesto chaleco salvavidas antes de realizar el cruce, como así lo señala, agregó la juez, el plan de lección No. 4 para la citada asignatura de "combate en el agua" expedido por el batallón al cual se encontraba adscrito el sumariado y que puntualmente en el apartado de "EXPLICACIÓN Y/O DEMOSTRACIÓN", numeral 1º, referente a la preparación del material, indica que todo el personal habrá de utilizar salvavidas u otro dispositivo de flotación adecuado, estimando que ello fue pretermitido por el suboficial BALCERO, pues como el mismo lo reconoció en su injurada a pesar que cerca de una docena de conscriptos dieron cuenta de no saber nadar, los pocos chalecos existentes estaban en poder de los auxiliares y de unos soldados profesionales instruidos, significando ello que a sabiendas de tal situación dio inicio a la capacitación.

Consideró que al tener el entonces CP. BALCERO el mando del personal en instrucción, contaba con la capacidad de discernir y el poder de decidir a fin de evitar que quienes no sabían nadar recibieran la instrucción sin salvavidas, ello al tener el deber de utilizar su conocimiento como instructor para

determinar si realizaba la capacitación en tales condiciones.

Señaló que a pesar de lo afirmado en la audiencia de Corte Marcial por el enjuiciado en el sentido que una vez conoció que había un personal que no sabía nadar dispuso que cada uno de ellos debía estar acompañado de un auxiliar que contaba con el chaleco salvavidas, ello no se correspondía con lo probado, porque de haber sido así no se hubieran presentado los hechos ahora investigados, considerando que *"al momento del hundimiento de la soga no había un control real de lo que allí estaba ocurriendo, por parte del instructor ni los auxiliares bajo su mando."*²⁹.

Compartió la postura del representante del Ministerio Público en la vista pública en el sentido que el actuar del enjuiciado el día fatal fue imprudente, al punto que incrementó de manera jurídicamente desaprobada el riesgo permitido, lo que generó el hecho aquí investigado en la modalidad culposa, toda vez que el actuar del procesado *"no se desarrolló con todo el cuidado que le era exigible, tal como se observa en el caso subjudice, pues BALCERO WILLIAM JAVIER incumplió su obligación de imprimir la máxima atención que requiere la instrucción de supervivencia combate de agua."*³⁰.

²⁹ Folio 1017, C.O.6.

³⁰ *Ídem.*

Consideró que, conforme a lo anterior, se puede pregonar en el grado de certeza que el investigado "infringió el deber objetivo de cuidado, obrando de manera contraria a la obligación que le era exigible como Suboficial del Ejército Nacional y como Instructor de un Batallón de Entrenamiento conoedor de las medidas de seguridad necesarias para la realización del ejercicio cruce a flor de agua, pues si bien es cierto no pretendía que el SL. CORRALES VELLA [sic] RIYER perdiera la vida en dicha capacitación, tampoco es menos cierto que no tomó las medidas de cuidado requeridas en la instrucción para evitar que se presentara algún accidente con los soldados que se encontraban en reentrenamiento, siendo entonces indudable que faltó al deber objetivo de cuidado, cuando contrariando las normas que regulan dicha actividad [sic]."31.

Luego de hacer referencia a "los elementos subjetivos de la culpa"³² y a la infracción al deber objetivo de cuidado, iteró que hubo una inobservancia de los reglamentos por parte del acusado "cuando de manera imprudente ordenó que regresaran por el lago para formar en hilera para que los cinco últimos prestaran servicio con el Disponible en la noche, comportamientos que resultan contrarios al de un hombre prudente que situación en la posición del autor y con los conocimientos espéciales que éste tenía como Suboficial instructor, no se hubiera adecuado para producir el resultado típico."³³.

³¹ Ídem.

³² Ídem.

³³ Ídem.

Sostuvo que al tratarse de una conducta riesgosa, el deber de cuidado no termina con el hecho de acatar una orden o reglamento, puesto que quien realiza tal actividad se enfrenta a variados eventos de peligro para los bienes jurídicos, lo que demanda el desarrollo de habilidades y un comportamiento que no incremente el riesgo jurídicamente autorizado, exigiéndole al sujeto agente un grado mayor de cuidado y precaución en el desarrollo de labores ordinarias, principalmente al haber recibido instrucción en tal sentido.

Con relación al argumento de la defensa en el sentido de la autopuesta en riesgo de la víctima al haber optado por realizar la prueba sin saber nadar, señaló que el incumplimiento de los reglamentos sumado a la imprudencia del procesado "*tuvo estrecho nexo de causalidad con el resultado muerte*"³⁴, amén de no poderse tener como tal la actitud del obitado, puesto que no fue una decisión "*unilateral*"³⁵ de éste en querer cruzar el lago, sino que hacía parte de la instrucción propia del reentrenamiento en que se encontraba la compañía a la cual estaba adscrito.

Indicó que doctrinariamente la imprudencia de la víctima en materia penal no excluye la culpa del autor y que no existe la compensación de culpas.

³⁴ Folio 1018, C.O.6.

³⁵ *Ídem.*

Con relación al otro argumento defensivo de la ahora recurrente consistente en que su defendido no contaba con los medios e insumos necesarios para impartir la instrucción y que dicha obligación era inherente a sus superiores, para lo cual trajo a colación la Directiva transitoria No.0380 del 31 de diciembre de 2009, consideró la falladora de primer grado que del contenido del citado documento se deduce que el mismo contiene una serie de órdenes y lineamientos para el desempeño óptimo de los batallones de instrucción y entrenamiento del Ejército Nacional, pero que contrario a lo afirmado por la defensa del procesado, allí *"no se consignan de manera específica y concreta los elementos de seguridad que para la capacitación debían ponerse a disposición del instructor, siendo el CP. BALCERO WILLIAM JAVIER el responsable de verificar que se contaran con los elementos necesarios para tal fin."*³⁶.

De otra parte, anotó que si bien la responsabilidad es individual y que se investiga la conducta del CP. WILLIAM JAVIER BALCERO como instructor en el ejercicio que culminó con el fallecimiento del SLC. RIYER CORRALES VELA (Q.E.P.D.), se ordenó la compulsión de las correspondientes copias a fin de investigar la conducta del TC. LUIS EDUARDO CASTILLO ARBELÁEZ en su condición de comandante del Batallón de Instrucción, Entrenamiento y Reentrenamiento No. 6 del Ejército Nacional para la fecha de los hechos.

³⁶ *Ídem.*

En punto a la antijuridicidad, anotó que existe certeza que la conducta desplegada por el aquí vinculado lesionó el bien jurídico de la Vida e Integridad Personal en cabeza del SLC. CORRALES VELA, resultando contrariadas las normas que protegen éste bien jurídicamente al haber incurrido el acriminado en violación al deber objetivo de cuidado, sin observarse en su actuar alguna causal de ausencia de responsabilidad.

Respecto al cumplimiento de una orden legítima que pregonó la defensa a nombre de su representado para solicitar su absolución, indicó la juez de primer grado que dicha causal de justificación está dirigida a la ejecución de una decisión legítima dentro de una relación jerárquica de superior a subordinado, exigiéndole un específico comportamiento de acción u omisión, la cual ha de ser emitida y cumplida dentro de la competencia y conforme a las formalidades correspondientes y si bien consideró que el suboficial BALCERA cumplía una orden propia del servicio en su condición de suboficial adscrito al Batallón de Instrucción y Entrenamiento No.6 del Ejército Nacional, no es viable predicar a su favor la obediencia debida como causal para relevarlo de responsabilidad.

Sustentó lo anterior en jurisprudencia de esta Corporación foral, en punto a que si bien el superior

tiene la facultad de emitir órdenes referentes al desarrollo de la misión militar que cumplan con los requisitos legales, el subalterno tiene el deber de advertencia y la capacidad de discernir, de decidir frente a una situación concreta, quedando a su criterio el cumplimiento de la misma por cuanto "*la obediencia no es ciega, sino reflexiva (...)*"³⁷, debiendo emplear su conocimiento especial como militar en el terreno "*para verificar la situación y no incrementar de forma jurídicamente desaprobada el riesgo permitido.*"³⁸.

Con relación a la culpabilidad, consideró que no evidencia al interior del proceso que haya existido en el suboficial BALCERO error en la comprensión de su actuar ilícito.

Respecto a que era de esperarse del citado cuadro un comportamiento diferente, destacó que como instructor de la materia se esperaba que actuara conforme a la ley al tener la capacidad necesaria para determinar el alcance de su actuar, habiendo podido actuar sin contrariar el mandato legal, propendiendo por todas las medidas de seguridad y así conservar durante el desarrollo de la instrucción las medidas de precaución dirigidas a evitar incidentes como el que aquí es motivo de investigación.

³⁷ Folio 1020, *ibídem*.

³⁸ Folio 1021, *ibídem*.

Finalmente, y respecto a la otra alegación de la defensa en punto a la ocurrencia de un caso fortuito, expuso la falladora primaria que tal evento no se produce por la acción del hombre sino por una fuerza externa a aquel que genera el resultado, lo cual no se encuentra probado al interior de la investigación, puesto que las pruebas recaudadas dan cuenta que la muerte aquí investigada no tuvo origen en una situación imprevisible, sino más bien por la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado por un comportamiento imprudente del sumariado, quien de haber observado los procedimientos que correspondían a la instrucción a impartir y no haber emitido la orden de regresar por el agua a un grupo numeroso, pudo evitar que se produjera el resultado que aquí es motivo de reproche.

Conforme a lo anterior, concluyó *"que la conducta desplegada por el investigado es típica, antijurídica y con implicaciones de responsabilidad, al no observarse en el análisis del injusto la concurrencia de causales de ausencia de responsabilidad, errores en la concepción de la descripción típica de la conducta o de [sic] ilicitud de la misma (...)"*³⁹, motivo por lo que profirió fallo de condena en contra del investigado, imponiéndole la pena de veinticuatro (24) meses de prisión y multa de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales

³⁹ Folio 1022, *ibídem*.

vigentes para la fecha de los hechos como autor responsable del punible de homicidio culposo.

V. ARGUMENTOS DE LA RECURRENTE

La abogada RUTH CUERVO ORDOÑEZ, defensora contractual del ahora SS. WILLIAM JAVIER BALCERO, dijo interponer el recurso de alzada contra la sentencia de condena "para que la misma sea REVOCADA y en su lugar se profiera SENTENCIA ABSOLUTORIA en favor de mi defendido, (...)"⁴⁰.

Después de hacer una referencia de los hechos, bajo el epígrafe de "**ARGUMENTOS DE SUSTENTACION**" indicó que el "Despacho incurrió en un error al proferir sentencia condenatoria sin que se haya demostrado en la audiencia de Corte Marcial la responsabilidad, (...)"⁴¹.

Dijo, refiriéndose a la intervención en la vista pública de la Fiscalía 19 Penal Militar, que éste ente acusador se limitó a iterar sobre la falta de ambulancia, médico y demás medidas de seguridad; el hecho que el hoy interfecto no sabía nadar; que su defendido tenía la posición de garante; que fue vulnerado el bien jurídico de la Vida al habersele puesto en peligro; y que la soga se sumergió ya que los auxiliares que estaban dispuestos con chalecos

⁴⁰ Folio 1032, *ibidem*.

⁴¹ *Ídem*.

salvavidas no acudieron a rescatar a los soldados que no sabían nadar.

Sostuvo conforme a lo anterior, que la fiscalía penal militar dio cuenta de la falta de recursos, con lo que "está admitiendo que en esa línea de mando: todo fallo [sic] (...) "⁴² desde el comandante del batallón, el CR. CASTILLO, el MY. RODRÍGUEZ, el ST. ARIAS, el SP. MILLÁN y el CB [sic] CARTAGENA, al ser los precitados de más rango y antigüedad que su defendido.

Agregó que en tal línea de mando, los superiores tienen la potestad de impartir órdenes como también disponer lo pertinente para que las mismas se cumplan, existiendo al efecto la solicitud que hiciera su acudido dando cuenta que no existían elementos necesarios para impartir la instrucción, siendo el CR. CASTILLO como comandante y ordenador del gasto quien tenía como facultad y deber el adquirir tales bienes, pero no lo hizo, desconociendo con ello las funciones inherentes a su cargo, como las contenidas en el "documento identificado como No.038: Directiva Para el Funcionamiento De los Batallones E Instrucción y Entrenamiento del Ejército"⁴³, cuyos "ASPECTOS A TENER EN CUENTA"⁴⁴, referenció in extenso.

⁴² Folio 1033, C.O.6.

⁴³ Ídem.

⁴⁴ Ídem.

Seguidamente se interrogó con relación a que, conforme al orden jerárquico, ¿cómo puede un Cabo Primero ordenar lo necesario para adquirir elementos, no en número de uno (01), sino de cuarenta y cinco (45) chalecos salvavidas para igual número de personal a ser instruido y a pesar de ello le ordenan realizar la instrucción dejándole a disposición solamente cuatro (04) de dichos elementos?.

Asimismo, cuestionó si su acudido "*¿Podía negarse a cumplir la orden emitida por el señor Coronel Castillo? La respuesta es simple: No. Salvo que se arriesgara a incurrir en un delito penal militar: o bien desobediencia o insubordinación.*"⁴⁵, a lo que añadió que éste, como se encuentra debidamente acreditado, para el día fatal salía a disfrutar de vacaciones.

Mencionó que para la fecha de los hechos investigados estaba soportado en la ficha médica de su prohijado que éste se encontraba afectado por una lesión de pelvis por lo que se encontraba con reubicación laboral, cuestionando también si para aquel momento su defendido se encontraba apto para desempeñarse como instructor y así controlar a más de 45 personas en el agua y sin apoyo del supervisor de seguridad.

Haciendo referencia a la afirmación de la doctora BLANCA ROMERO, a la sazón médico rural, quien dio

⁴⁵ Folio 1034, C.O.6.

cuenta que no había ni un enfermero de combate asignado para la instrucción, como tampoco una ambulancia por lo que debió llegar en un vehículo de servicio público, ni chalecos salvavidas, se preguntó una vez más si ¿se podía trasladar a su defendido la omisión en el cumplimiento de sus funciones por parte de los superiores jerárquicos de aquel?.

En punto a la afirmación del fiscal quien dio cuenta que no se le debió permitir a quienes no sabían nadar que hicieran el ejercicio, señaló que existe prueba testimonial que da cuenta que su defendido dio las pautas del ejercicio, enseñó cómo se realizaba y preguntó quiénes no sabían nadar, siendo sincero en la audiencia de Corte Marcial al mencionar que desconocía por qué el hoy occiso se encontraba en el agua siendo que él había dado la "*instrucción clara al respecto, y esa fue apartar a los que "levantaron la mano cuando el [sic] preguntó"*"⁴⁶.

Indicó que la ubicación espacial de su cliente con relación al hoy interfecto era de aproximadamente 27 metros, por lo que se cuestionó "*¿Que [sic] herramientas tuvo el [sic] para ejercer control real y efectivo de cada uno de esos más de cuarenta y cinco (45) soldados?"*⁴⁷, si "*su rango era de CP?*"⁴⁸.

⁴⁶ *Ídem.*

⁴⁷ *Ídem.*

⁴⁸ *Ídem.*

Indicó que, como dio cuenta la representante del Ministerio Público, no se ajusta a la realidad que quien no pueda desarrollar una instrucción no lo haga por cuanto ello genera consecuencias, pudiéndose auscultar el expediente sin llegar a encontrar que su defendido "*obligo [sic] al hoy occiso a realizar la actividad de cruce a flor de agua.*"⁴⁹.

Asimismo, expuso que el ente acusador hizo alusión a la violación por parte del procesado del deber objetivo de cuidado, para lo cual hizo una transliteración de un aparte de jurisprudencia constitucional⁵⁰, aduciendo que lo que se enseña allí el órgano guardián de la Carta Política no se ajusta al actuar de su prohijado teniendo en cuenta que éste informó al comandante del batallón como su superior jerárquico, requiriéndole que le facilitaran los insumos para cumplir cabalmente la orden impartida, aunque sin recibir respuesta alguna.

En punto a si los conocimientos especiales del entonces CP. BALCERO incidieron en los hechos investigados, sostuvo la impugnante acto seguido que "*todos los testimonios son coincidentes*" en que después de preguntar que quién no sabía nadar, éste consiguió un flotador y designó tres auxiliares que ubicados en el centro del lago apoyarían en caso de que alguno de

⁴⁹ Folio 1035, C.O.6.

⁵⁰ Sentencia C-115 de 2008.

los soldados "callera [sic] al agua"⁵¹, que al no contarse con un enfermero de combate -porque no lo designaron- su acudido escogió a un soldado profesional quien le dijo que sabía nadar para que fungiera como tal, que impartió instrucciones claras y que él mismo realizó el ejercicio para mostrar la manera correcta de hacerlo ya que "ya había hecho esa prueba en la mañana sin resultado adverso alguno"⁵².

A ello añadió que previo a la instrucción su defendido indagó respecto a quiénes no sabían nadar y les dijo que alzarán la mano, lo que hicieron más de trece (13) uniformados y que aquel fue calificado como excelente instructor, esto para cuestionar si ¿ubicados en el lugar de su acudido y con los precedentes ya referenciados, éste "hizo algo inadecuado el señor CP. Balceró para generar el resultado típico?"⁵³, a lo que sostuvo que la respuesta era que no.

A renglón seguido hizo una cita jurisprudencial que atribuyó a la Corte Constitucional, sin citar el radicado, ni el Magistrado Ponente, en punto a lo que se ha de entender como la elevación del riesgo, luego de lo cual expuso que contrario a ello su defendido "hizo todo lo que humanamente estaba a su alcance, y que pese a las carencias y limitaciones de todo tipo de manera

⁵¹ Folio 1035, C.O.6.

⁵² Ídem.

⁵³ Ídem.

recursiva acudió a lo poco que tena [sic] dentro de sus propios hombres, tratando de salvaguardar y anticipar cualquier contingencia"⁵⁴.

Sostuvo que tanto en el sistema penal ordinario como en la jurisdicción penal militar se establece que la carga de la prueba corresponde a la fiscalía penal militar "para demostrar responsabilidad del procesado"⁵⁵, lo que estima en éste caso no logró ser demostrado por el ente acusador, agregando que para dictar sentencia de condena deberá existir el convencimiento sobre la responsabilidad del acusado más allá de toda duda razonable y que de llegar a surgir esta, se deberá resolver a favor de su defendido, "lo que con respeto solicite [sic] del Honorable Tribunal: otorgue."⁵⁶.

Adujo que la intervención de la representante del Ministerio Público estuvo centrada en la posición de garante al calificar de imprudente el actuar de su defendido por supuestamente haber manifestado que los últimos cinco en llegar quedarían como disponibles en horas de la noche, pero, añadió, de la revisión "acuciosa" del expediente penal existe contradicción entre los diferentes testimonios, pues algunos señalan al SP. MILLÁN como el autor de tal manifestación, en tanto que otros dijeron que fue su

⁵⁴ Folio 1036, C.O.6.

⁵⁵ *Ídem.*

⁵⁶ *Ídem.*

defendido, cuestionando si su acudido estaba en la posición jerárquica de realizar tal manifestación y si, de haberlo hecho, esto hubiera producido algún efecto, máxime que no ostentaba la condición de comandante en horas de la noche frente a ninguno de los uniformados.

Sostuvo que había antecedentes al respecto, pero que ello se le atribuía al suboficial MILLÁN, por lo que deprecó que previo al estudio de las declaraciones, la duda al respecto sea resuelta a favor de su defendido *"quien bajo la gravedad del juramento y desde siempre, en cada diligencia ha manifestado que Jamás aplica este tipo de presión o castigo y que no estaba en facultad jerárquica para conseguir ese resultado."*⁵⁷.

Respecto a *"la posición de garantía y responsabilidad por acción o bien por omisión."*⁵⁸, señaló que la representante de los intereses de la sociedad olvidó *"que no sólo con predicar esta figura, se tipifica"*⁵⁹, ya que se deben analizar los elementos que la componen, los cuales entró a mencionar, como por ejemplo que se tenga el deber de impedir un resultado típico, posición que no se descuidó, ignoró ni fue obviada, como, dijo, ya había relacionado y demostrado.

⁵⁷ *Ídem.*

⁵⁸ *Ídem.*

⁵⁹ *Ídem.*

Con relación a que el agente tuviera a su cargo la protección del bien jurídicamente protegido, expuso que con meridiana certeza se tiene que no era posible predicar que tal protección existiera y que estuviera en cabeza de su defendido, aserto que adobó con citas de jurisprudencia de la Corte Constitucional⁶⁰.

En lo atinente a que se le hubiera encomendado a su representado, como garante, la vigilancia de una determinada fuente de riesgo de acuerdo con la Constitución y la Ley, dio cuenta la recurrente que a éste se le impartió una orden que en su condición de subalterno de rango bajo cumplió, pero no sin antes hacer saber a su superior jerárquico que no estaban dados los medios y recursos para llevar a cabo la instrucción y que pese a ello esta se programó, preguntándose si su defendido tenía la facultad legal para hacer lo contrario desconociendo la línea de mando y negándose a cumplir la orden, la cual *"en principio cumplía con los requisitos de la misma; clara, precisa, concisa, de posible cumplimiento y legítima (...)"*⁶¹, respondiéndose que *"NO."*⁶².

Por último, aseveró que *"Se configuran las causales de ausencia de responsabilidad penal: caso fortuito numeral 1del [sic] y 4 ibídem [sic]"*⁶³ y, previa alusión de la

⁶⁰ Sentencia C-1184 de 2008.

⁶¹ Folio 1037, C.O.6.

⁶² *Ídem.*

⁶³ *Ídem.*

sentencia SU-449 de 2016, sostuvo que *"hemos sustentado de manera reiterativa todas y cada una de las acciones desarrolladas por mi defendido cuyo objetivo fundamental era prevenir cualquier daño"*⁶⁴, ello para añadir, acto seguido, que en la sentencia SP-1483 de 2017 de la Corte Suprema de Justicia se hizo referencia a la orden legítima de autoridad competente y a la orden ilícita, circunscribiéndose esta última, señaló, a aquellas que van dirigidas a cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad, esto para advenir que *"Esta defensa ha sustentado que la orden emitida se ajustó a los requisitos de ley por ello no tenía camino diferente mi defendido: que cumplirla."*⁶⁵.

Por último y bajo el epígrafe de **"CONCLUSIONES"**, señaló que no existía elemento material probatorio que lleve a determinar que su defendido *"desconoció la posición de garante asignada"*⁶⁶ y menos que éste fuera el sujeto activo de la conducta imputada *"pues hizo todo lo que se encontraba a su alcance para prevenir y evitar que el resultado se produjere. Actuó en cumplimiento de una orden que genera una causal de ausencia de responsabilidad, que reunía las características de la misma, esbozadas en nuestro ordenamiento"*⁶⁷ y que, como lo sustentó en la vista

⁶⁴ Folios 1037 y 1038, C.O.6.

⁶⁵ *Ídem.*

⁶⁶ *Ídem.*

⁶⁷ *Ídem.*

pública, el resultado lesivo está amparado por la "causal de ausencia [sic] denominada: caso fortuito."⁶⁸.

Adicionalmente, solicitó tener en cuenta, además de la trayectoria institucional de su poderdante, su hoja de vida llena de reconocimientos y su querer de continuar al servicio de la institución armada, peticionando a esta Corporación se revoque la sentencia de condena y en su lugar se profiera fallo absolutorio a fin de que los derechos fundamentales que le asisten a su defendido no se hagan nugatorios.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El doctor JUAN CARLOS PERAFÁN BURBANO, Procurador Judicial 10 Penal II, al descorrer el traslado de rigor y luego de hacer referencia a los hechos que se determinaron en el debate llevado a cabo en la audiencia de Corte Marcial, ello conforme al material probatorio acopiado por el juzgado instructor, y a la providencia mediante la cual fue resuelta en provisionalidad la situación jurídica del procesado, indicó que aunque le resultan respetables los argumentos defensivos enarbolados por la recurrente, no los comparte, partiendo del hecho que al presentarse la muerte de un efectivo dentro de una instrucción a cargo del Ejército Nacional y

⁶⁸ *Ídem.*

encontrarse el procesado en su condición de suboficial a cargo de la práctica, su responsabilidad podría abordarse desde dos puntos de vista como son la teoría de la culpa o la teoría de la imputación objetiva.

Con relación a la teoría de la culpa, consideró que la misma tiene como elemento constitutivo el desconocimiento del deber objetivo de cuidado, además que el resultado no hubiere sido previsto por el procesado debiendo haberlo hecho o que, si así hubiera sido, se hubiere confiado en poder evitarlo. Deber objetivo de cuidado frente al cual habría de respetarse y acatarse la Directiva Transitoria No.0380 del 30 de diciembre de 2009 contentiva de la directiva para el funcionamiento de los batallones de instrucción y entrenamiento del Ejército Nacional en su anexo 6, relativo a las medidas de seguridad con relación a eventuales accidentes, la neutralización de estos, y las acciones a tomar en esos casos a fin de evitar resultados lesivos para el personal a ser instruido.

Adveró que en el caso *sub judice* la infracción al deber objetivo de cuidado se hizo patente por la imprudencia que se traduce en la falta de cautela al llevar a cabo una actividad de riesgo o peligro, es el hecho de sobrevalorar de manera injustificada los medios a disposición o las capacidades del sujeto

agente al momento de afrontar de manera favorable una eventualidad.

En su sentir el suboficial investigado fue imprudente al iniciar y al llevar a cabo una práctica dentro del agua con un grupo de soldados entre los que habían unos que no sabían nadar y al pensar que los precarios medios que tenía a su alcance le eran suficientes para conjurar un accidente, haciéndose evidente tal insuficiencia en los hechos que son motivo de esta investigación.

Consideró que la previsión de un resultado previsible del que se confió en poder evitar, sería el aspecto para predicar la responsabilidad dado que como se puso de manifiesto tanto en la instrucción como en el juzgamiento, el entonces CP. BALCERO previó que podía ocurrir un accidente con los hombres que instruía, especialmente con los que no sabían nadar, siendo prueba de ello la búsqueda que hizo de unos soldados profesionales para que lo apoyaran, el hecho de preguntar que quiénes no sabían nadar y, también, de conseguir unos neumáticos para que hicieran las veces de salvavidas.

De otra parte, estimó, la confianza en que de ocurrir un accidente, "este podía ser evitado",⁶⁹ quedó en evidencia cuando permitió la instrucción a quienes no

⁶⁹ Folio 1051, C.O.6.

sabían nadar; al autorizar que todos los soldados, incluidos estos últimos, no usaran salvavidas; al ordenar pasar rápido y casi al mismo tiempo a todo el grupo, confiando en que ninguno se sumergiría en el fondo del lago y que de ello llegar a ocurrir sus auxiliares los socorrerían, o que estos podrían llegar a los neumáticos dispuestos como salvavidas; al confiar que la cuerda tendida a lo largo de la superficie del lago soportaría la presión del numeroso grupo de instruidos; y al asumir que lo profundo de las aguas no era suficiente para que un practicante se sumergiera totalmente y se ahogara; por lo que, en su sentir, desde la teoría de la culpa se debe radicar en cabeza del investigado su responsabilidad penal por homicidio culposo.

Ya desde el ámbito de la teoría de la imputación objetiva, se mostró de acuerdo con lo sostenido por la funcionaria *A quo* en punto a que de cara a la responsabilidad penal en éste delito de carácter culposo, esta no se debe asumir desde la posición de garantía, sino desde el aspecto de lo que ha de considerarse como el riesgo permitido y el incremento de aquel.

Estimó que el entonces CP. BALCERO con su actuar creó un riesgo no cubierto por el riesgo socialmente permitido y que dicho peligro se hizo efectivo en la muerte de uno de los instruidos a su cargo.

Luego de hacer referencia a lo que ha de entenderse como el incremento del riesgo y a los riesgos permitidos, dio cuenta que la actividad del Estado dirigida a capacitar a sus soldados en prácticas de combate acuático se enmarca dentro del concepto de riesgo socialmente permitido al tratarse de una actividad que representa una utilidad social como la defensa de la soberanía y el mantenimiento del orden público, pero que cuando se incluye en la práctica a personal que no sabe nadar y sin contar con equipo de salvavidas; sin existir personal médico suficiente; sin el entrenamiento adecuado; y, además, se le ordena a los soldados pasar todos al mismo tiempo so pena de castigar a los últimos, se incrementó el riesgo de lesiones o muerte, llegando a concretarse esta última en cabeza de un soldado campesino.

Después de disertar respecto a cuándo el riesgo es permitido, consideró que el incremento del riesgo de lesiones o muerte del personal instruido en combate fluvial se hace efectivo cuando éste no sabe nadar y no se adoptan las medidas de seguridad para evitar en el mismo lesiones o la muerte, por lo que se debe considerar como el incremento de un riesgo socialmente permitido, debiéndose responsabilizar al procesado, en su condición de instructor a cargo de la práctica, de la muerte de uno de los hombres a quien impartía instrucción, ello al haber incrementado de manera no tolerada el nivel de riesgo

para la vida e integridad de unos de los efectivos que recibía una práctica por él dirigida.

En suma, indicó que independientemente de la teoría dogmática que se seleccione al momento de establecer el actuar del procesado, es su sentir que "se debe sancionar penalmente al Sargento Segundo WILLIAM JAVIER BALCERO como autor de la conducta punible de homicidio culposo"⁷⁰ solicitando en consecuencia la conformación del fallo motivo de reproche.

VII. DE LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación cuya resolución concita la atención de la Sala Primera 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 proceso penales por hechos acontecidos con anterioridad al 17 de agosto de 2010, fecha de entrada en vigencia del *códex* castrense de éste año⁷¹, como de los surtidos por 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,

⁷⁰ Folio 1054, *ibídem*.

⁷¹ 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.

mismo que resulta aplicable al caso *sub judice* dada la fecha de 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 acusatorio en los términos del título XIX de la última de estas codificaciones-, y además dada la naturaleza procedimental de la presente causa penal, la etapa en que se encuentra y lo preceptuado por el artículo 628 del código de 2010⁷².

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

Desde ya advierte esta Colegiatura que sería del caso pronunciarse de fondo respecto del recurso de apelación impetrado por la abogada RUTH CUERVO

⁷² Ley 1407 de 2010, artículo 628, "Derogatoria y vigencia. La presente ley regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero de 2010, conforme al régimen de implementación. Los procesos en curso continuarán su trámite por la Ley 522 de 1999 y las normas que lo modifiquen." (Destacado de la Sala).

ORDOÑEZ, defensora contractual del procesado SS. WILLIAM JAVIER BALCERO, en contra de la sentencia de fecha 23 de febrero de 2018 por medio de la cual el Juzgado Séptimo Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional condenare al suboficial en cita a la pena de veinticuatro (24) meses de prisión y multa de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes como autor responsable del delito de homicidio culposo, al igual que en punto a los juiciosos planteamientos enarbolados por el señor Procurador Judicial 10 Penal II y en relación con la teoría dogmática bajo cuya égida habría de acometerse aquel, si no se oteara en el horizonte procesal, una vez estudiado detalladamente el escrito impugnatorio de cara al discernimiento judicial vertido en la sentencia disentida, que el recursal de la impugnante le advendrá adverso ante el evidente soslayamiento de los lineamientos que, con fundamento en los principios que rigen la concesión de cualquier impugnación en materia recursal⁷³, han acrisolado tanto la Corte Suprema de Justicia como esta Corporación foral, pretermisión que troca la propuesta impugnatoria en inviable de acometer dadas las potísimas razones que se verterán en los párrafos subsiguientes.

⁷³ Básicamente son: i) que la decisión recurrida sea susceptible de recurso, ii) que éste se proponga antes del vencimiento de los términos legalmente destinados para ello, iii) que al recurrente le asista interés y, iv) que el motivo de inconformidad con la decisión recurrida esté debidamente sustentado. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No. 33648, auto abril 14 de 2010, M.P. JORGE LUIS QUINTEROMILANÉS.

Ha sido suficientemente decantado por este Colegiado⁷⁴ con estricta sujeción a la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia⁷⁵, que quien acude al ejercicio del derecho de la doble instancia, vía la impugnación de las decisiones judiciales, no sólo tiene la obligación de hacerlo en tiempo por virtud del principio de preclusión de los actos procesales⁷⁶, sino que además debe ser sujeto de la

⁷⁴ Autos junio 05 de 2015, radicado No. 158191 y marzo 06 de 2017, radicado No. 158457, M.P. CN JULIAN ORDUZ PERALTA, en el mismo sentido radicados Nos. 158252 y 158264 del 05 de febrero y 30 de marzo de 2016; autos del 03 de mayo y 12 de octubre de 2016, radicados Nos. 158392 y 158561, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SÚAREZ; autos del 16 de marzo y 13 de octubre de 2016, radicados Nos. 158389 y 158468, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ; auto marzo 28 de 2016, radicado No. 158251, MP CR (RA) FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS; auto enero 26 de 2016, radicado No. 158325, M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA; auto febrero 08 de 2016, radicado No. 158307, M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, entre otros.

⁷⁵ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación No. 79917, STP7096-2015, sentencia junio 02 de 2015, M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR en la que se dijo "De acuerdo a lo anterior, es claro que procede la declaración de desierto, cuando el recurso de apelación no es sustentado oportunamente o se sustenta de manera deficiente, valga decir, sin argumentación suficiente para respaldar el disenso"; asimismo auto agosto 02 de 2017, radicación No. 50560, AP4870-2017, M.P. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA en el que se consignó "(...) la Sala ha sostenido pacíficamente que la declaratoria de desierto aplica, bien cuando el recurso es sustentado deficientemente, bien cuando la sustentación es inexistente o extemporánea (...)" y auto enero 16 de 2019, AP039-2019, radicación No. 54359, M.P. EUGENIO FERNANDEZ CARLIER, en el que se dijo "Si bien el legislador no estableció una ritualidad o forma específica para sustentar los recursos, lo que implica una amplia discrecionalidad para el recurrente en su configuración y elaboración, no es menos cierto que el medio de impugnación debe identificar con meridiana claridad cuáles son las razones, motivos y argumentos que fundamentan la discrepancia y, especialmente, que justifican la necesidad de revocar o modificar lo decidido por la existencia de un dislate que debe ser enmendado.

En otros términos, no basta con manifestar la simple inconformidad de parte por la existencia de una decisión judicial adversa a los intereses representados, sino que deviene imperativo especificar de manera medianamente inteligible y lógica las razones que i) cimentan esa oposición y ii) habilitan la competencia al a quo y al ad quem, según se trate, para contrastar lo decidido y su fundamentación con lo expuesto por el recurrente en un ejercicio de análisis y ponderación que exige como presupuesto elemental y necesario la existencia de razones ciertas o motivos concretos de disconformidad, únicos asertos que permiten analizar el proveído atacado al tamiz de las normas jurídicas aplicables y los elementos materiales probatorios disponibles (...)"

⁷⁶ Cfr. Tribunal Superior Militar y Policial, auto marzo 14 de 2018, radicación No. 158700, allí se precisó el alcance de este principio con

relación jurídico-procesal o del derecho de postulación, en otras palabras, ser sujeto procesal⁷⁷ y además de ello debe haber sufrido un agravio con la decisión, siendo ésta circunstancia la que le dota de interés jurídico para recurrir⁷⁸. En el primer evento, precisa este Tribunal Castrense, se habrá de decir que tiene legitimación en el proceso (*legitimatío ad processum*), en el segundo que le asiste legitimación en la causa (*legitimatío ad causam*).

Adicional a ello, con ceñida observancia al principio de razón suficiente⁷⁹, debe evidenciar por vía de una crítica asertiva, lógica, precisa, coherente, sustentada y clara, con exposición de premisas fácticas y jurídicas y soportada en el método dialéctico⁸⁰, el yerro en el que incurrió el funcionario autor de la decisión confutada⁸¹ y su

apalancamiento en decisiones de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, específicamente las sentencias de marzo 20 de 2003, radicado No. 19960 y marzo 15 de 2008, radiado No. 30107.

⁷⁷ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia agosto 27 de 2003, radicación No. 17160, M.P. MAURO SOLARTE PORTILLA y auto diciembre 02 de 2008, radicación No. 30771. M.P. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS.

⁷⁸ *Ídem*.

⁷⁹ El principio de razón suficiente, también denominado de sustentación suficiente, impone que la fundamentación para cada censura ha de bastarsea sí misma para lograr la infirmación total o parcial de la decisión. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación No. 30822, marzo 10 de 2009, M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA y auto octubre 02 de 2013, radicación No. 42311, M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO.

⁸⁰ El método dialéctico se puede describir como el arte del diálogo. Un debate en el que se investiga la verdad mediante el examen crítico de las percepciones y teorías, mediante el intercambio de proposiciones (tesis) y contra-proposiciones (antítesis), resolviendo la contradicción a través de la formulación de una síntesis final (conclusión).

⁸¹ Tal yerro puede consistir, entre otras manifestaciones, en que el administrador de justicia desatendió cierta prueba, la valoró indebidamente, la inventó o la supuso (Ver auto febrero 08 de 2016, radicado No. 158307, Tribunal Superior Militar, Sala Cuarta de Decisión,

trascendencia, esto es, qué repercusiones tuvo en la confección y motivación de la misma -esto en aquellos eventos en que esta última existe pero resulta incompleta, dilógica o aparente, pues habrá otros en que el reproche gravite sobre la ausencia total de motivación- y, asimismo, qué consecuencias desfavorables se derivaron de ella para la parte impugnante en tanto de no haber tenido ocurrencia aquel, la declaración judicial hubiere tenido norte franco diverso.

Carga procesal de ineludible acometimiento que determina no sólo que el recurso pueda ser abordado de fondo, sino que además constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe pronunciarse el *ad quem* en cumplimiento del apotegma jurídico "*tantum devolutum quantum appellatum*", ello, además, por cuanto la doble instancia, como medio ordinario y eficaz para controvertir la legalidad o el acierto de las decisiones judiciales, debe ocuparse de revisar los problemas jurídicos propuestos por el recurrente en tanto se corresponden con la conducta punible objeto de acción penal y los que tengan una conexidad con

M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA). Asimismo, en que la providencia reprochada carece de motivación o a pesar de tenerla esta resulta a) ambivalente, b) precaria o incompleta, o c) aparente, falsa o sofisticada por apartarse abiertamente de la verdad probada por suposición, supresión o tergiversación de pruebas que objetivamente conducen a una conclusión jurídica diversa (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicado No. 26177. Sentencia septiembre 16 de 2009. M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA citada en auto diciembre 17 de 2015, radicado No. 158225, Tribunal Superior Militar, Sala Tercera de Decisión, M.P. CN JULIÁN ORDUZ PERALTA)).

éstos⁸², además de los que oficiosamente deban ser asumidos para la protección de derechos y garantías fundamentales y la realización de los fines esenciales de la justicia material en el caso concreto, situaciones que han de ser resueltas antes de que la providencia adquiera la condición de cosa juzgada.

Pero, reitera la Sala, el ejercicio impugnatorio y el trámite recursal que de ello deriva, no se traduce en una amplia libertad de pronunciamiento para el funcionario de segunda instancia (singular o plural), pues no se trata de una nueva oportunidad para la confección y emisión de un juicio fáctico y jurídico sobre el asunto debatido o una segunda oportunidad para reabrir el debate probatorio o dogmático acometido en la pertinente instancia, ya que por virtud del denominado "*Principio de Limitación*" la labor de aquel se circunscribe, salvo las excepciones de ley a este último principio como con inmediata antelación se advirtiere, a la realización de un control de legalidad sobre los fundamentos de hecho y de Derecho en que se cimienta la decisión impugnada, ello a partir de los argumentos presentados por el

⁸² No de otra forma se entiende la excepción a la limitación funcional del superior en sede de apelación, que a guisa de regla general lo constriñe a "*revisar únicamente los aspectos impugnados*" como preceptúa el artículo 538 de la Ley 522 de 1999 aplicable en lo ritual a los procesos penales que cursan actualmente en esta jurisdicción.

recurrente⁸³, es decir, con afincamiento en el ejercicio dialéctico a que éste acude con miras a demostrar sustentadamente los yerros o las incorrecciones *-in iudicando o in procedendo-* en que incurrió el servidor judicial autor de la decisión controvertida al momento de su elaboración, ejercicio de análisis y ponderación que exige de aquel, como presupuesto elemental y necesario, la exposición de las tesis *-antítesis si se quiere-* o los argumentos encaminados a derruir la doble presunción de acierto y legalidad que acompaña a aquella decisión a fin de que, se itera, el superior funcional de quien la profirió conozca y sopesa los motivos de su inconformidad que eventualmente pudieren avalar su modificación, revocación o invalidación según el caso.

Principio que, por otra parte, también delimita la competencia del juzgador de segunda instancia en otro aspecto, ello en tanto le está vedado abordar asuntos no debatidos en la decisión de primer grado⁸⁴, ni tópicos no controvertidos en la alzada⁸⁵, menos aun cuando ello contravendría el postulado según el cual no puede haber segunda instancia lo que no fue debatido en la primera.

⁸³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia agosto 12 de 2009, radicado SP 31854.

⁸⁴ La excepción a esta regla general está dada por la oficiosidad en protección de garantías y lo que tenga relación necesaria y consecencial con el asunto que ha sido objeto de examen y decisión por el *a quo*, *Cfr.* Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, radicación 39417 del 04 de febrero de julio de 2015, M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER. u

⁸⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia febrero 04 de 2015, radicado 39417, SP740-2015, M.P. EUGENIO FERNANDEZ CARLIER.

Lo hasta aquí dicho explica por qué el órgano de cierre de esta jurisdicción especializada ha acrisolado, además, que se impone la declaratoria de desierto del recurso de apelación, ello en la medida que *"...no se sustenta en debida forma la alzada cuando el actor acude a fórmulas no concretas para denunciar las falencias del juzgador de primer grado, pues la carga procesal en referencia [sustentar el recurso conforme las exigencias normativas⁸⁶] impone la necesidad de explicitar los desaciertos en que se haya incurrido con el propósito que el superior funcional tenga claridad sobre qué puntos de la providencia dirige el ataque, o qué pruebas pretirió el juez, o qué aspectos de la litis omitió decidir, o qué norma jurídica aplicable al caso desatendió o aplicó indebidamente, entre otras posibles vicisitudes que enfrenta el juez en cada caso concreto."*⁸⁷.

Aspectos que, de manera uniforme y pacífica, igualmente ha abordado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia al amparo de las siguientes reflexiones:

"2. El recurso de apelación impone a la parte impugnante la carga argumentativa de demostrar el yerro en que incurrió el juzgador en la decisión recurrida, labor en la cual le es exigible que haga manifiestos los argumentos de hecho y de derecho por

⁸⁶ Vid. Nota 76.

⁸⁷ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia diciembre 10 de 2015, SP17091-2015, radicación No. 46672, M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER.

los cuales estima errada la postura del funcionario de primera instancia.

Por ello, ha dicho invariablemente la Sala, con el propósito de sustentar en debida forma el recurso no basta con manifestar de manera abstracta la inconformidad con el fallo o insistir en los argumentos expuestos en etapas previas de la actuación. Por el contrario, se requiere atacar los fundamentos de la providencia recurrida, pues solo de esta manera es posible para la segunda instancia abordar el ejercicio dialéctico respecto de su acierto y legalidad. Por ende, si el apelante incumple la carga de sustentar en debida forma el recurso, el superior carece de competencia para pronunciarse sobre la decisión censurada, la cual está lógica y jurídicamente limitada a las razones de inconformidad del impugnante y a los asuntos inescindiblemente ligados a aquéllas.”. (CSJ, auto agosto 02 de 2017, radicación No. 50560, AP4870, M.P. LUIS ANTONIO HERNANDEZ BARBOSA). [Las negrillas y subrayas son propias].

“La Sala también se ha ocupado del punto, precisando⁸⁸: «(...) En otros términos, remitirse a lo expresado con antelación a la providencia que se recurre, no puede considerarse como sustentación, teniendo el recurrente el deber de indicarle a la Sala, si estimaba que tales sujetos procesales tenían razón, los motivos concretos y precisos por los cuales han debido ser compartidos y, por lo tanto, por qué el Tribunal se equivocó». No es la impugnación, igualmente, el escenario para rehabilitar argumentos anteriores o sustentar de mejor manera la solicitud primigenia, como quiera que, en esos casos, se desnaturaliza la esencia del recurso y se sorprende al juzgador inicial con argumentos ajenos al objeto de lo tratado por el

⁸⁸ Auto del 16 de enero de 2003, radicado 18665.

mismo para denegar lo pedido.(...) En consecuencia, al no existir una sustentación jurídicamente atendible, lo único procedente es declarar desierto el recurso de apelación interpuesto". (CSJ, auto septiembre 09 de 2009, radicación No. 32537, M.P. SIGIFREDO ESPINOSA PEREZ, en el mismo sentido auto enero 16 de 2003, radicación No. 18665 y auto octubre 19 de 2011, radicación No. 37449, M.P. SIGIFREDO ESPINOSA PEREZ). [Destacado ajeno al texto original].

"Estima la Sala que la intervención oral de RAMÍREZ ARBOLEDA no cumple con las exigencias legales para la sustentación del recurso. No hubo una censura concreta a la legalidad y acierto del auto apelado, circunstancia que por sustracción de materia, impide que la Sala confronte las causales de inconformidad del recurrente con el contenido de la providencia respectiva y por ende desate el recurso.. Al no conocer el Tribunal de segunda instancia los aspectos del pronunciamiento atacado de los que se predica el agravio, se encuentra objetivamente imposibilitado para resolver el recurso. Razones suficientes para que la Sala lo declare desierto por ausencia de una debida sustentación.". (CSJ, auto febrero 23 de 2011, radicación No. 35678, M.P. Dr. ALFREDO GOMEZ QUINTERO). [Resaltado propio].

"De acuerdo a lo anterior, es claro que procede la declaración de desierto, cuando el recurso de apelación no es sustentado oportunamente o se sustenta de manera deficiente, valga decir, sin argumentación suficiente para respaldar el disenso. Decisión contra la cual sólo procede el recurso de reposición.". (CSJ, Sala de Decisión de Tutelas N. 3, sentencia de tutela junio 02 de 2015, STP7096-2015, radicación No. 79917, M.P. PATRICIA SALAZAR CUELLAR). [Resaltado propio].

Inconcluso resulta así que a quien ejercita los derechos a la impugnación y a la doble instancia se le impone, a título de carga procesal, el refutar, razonada y fundadamente los pilares -retóricos, fácticos, jurídicos y probatorios- de la decisión recurrida y de los cuales de disiente en tanto se postulan errados, indemostrados o no soportados en los medios suasorios anejos a la actuación, esto por la potísima razón de que sólo así es plausible a la segunda instancia abordar el ejercicio dialéctico inmerso en la decisión reprochada y adoptar la determinación que corresponda en torno a la prenombrada doble presunción de acierto y legalidad que cobija la misma.

De manera armónica con lo anterior, éste Tribunal ha decantado de forma consistente e inalterada⁸⁹ que no se cumple con aquella carga procesal y no se logra el cometido de que la Colegiatura aborde la revisión de la decisión impugnada, cuando el reproche insito a la apelación: *i)* se circunscribe a disentir de la motivación que condujo a adoptar la decisión pero definitivamente se comparte esta última; *ii)* no comporta, más allá de un disenso genérico y subjetivo, razones de hecho o de Derecho que

⁸⁹ Auto agosto 28 de 2015, radicado No. 158257, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ; autos marzo 06 de 2017, radicado No. 158457, y agosto 04 de 2022, radicación No. 159360, M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA; y auto abril 19 de 2018, radicado No. 158774, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ, entre otros.

conduzcan a esta instancia a la constatación de la necesidad de enmendar lo dispuesto por la providencia apelada, ello al punto que se deba romper la doble presunción que cobija a la decisión de primer grado disentida; *iii*) contiene argumentos dilógicos, anfibológicos, genéricos, vagos o imprecisos que no permiten la precitada constatación; *iv*) recurre a argumentos que desbordan el marco dialéctico de la providencia recurrida, es decir, sus fundamentos de hecho y de Derecho; *v*) no va más allá de constituir una extensión o repetición de los alegatos que el demandante planteó ante la primera instancia y que fueron resueltos en legal forma pero en sentido adverso a sus pretensiones, sin que se aborde la demostración del porqué el funcionario judicial cometió un yerro *in iudicando*, o de juicio⁹⁰, al discernir y resolver aquellas como lo hizo; o *vi*) incumple la carga argumentativa que incumbe al discrepante por cuanto no se demuestra que de no haber ocurrido las falencias valorativas que se acusan, mismas que se han de evidenciar sustentadamente, otro habría sido -o podido ser- el sentido de lo sustancialmente decidido, es decir, no demuestra la trascendencia de aquellas.

⁹⁰ Este yerro bien puede darse, entre otras circunstancias, porque el juez pretermitió la valoración de una o varias pruebas, las valoró erróneamente, omitió decidir aspectos propios de la controversia, desatendió la norma jurídica aplicable al caso concreto o, si bien la tuvo en cuenta, la aplicó indebidamente. Corte Suprema de Justicia, radicado No. 46672, SP17091-2015, diciembre 10 de 2015, M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER.

Y ello es así, en la medida que resulta irrefutable que en estos eventos no hay un verdadero reproche a los fundamentos fácticos y jurídicos en que se cimenta la decisión de la cual se disiente y la cual goza de la doble presunción atrás citada, resultando, por ende, más que procedente recordar que la jurisprudencia con razón ha sostenido que sustentar indebidamente, es como no hacerlo, y ello conduce inexorablemente a declarar desierto el recurso⁹¹.

Consonante posición que, como se vertiere en pretéritas decisiones⁹², se aviene con lo que en la materia preceptúan los arts. 363⁹³ del Código Penal Militar de 1999 llamado a regir los cauces rituales del presente proceso penal y 322 del Código General del Proceso⁹⁴, cánones que convergen en punto a la

⁹¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia julio 27 de 2006, radicación 22329.

⁹² Tribunal Superior Militar y Policial, radicados No. 158742, auto mayo 30 de 2018 y No. 159147, auto noviembre 05 de 2020, M.P. CN. (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA.

⁹³ "ARTÍCULO 363. SUSTENTACIÓN. Antes del vencimiento del término de ejecutoria de la providencia, quien interponga el recurso de apelación deberá exponer por escrito las razones de la impugnación ante quien la profirió en primera instancia. En caso contrario no se concederá."

⁹⁴ Ley 1564 de 2012, cuya eventual y residual aplicación al rito penal militar por vía de integración normativa es plausible en la medida que regule materias que no se hallen expresamente reguladas en el códex penal castrense o en otros códigos de similar índole y no se opongan a la naturaleza de aquel, y que prescribe en el artículo 322: "Oportunidad y requisitos. El recurso de apelación se propondrá de acuerdo con las siguientes reglas: 1...2...3. En el caso de la apelación de autos, el apelante deberá sustentar el recurso ante el juez que dictó la providencia, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, o a la del auto que niega la reposición. Sin embargo, cuando la decisión apelada haya sido pronunciada en una audiencia o diligencia, el recurso podrá sustentarse al momento de su interposición.

Resuelta la reposición y concedida la apelación, el apelante, si lo considera necesario, podrá agregar nuevos argumentos a su impugnación, dentro del plazo señalado en este numeral.

Cuando se apele una sentencia, el apelante, al momento de interponer el recurso en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, o dentro de

exigencia de la sustentación del recurso y su adecuada formulación como presupuestos para su acometimiento y en relación con su declaratoria de desierto bien al incumplirse flagrantemente tal exigencia, ora al desacatarse -por razón de las situaciones de supra enlistadas- la carga argumentativa que incumbe al discrepante o recurrente, ello en los términos que sobre la eventual y residual aplicación del segundo de estos códigos al rito penal militar por vía de integración normativa, ya ha precisado este órgano Colegiado⁹⁵.

Aquilatado lo anterior y cernidos los argumentos recursales por el tamiz que ofrecen las antecedentes precisiones de índole normativa, jurisprudencial y conceptual, habrá de decirse sin mayores ambages, de cara al escrito impugnatorio epicentro de análisis, que la respetada abogada recurrente por manera alguna hizo suyos los parámetros dialécticos decantados *ut*

los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia, deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior.

Para la sustentación del recurso será suficiente que el recurrente exprese las razones de su inconformidad con la providencia apelada.

*Si el apelante de un auto no sustenta el recurso en debida forma y de manera oportuna, el juez de primera instancia lo declarará desierto. **La misma decisión adoptará cuando no se precisen los reparos a la sentencia apelada, en la forma prevista en este numeral.** El juez de segunda instancia declarará desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentado."*

⁹⁵ *Cfr. auto mayo 25 de 2018, radicación No. 158240, en el que se acrisoló: "Aseveraciones que imponen recordar que el artículo 82 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, que eventualmente tiene aplicabilidad en el rito penal militar en la medida que regule materias que no se hallen expresamente reguladas en el códex penal castrense o en otros códigos de similar índole y no se opongan a la naturaleza de aquel (...)"*.

supra, pretiriendo con ello la carga retórica que le atañía en tanto acto de parte.

Ello en la medida que lejos de sentar un adecuado raciocinio demostrativo en punto a las razones de hecho y de Derecho que tornan errada y/o *contra legem* la decisión objeto de disenso proferida la impugnante, con señalamiento de por virtud de cuáles de ellas, en tanto trascendentes, trocaban en desacertado el raciocinio jurídico al que arribó la *Iudex A quo* y puesta de manifiesto la incidencia de esta equivocación judicial pues de no haber tenido ocurrencia la decisión confutada hubiere sido favorable a los intereses de su poderdante, dedicó esta oportunidad procesal y su discurso recursal a disentir, por una parte, de lo afirmado por el Fiscal 19 Penal Militar y por la representante del Ministerio Público ante la primera instancias en sus intervenciones en el curso de la vista pública, sin llegar a concretar un reproche con fuerza infirmatoria frente a los razonamientos fácticos y jurídicos en que fuere edificada la decisión motivo de reproche.

Y si bien, de otro lado, acudiendo al principio de caridad⁹⁶ propio de la filosofía analítica

⁹⁶ Acorde con la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el principio de caridad propio de la filosofía analítica comporta que el intérprete, como receptor del lenguaje común empleado por otro, suponga dentro de la comprensión y comunicación lingüística que las afirmaciones son correctas a efectos de desentrañar el

(interpretación radical) acuñado por Donald Davidson en su teoría de la "interacción comunicacional"⁹⁷, de otros apartes de su farragoso discurso es dable extraer que exhibe un genérico disenso en punto a algunos tópicos debatidos en la sentencia de primer grado recurrida, de la revisión del audio y del acta de la audiencia de Corte Marcial que juzgó la conducta de su defendido⁹⁸ se evidencia que durante su intervención oral dentro de esta sus argumentos defensivos versaron sobre los mismos puntos, esto es, solicitar que se dictara sentencia absolutoria al considerar que en los hechos por los cuales el SS. WILLIAM JAVIER BALCERO fue llamado a juicio concurrió "un caso fortuito por ser accidental porque la actuación fue lícita [sic]"⁹⁹; que respecto a la posición de garante alegada por los demás sujetos procesales la misma "no se puede dar porque no le fueron suministrados los medios para realizar los ejercicios en la directiva 0380 (...) "¹⁰⁰ y porque hizo todo lo que se encontraba a su alcance para prevenir y evitar que el resultado se produjere; que "es posible que el soldado [sic] colocó

sentido de las mismas. De esta forma, el operador judicial hará caso omiso de los errores, exponiendo cada postura jurídica desde la perspectiva más coherente y racional posible. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP septiembre 09 de 2015, radicación No. 46235 y SP488-2016, enero 27 de 2016, radicación No. 38151.

⁹⁷ Este principio lleva al intérprete, como receptor del lenguaje común empleado por otro, a partir de racionalidad del discurso que recibe, esto es, a desentrañar o suponer dentro de la comprensión y comunicación lingüística que las afirmaciones del otro son correctas, algo así como hacer caso omiso de los errores acudiendo a la logicidad propia para aplicársela al otro.

⁹⁸ Folio 1007, C.O.

⁹⁹ Ídem.

¹⁰⁰ Ídem.

en riesgo en aceptar realizar el ejercicio"¹⁰¹ y que a favor de su prohijado concurría "La segunda causal de ausencia de responsabilidad (...) el cumplimiento de una orden legítima al recibir la orden de un superior (...) "¹⁰², misma que reunía los atributos legales y no podía incumplir so pena de verse incurso en la comisión de una conducta delictiva -misma que no logra deslindar entre desobediencia o insubordinación-.

Argumentos que, como objetivamente dan cuenta las fojas, fueron abordados y resueltos por la *Iudex A quo* en la decisión objeto de disenso por vía de razonamientos apuntalados en la apreciación -en su singularidad y en su universalidad- del acervo probatorio recaudado en el devenir investigativo y que nuevamente enarbola ahora la censora sin siquiera evidenciar sustentadamente por qué dichos razonamientos resultan errados, *contra ius* o *contra legem*, esto no empece enunciar al inicio de su escrito impugnatorio que aquella "incurrió en un error"¹⁰³, mismo que no llegó a determinar y a evidenciar razonada y probatoriamente, siendo esta la única alusión que hizo realmente respecto a la decisión recurrida, pues por manera alguna se ocupó en su propuesta impugnatoria por contraponer razones de hecho y de Derecho con suficiencia para infirmar la ya citada doble presunción de acierto y legalidad

¹⁰¹ *Ídem.*

¹⁰² *Ídem.*

¹⁰³ Folio 1032, C.O.6.

que acompaña la decisión adoptada por la funcionaria *A quo*, circunscribiéndose, se itera, a verter unas elucidaciones que no pasan de ser una reproducción de las premisas argumentativas enarboladas en sede de juicio oral y que evidencian un soterrado y porfiado intento por reavivar un debate dialéctico ya fenecido y que fue abordado a espacio y suficiencia por la juez de conocimiento en el fallo de primer grado para desembocar en la judicial conclusión de la improsperidad de lo alegado en la primera instancia por la defensa técnica del acriminado.

Insuficiencia retórico demostrativa que hace que el bastión de alzada no comporte crítica asertiva alguna, soportada en el método dialéctico¹⁰⁴, de las premisas conclusivas edificadas por la funcionaria de primer grado autora de la decisión confutada al punto que en realidad de verdad se halle acreditado el yerro o los yerros de juicio en que pudo incurrir la misma¹⁰⁵ y su trascendencia, esto es, qué repercusiones

¹⁰⁴ El método dialéctico se puede describir como el arte del diálogo. Un debate en el que se investiga la verdad mediante el examen crítico de las percepciones y teorías, mediante el intercambio de proposiciones (tesis) y contra-proposiciones (antítesis), resolviendo la contradicción a través de la formulación de una síntesis final (conclusión).

¹⁰⁵ Tal yerro puede consistir, entre otras manifestaciones, en que el administrador de justicia desatendió cierta prueba, la valoró indebidamente, la inventó o la supuso (Ver auto febrero 08 de 2016, radicado No. 158307, Tribunal Superior Militar, Sala Cuarta de Decisión, M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA). Asimismo, en que la providencia reprochada carece de motivación o a pesar de tenerla esta resulta a) ambivalente, b) precaria o incompleta, o c) aparente, falsa o sofística por apartarse abiertamente de la verdad probada por suposición, supresión o tergiversación de pruebas que objetivamente conducen a una conclusión jurídica diversa (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicado No. 26177. Sentencia septiembre 16 de 2009. M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA citada en auto diciembre 17 de 2015, radicado No. 158225,

tuvieron en su confección y motivación, de manera tal que de no haber acaecido aquel, o aquellos, la declaración de justicia contenida en el fallo disentido hubiere tenido un sentido diferente, en éste caso favorable a sus intereses, ello a tal punto que necesariamente se hubiere avizorado que la revocatoria de la determinación judicial se imponía.

Falencias que, aunadas a dislates como orientar la impugnante su ejercicio argumentativo a rebatir lo argüido en juicio por la Fiscalía 19 Penal Militar y la agente del Ministerio Público en punto a la posición de garante del procesado, pretermitiendo que la juez de conocimiento en el fallo recurrido anunció apartarse de dicha tesis por cuanto estimó que tal figura sólo procedía para los delitos de omisión impropia o de comisión por omisión, por manera alguna habilitan la intervención de la segunda instancia en tanto ha de entenderse que los motivos y las premisas conclusivas que sirvieron de piedra basal a la determinación disentida no fueron objeto de cabal ataque o censura y por virtud de ello se mantienen incólumes, con mayor razón cuando al tratarse de temas jurídico sustanciales ya resueltos por la decisión objetada, la formulación de reparos a la misma pero con basamento en la repetición de lo argüido en los alegatos de instancia, por manera

Tribunal Superior Militar, Sala Tercera de Decisión, M.P. CN JULIÁN ORDUZ PERALTA)).

alguna constituye un verdadero reproche a los fundamentos fácticos y jurídicos en que se cimentó una tal decisión, resultando prístina, en consecuencia, la inviabilidad de acometer el estudio y resolución de fondo del recurso de alzada, razón por la cual esta Sala de Decisión, como fuere anunciado de agraz, se inhibirá de acometer el mismo para en su lugar declararlo desierto, determinación que se plasmará en la *resolutio* del presente pronunciamiento.

Habrá de señalarse finalmente que dado el trámite notificadorio que por virtud del principio de publicidad anejo a la presente providencia se habrá de dar a esta, que el surtimiento del trámite al efecto, en tanto deberá hacerse vía correo electrónico como instrumento de enteramiento sin necesidad del envío de previa citación o aviso físico o virtual¹⁰⁶, no demanda de manera perentoria y exclusiva del denominado "acuse de recibo" como formalidad *ad probationem* o tarifa legal¹⁰⁷ para acreditar la recepción de la notificación por medios electrónicos en tanto obre respuesta, constancia o cualquier medio de convicción pertinente, conducente y útil que dé cuenta de su recepción¹⁰⁸ y por razón de ello, constatado lo anterior, tampoco de

¹⁰⁶ Cfr. Ley 2213 de junio 13 de 2022, artículo 8°.

¹⁰⁷ Cfr. Corte Suprema de Justicia, STC13993-2019, octubre 11 de 2019, radicación No. 2019-00115; STC690-2020, febrero 03 de 2020, radicación No. 2019-02319 y STC junio 03 de 2020, radicación No. 11001-02-03-000-2020-01025-00.

¹⁰⁸ Vid. Nota 106.

trámites supletorios, esto último en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia¹⁰⁹.

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

IX. RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación interpuesto la abogada RUTH CUERVO ORDOÑEZ, defensora contractual del procesado, SS. WILLIAM JAVIER BALCERO, en contra de la sentencia adiada 23 de febrero de 2018 por medio de la cual la Juez Séptimo Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional condenare al precitado suboficial a la pena de veinticuatro (24) meses de prisión y multa de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de los hechos como autor responsable del punible de homicidio culposo, inhibiéndose de acometer su resolución de fondo por las razones vertidas en la *ratio decidendi* de éste proveído.

SEGUNDO: Contra la presente providencia interlocutoria de segunda instancia no procede recurso alguno¹¹⁰.

¹⁰⁹ Vid. Nota 107.

¹¹⁰ Esto al tenor de lo preceptuado por la Ley 522 de 1999, artículo 356, "Procedencia. Salvo las excepciones legales el recurso de reposición

TERCERO: Una vez en firme la presente decisión de conformidad con la normatividad aplicable al rito procesal penal militar¹¹¹ y surtido el trámite que legal, reglamentaria y jurisprudencialmente compete a la secretaría común de la Corporación, vuelva la actuación al juzgado de origen, para lo de su competencia.

RADÍQUESE, CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

Coronel **JOSÉ ABRAHAM LÓPEZ PARADA**
Magistrado

procede contra las providencias de sustanciación que deban notificarse y contra las interlocutorias de primera o única instancia". [Destacado de la Sala].

Asimismo, por cuanto ello se colige del tenor del arto 194, inciso 2°, de la Ley 600 de 2000 aplicable por vía de integración normativa al rito penal militar, el cual dispone: "Sustentación en primera instancia del recurso de apelación... Cuando no se sustente el recurso se declarará desierto, mediante providencia de sustanciación contra la cual procede el recurso de reposición." [El destacado es propio].

¹¹¹ Vid. Notas 106 y 107 en concordancia con la Ley 522 de 1999, artículo 341 y con la Ley 600 de 2000, artículo 187 [Modificado por el artículo 101 de la Ley 1395 de 2010].

Coronel (RA) **WILSON FIGUEROA GÓMEZ**
Magistrado

Abogada **BERLEDIS BANQUEZ HERAZO**
Secretaria