

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente
MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Aprobado mediante acta # 1154 de diciembre 14 de 2016. H: 2:00 p.m.

INTERLOCUTORIO DE SEGUNDA INSTANCIA

Pereira, quince (15) de diciembre de dos mil dieciséis (2016).
Hora: 8:04 p.m.

Radicación No.: 66682-6000-048-2016-00370-01
Procedente: Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal
Contra: Oscar David Cardona Montes
Delito: Homicidio
Decisión: Revoca preclusión

ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el representante de la Víctima y el Ministerio Público en contra la decisión proferida por la Jueza Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, el día 21 de noviembre de 2016, mediante la cual decretó la preclusión de la investigación seguida en contra del señor **ÓSCAR DAVID CARDONA MONTES** por el delito de Homicidio.

ANTECEDENTES FACTICOS

Dan cuenta las diligencias adelantadas por la Fiscalía que el día 4 de septiembre del año que transcurre, siendo alrededor de la 01:40 horas, cuando miembros de la Policía Nacional de Santa Rosa de Cabal, se encontraban haciendo apoyo para cierre de establecimientos nocturnos y estando en la calle 12 No. 9-03

frente al establecimiento nocturno denominado "Rancho Alegre", salió un ciudadano pidiendo auxilio puesto que presentaba una herida más arriba del pecho; detrás de él, venía otro sujeto que llevaba en la mano una navaja negra ensangrentada, el cual presentaba una herida en la espalda y era perseguido por algunas personas para lincharlo. Frente a esa situación, la fuerza pública intervino capturando a dicho ciudadano para brindarle seguridad, y ambos sujetos fueron trasladados a centros de salud para recibir atención médica.

Estando en el hospital, se determinó que el primer sujeto que salió herido fue identificado como JUAN DAVID LONDOÑO GUTIÉRREZ de 15 años de edad, quien falleció.

El segundo hombre, quien portaba la navaja, fue identificado como OSCAR DAVID CARDONA MONTES de 28 años de edad.

SÍNTESIS PROCESAL

Dados los anteriores hechos, el 5 de septiembre de 2016 se realizaron las audiencias preliminares ante la Juez Penal Municipal de Santa Rosa de Cabal, con Funciones de Control de Garantías. Allí se declaró legal la captura del señor OSCAR DAVID CARDONA MONTES, se le imputó el delito de homicidio, el cual no aceptó, y se le cobijó con medida de aseguramiento de detención preventiva en centro de reclusión.

El 3 de noviembre el señor Fiscal 30 Seccional de Santa Rosa de Cabal presentó ante el Juzgado Penal del Circuito de esa localidad escrito de solicitud de preclusión dentro de la presente investigación invocando para ello la causal prevista en el numeral 2 del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal. Así las cosas el día 15 de noviembre de 2016 se realizó audiencia de sustentación de la solicitud de preclusión, en ella la Fiscalía expuso sus razones para tal cosa, y fue coadyuvado por el defensor del procesado. El representante del Ministerio Público se opuso a esa

petición. La audiencia para decidir sobre el asunto se dejó para el día 21 de ese mismo mes y año.

SUSTENCIÓN DE LA SOLICITUD DE PRECLUSIÓN.

Después de haber desarrollado el correspondiente programa metodológico, la Fiscalía competente, solicitó al juez de conocimiento decretar la preclusión de la instrucción seguida contra *OSCAR DAVID CARDONA MONTES* con fundamento en la causal 2ª del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, toda vez que de acuerdo a la información obtenida con las entrevistas realizadas a varios testigos de los hechos y al procesado, lo que ocurrió esa madrugada del 4 de septiembre de 2016 dentro del establecimiento nocturno denominado "Rancho Alegre" del municipio de Santa Rosa de Cabal, y que lamentablemente tuvo como resultado la muerte del menor *JUAN DAVID LONDOÑO RODRÍGUEZ*, se debió a que este, al ver que el señor *OSCAR DAVID*, se acercó y saludo a su novia *DIANA*, conocida con el alias de "La Mona", con quien departían en una mesa de ese lugar solos, se molestó y lo agredió primero con empujones e insultos, y después cuando *OSCAR* le dio la espalda para alejarse de él, procedió a seguirlo y propinarle una puñalada con arma blanca en la parte baja del dorso, lo que ocasionó que aquel reaccionara sacando una navaja que llevaba en el bolsillo y tirara un lance hacia atrás que resultó en que *JUAN DAVID* recibiera una puñalada en el cuello que le perforó la vena yugular, produciéndose su deceso minutos después por un shock hipovolémico.

A juicio del Ente Acusador, la situación arriba descrita lo que aparece es una evidente causal de usencia de responsabilidad puesto que el señor *OSCAR DAVID* actuó en defensa de un derecho propio ante la agresión de que estaba siendo víctima, esto es se encuentra inmerso en la causal descrita en el numeral 6 el artículo 32 del Código Penal. Tal cosa se da, si se tiene en cuenta que por lo narrado por los testigos de los hechos y por el imputado, señalaron que él en ningún momento discutió o irrespetó a la joven conocida como la Mona, para que su

compañero, esto es JUAN DAVID, procediera a agredir a OSCAR DAVID, situación que hace evidente la reacción del hoy occiso fue injustificada y que el ataque que le propinó al ahora procesado no tenía razón de ser.

El Ente Acusador dejó constancia que no le fue posible ubicar a la joven conocida como "La Mona", toda vez que de acuerdo al informe del investigador de campo, ella debió abandonar el municipio de Santa Rosa de Cabal por amenazas en contra de su vida.

El Ministerio Público intervino en la diligencia para señalar su oposición a tal solicitud, pues a su juicio, no es tan clara la causal de preclusión invocada, ya que la versión de los hechos del procesado suena acomodada para demostrar una legítima defensa, sin embargo no está probada la supuesta agresión de la cual él fue víctima, toda vez que hasta el momento el arma con que le agredieron no apareció y de acuerdo a la versión dada por el administrador del local donde se dieron los acontecimientos, el señor OSCAR DAVID salió caminando tranquilamente del lugar sin mostrar signos de haber sido agredido, y segundos más tarde tras él salieron un grupo de personas a agredirlo, lo que puede indicar que la herida que tuvo fuera causada por alguno de sus persecutores. De otro lado, considera que es importante conseguir el testimonio de "La Mona" pues ella es la persona que podría aclarar si efectivamente existió o no una agresión sin motivo alguno de parte de JUAN DAVID hacia el hoy procesado o si por el contrario entre ellos hubo una agresión mutua.

El Defensor de OSCAR DAVID por su parte, señaló que dentro del presente asunto fue su prohijado quien fue agredido en primer lugar por el señor JUAN DAVID porque no le gustó que este saludara a su novia y no porque existiera un problema o algo por el estilo previamente entre ellos, que fuera indicativo de que el señor CARDONA iba armado con la intención de hacerle daño. Adicionalmente, señaló que el hoy fallecido tenía 13 anotaciones por distintos delitos, entre ellos la agresión a un comandante de la

estación de Policía, y pertenecía a uno de los combos delincuenciales que hay en Santa Rosa de Cabal, lo que hace evidente que era una persona acostumbrada a ir armada; mientras que su prohijado es un simple trabajador que no tiene antecedentes y que tuvo tan mala suerte ya que al tratar de defenderse lesionó al ahora occiso gravemente causándole la muerte. Adicionalmente, señala que los testimonios si dan cuenta de la agresión previa por parte de JUAN DAVID y ello es suficiente para sustentar la versión de imputado, y si el arma con que aquel lo hirió no se encontró ello se debió a la confusión que se generó en el lugar segundos después de los hechos.

LA DECISIÓN DE PRECLUSIÓN.

Escuchadas las partes, la Juez Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, en audiencia realizada el 21 de noviembre de 2016, decidió decretar la preclusión de la instrucción al considerar que dentro del presente asunto sí están dados todos los elementos de la legítima defensa, pues de acuerdo a los testimonios rendidos por los señores John Faber López Carmona (sobrino del procesado), John Anderson Galeano Castaño y Wilfrido Gaviria Marín, el hoy occiso fue quien empezó a agredir al señor Oscar David Cardona Montes propinándole un chuzón en la espalda con una navaja o cuchillo, después de haberlo golpeado en la cara, cuando éste trato de alejarse de la mesa en la que aquel estaba con una mujer a quien saludo. Esto es, fue la víctima Juan David quien inició la agresión en contra de Oscar David a pesar de que él trató de evitarla alejándose del lugar. Lo que hace evidente que su comportamiento fue defensivo y tenía como finalidad repeler el ataque de que estaba siendo víctima, tanto así que lo único que acertó a hacer fue sacar una navaja que llevaba consigo y lanzar el brazo hacía atrás, con tan mala suerte de que Juan David estaba tan cerca suyo que le asesto una profunda puñalada en el cuello. El tercer elemento de esa figura, se hace evidente cuando se observa que, el señor Cardona reaccionó como lo haría cualquier persona en sus condiciones cuando está siendo víctima de un ataque; además su

reacción no fue desmesurada, pues recuérdese que solo asestó un lance y con eso la única herida que se le causo al occiso, sin que fuera su intención asesinarlo sino evitar que él continuara chuzándolo.

Frente a los reparos que hizo el Ministerio Público considera que los mismos no tienen fundamento alguno, en primer lugar porque no es cierto que las personas que rindieron su testimonio fueran amigos del procesado, toda vez que se logró establecer que ni el señor Galeano Castaño ni el señor Gaviria Marín, eran conocidos o sabían quiénes eran los involucrados en el problema. Por otro lado, el administrador del establecimiento nocturno narró únicamente lo que alcanzó a percibir por la ventana del local y ello se dio cuando todo había pasado, y su versión frente a quien salió primero del lugar es contraria a los de los policiales en cuanto a que estos fueron claros al indicar que primero salió Juan David y cayó al piso y tras él venía Oscar David con el arma homicida en la mano; mientras él señaló que fue al contrario la salida, por lo que se le debe dar mayor credibilidad a la versión de las autoridades, lo que indica que él lo único que vio fue lo sucedido afuera del establecimiento.

En cuanto al tema del testimonio de Diana, "la Mona", considera que si el mismo no puede ser escuchado ello no tiene trascendencia puesto que existen otros, de personas que no conocían ni al occiso ni al procesado y que pudieron observar como aquel agredió a Oscar David primero y sin razón alguna.

LA ALZADA.

Inconforme con la decisión de instancia, **el representante de la víctima** señala su oposición a la decisión adoptada por la A-quo, pero antes de entrar a sustentar su recurso recuerda que él no fue citado para la audiencia celebrada el 15 de noviembre de este año y por ello no conoce los elementos materiales probatorios que la Fiscalía presentó para sustentar su solicitud, toda vez que el traslado de la carpeta se lo hicieron ahí mismo en la diligencia. A

pesar de lo anterior, considera que el Ente Acusador se quedó corto en sus indagaciones sobre los hechos, y tomó la decisión de solicitar la preclusión extremadamente rápido, omitiendo el testimonio de la novia del occiso el cual resultaría demasiado esclarecedor para este asunto. Igualmente considera que es necesario que se ahonde más en la versión que de los hechos tenga el señor DAYRON ALEXANDER LONDOÑO RODRÍGUEZ, hermano de la víctima, quien se encontraba en el establecimiento nocturno el mismo día de los hechos, y quien de manera extraprocesal le hizo saber que fue él quien a petición de su hermano al verse lesionado, le propinó a Oscar David Cardona Montes el puntazo en la espalda, información que él no suministro en su entrevista a los investigadores por cuanto le daba temor. Situación a la cual hizo alusión en su breve intervención antes de que la señora Juez tomara su decisión. Como tema aparte, propone la tesis de un crimen pasional, indicando que Diana o la Mona como se le conoce en este asunto, tenían una relación con el ahora procesado y él no soportó que ella lo hubiera dejado o lo estuviera traicionando con un "culicagado" de 15 años de edad (sic) y por ello procedió a atacarlo. En cuanto a los testimonios en que fundamenta su decisión la Juez, señala que los mismos fueron dados para favorecer al procesado, en primer lugar porque uno de esos es el de su sobrino y en segundo lugar porque Santa Rosa de Cabal es un pueblo muy pequeño en donde todos se conocen y muy seguramente los otros dos testigos si no son amigos por lo menos son conocidos del procesado.

Ministerio Público como recurrente, empieza por referir que la teoría de que existió una agresión por parte de Juan David Londoño Gutiérrez hacía Oscar David Cardona Montes, surgió dos meses después de que se hicieran las audiencias de control de garantías, pues en aquellas nada se dijo al respecto. Por otra parte, para que se pueda declarar una legítima defensa debe existir certeza sobre los requisitos que la fundamentan, situación que dentro de este asunto no se da ya que no se llamó a declarar a la señora Diana conocida como "La Mona" que fue la persona que

al parecer propició la presencia de Oscar en la mesa de Juan David, siendo entonces ella la persona que puede dar luces sobre lo que en ese momento sucedió, y al no estar ella esa certeza sobre lo allí sucedido deja de existir, entonces no es posible hablar del grado de certeza amplio que exige la norma. Adicionalmente, es de recordar que se incautó el arma homicida pero nunca apareció la supuesta navaja que tenía Juan David, lo que genera duda sobre esa supuesta agresión inicial. De otra parte, lo que sí está claro dentro de este asunto es que Oscar David llevaba consigo una navaja, tal como lo indicó su sobrino, al momento en que llegó a la discoteca "Rancho Alegre", esto es, iba preparado para cualquier tipo de enfrentamiento. Aunado a lo ya dicho, considera que dentro de este asunto tampoco está muy clara la proporcionalidad en cuanto a la legítima defensa, primero porque, insiste, no está probada la agresión inicial de parte de Juan David hacia Oscar David y, además, no se puede desconocer que la herida que presentó el hoy procesado fue superficial y no revistió mayor gravedad, y hasta el momento no está determinado con qué elemento se causó, ya que debe recordarse que él mismo señaló en su declaración, que fue perseguido por las personas del lugar con navajas, picos de botellas y otros objetos, lo que da a pensar que esa herida pudo ser causada en ese momento.

Por otra parte, considera que no se puede demeritar, como lo hizo la A-quo, el testimonio del administrador del lugar, pues él estaba pendiente de su clientela y fue muy claro al indicar que no existió una riña o problema antes de que Oscar lesionara a Juan David, y que tampoco existieron voces de auxilio o de alerta por parte de aquel que advirtieran que el occiso lo lesionó o atacó primero, o que llevaba un arma corto punzante, como sería lo lógico en ese tipo de situaciones. Apoya la tesis del representante de víctimas, en punto de que la declaración que se le tomó al hermano de Juan David fue muy básica y debió ahondarse más en su testimonio.

En conclusión, solicita que se revoque la decisión de primera instancia, toda vez que dentro de este asunto resulta apresurado plantear una teoría de legítima defensa cuando la investigación no

está consolidada, ya que deben traerse muchos elementos de conocimiento que hacen falta, y la única versión que se está planteando es la del procesado secundada por un familiar y dos personas que muy seguramente son conocidos de ellos.

Fiscal como no recurrente, dice que no es cierto, como lo indica el representante de víctimas, que se haya dado la solicitud de preclusión de manera célere, puesto que la misma se ha dado dentro de los términos legalmente establecidos por el artículo 294 C.P.P. armonizado con el 317 ibídem, para la presentación bien sea del escrito de acusación o la solicitud de preclusión. En cuanto a los dichos de los apelantes de que se quedó corto en la recolección de elementos materiales probatorios o evidencias físicas, considera que no es así, menos cuando ellos no están mencionando cuáles fueron. De otro lado, si no se ahondo en el testimonio del hermano de la víctima, fue porque cuando se le tomó entrevista no dio ningún tipo de información para que la investigación tomará otro rumbo. Sobre la hipótesis que plantea el representante de víctimas de que "La Mona" tuviera una relación paralela con Juan David y Oscar David, no aporta prueba alguna al respecto careciendo la misma de validez.

Frente a lo dicho por el Ministerio Público de que en las audiencias preliminares no se planteó la teoría de una legítima defensa, ello se debe a que por la celeridad con que se debe llevar al capturado a las mismas, no se tenían todas las pruebas para tal cosa y hasta ese momento lo único claro era que Oscar David le había causado la muerte a Juan David.

En cuanto a que no se obtuvo la entrevista de "La Mona", reitera las razones por las cuáles tal cosa no se logró e indica que por ello no se pueden demeritar los testimonios de las otras personas, especialmente los de aquellos de quienes observaron directamente las cosas y se ha dicho, por parte de los recurrentes, que pueden ser amigos o conocidos del procesado, sin demostrarse tal cosa. En punto del arma que no se encontró, señala que es necesario tener en cuenta el contexto de toda la situación, esto es, la

aglomeración de gente, la riña y la confusión que se presentó después de los hechos, lo que explica que la misma se perdió en ese momento, ya que no se le podía pedir a los policías que en medio del desorden entraran al lugar a buscarla.

Defensor como no recurrente, solicita que se confirme la decisión de la A-quo ya que lo dicho por parte de los recurrentes son solo elucubraciones sin ningún sustento probatorio, mientras que la Fiscalía con lo presentado logró demostrar la existencia de la legítima defensa y con ello la causal de preclusión de la acción penal. En cuanto a que esa teoría no se planteó desde las audiencias preliminares, dice que ello se debe a que Oscar estuvo asesorado durante las mismas por un defensor público que llegó a último momento y solo tuvo la oportunidad de decirle a él que guardara silencio. De otro lado, hace mención a la existencia en este asunto de una verdad procesal que es la que se tiene de acuerdo a las pruebas y evidencias físicas que el Fiscal ha traído como sustento de su solicitud y la que a juicio de los apelantes es la verdad real, que es la que no tiene sustento probatorio alguno.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia.

Esta Sala de Decisión, acorde con lo consagrado en el numeral 1º del artículo 34 del C.P.P. es la competente para resolver la presente alzada, en atención a que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de un auto proferido en primera instancia por un Juzgado Penal del Circuito que hace parte de este Distrito judicial, sin avizorarse mácula en el procedimiento que vicia de nulidad lo actuado.

Problema jurídico.

El asunto que concita la atención de la Sala se enmarca en determinar si en el caso bajo examen concurren los presupuestos

legales para que pueda ser declarada la preclusión de la investigación en contra del señor OSCAR DAVID CARDONA MONTES, acorde con la causal consagrada en el # 2º del artículo 332 C.P.P.

Solución:

Se parte de la base que de conformidad con el artículo 250 de la Carta Política y el artículo 200 C.P.P. en cabeza de la Fiscalía General de la Nación está el ejercicio de la acción penal, lo cual implica que debe desplegar las labores tendientes a la indagación e investigación de los hechos que revistan las características de las conductas enlistadas como punibles que lleguen a su conocimiento, siempre que medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la probable existencia de las mismas.

Al ser despojada de funciones jurisdiccionales, el legislador facultó a la Fiscalía para solicitar en cualquier etapa de la actuación, - indagación, investigación y juzgamiento-, al juez de conocimiento la preclusión de la investigación cuando, con arreglo a la ley, no hubiera mérito para acusar, petición que debe estar acorde con los artículos 331 a 335 C.P.P. que regulan el tema y de conformidad con los supuestos jurídicos que a continuación se relacionan i) imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal, ii) existencia de una causal que excluya la responsabilidad de acuerdo con el Código Penal, iii) inexistencia del hecho investigado; atipicidad del hecho investigado, iv) ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado, v) imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia; y vi) vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de dicho código.

Pero es de anotar que por tratarse la preclusión de la investigación de una de las denominadas modalidades de terminación anormal de los procesos, en atención a que con la misma se finiquita una actuación procesal mediante una providencia diferente a la de la

sentencia, pero que genera los mismos efectos de cosa juzgada, por lo que para la procedencia de la preclusión se torna necesario que la causal aducida se encuentre plenamente soportada en una base probatoria confiable, producto, en lo posible, del agotamiento de la fase de indagación, que no dé lugar a dubitaciones en uno u otro sentido.

Frente a lo anterior, la Corte ha expuesto lo siguiente:

*"De manera tal que tratándose de la aplicación del instituto de la preclusión de la investigación es requisito ineludible acompañar los elementos materiales de prueba o evidencia física necesarios para demostrar la configuración de la causal alegada, la cual no se satisface con la simple versión de los hechos suministrada por el indiciado, sino acompañando los medios de prueba que corroboran su configuración fáctico-jurídica con categoría de certeza....."*¹.

Línea de pensamiento que ha sido reiterada de la siguiente forma:

"La fuerza de cosa juzgada que entraña la preclusión, como decisión que pone fin al ejercicio de la acción penal de manera anticipada, exige que la causal que la funda se encuentre demostrada de manera cierta o, lo que es igual, que respecto de la misma no exista duda o posibilidad de verificación contraria con un mejor esfuerzo investigativo (CSJ AP, 24 jun. 2008, Rad. 29344; CSJ AP, 27 sept. 2010, Rad. 34177; y CSJ AP, 24 jul. 2013, Rad. 41604).

*En tales condiciones, si la Fiscalía acredita en debida forma alguna de las causales previstas por el artículo 332 del Código de procedimiento Penal, corresponde al Juez de conocimiento decretar la preclusión....."*².

Para el caso que ocupa la atención de la Sala es claro que la Fiscalía, durante la fase investigativa de la actuación, ha solicitado la preclusión del proceso, y para ello su teoría bacular es precisamente informar al Juez del Conocimiento que acorde con los elementos y evidencias recopiladas ha llegado a la conclusión consistente en que el deceso del joven Juan David Londoño

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal: Providencia 2ª Instancia del quince (15) de julio de dos mil nueve (2009). Proceso # 31780. M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA.

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia de 2ª Instancia del diez (10) de agosto de 2016. AP5151-2016. Rad. # 48204. M.P. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ.

Gutiérrez se dio como consecuencia de una actitud defensiva de parte de Oscar David Cardona Montes, ante el ataque que aquel le propinó por la espalda, como respuesta al disgusto que le generó que se acercara a su mesa a saludar a Diana "La mona", quien para ese momento era su novia.

Como sustentó de tales dichos, el Ente Acusador ha presentado una serie de entrevistas absueltas por 3 personas, entre ellos un sobrino del procesado, quienes señalan lo que acaeció entre el señor Oscar David y el occiso, antes de los fatídicos hechos que terminaron con su vida. Igualmente la Fiscalía pretende darle apoyo a esa teoría con la necropsia de la víctima y el examen médico legal realizado al procesado, donde se corrobora que la víctima presentaba una herida producida por un arma cortopunzante en el cuello que le seccionó la vena yugular externa, mientras que el Procesado tenía una herida de dos centímetros de profundidad, hecha con un objeto cortopunzante, en la pared posterior del tórax.

A simple vista podría decirse, tal como lo indicó la A-quo en su decisión, que esas pruebas son suficientes para determinar que efectivamente la lesión que el señor Oscar David le causó al joven Juan David fue producto de una reacción defensiva de él hacia un ataque propiciado por este último; sin embargo de una revisión de las actuaciones llevadas a cabo por el Ente Acusador y de los medios de conocimiento recaudados, encuentra la Colegiatura que esa situación no es tan clara, lo cual es una consecuencia de una serie de contradicciones e imprecisiones en las que incurren los principales testigos con los que el Ente Acusador soporta sus pretensiones, lo que incide para que no se pueda llegar a ese grado de certeza que se requiere para la plena acreditación de la causal de preclusión deprecada por la Fiscalía.

Para llegar a la anterior conclusión, solo basta con cotejar lo dicho por parte del ahora Procesado Oscar David Cardona en su entrevista, y así se tiene que indicó que cuando sucedieron los hechos su sobrino, John Faber, ya había salido del establecimiento

nocturno y lo estaba esperando afuera del mismo con otros familiares³; sin embargo, John Faber dice en su entrevista que al momento de los acontecimientos estaba sentado en la barra del bar esperando que él regresara del baño⁴. En igual sentido, los señores John Anderson Galeano Castaño y Wilfrido Gaviria Marín, aseguran en sus entrevistas que el señor Oscar David estaba regresando a la barra cuando supuestamente fue atacado por la espalda por Juan David, pero el procesado dice que el rumbo que tomó después de haber cruzado un saludo con Diana "La Mona", fue hacia la salida de la discoteca.

En ese orden de cosas, no es claro para esta Colegiatura si es que la barra del establecimiento nocturno de nombre "Rancho Alegre" queda a un lado de la puerta del mismo, o los supuestos testigos de los hechos están mintiendo.

Incluso si se comparan entre si todo lo dicho tanto por el Procesado como por los entrevistados, de bulto se observa que sus versiones respecto de la forma como el óbito agredió al procesado y como este reaccionó, coinciden en los más mínimos detalles, dando a entender que se está en presencia de declaraciones clonadas o de personas que estuvieran recitando un libreto previamente aprendido.

Como se podrá colegir, de lo dicho por los anteriores entrevistados se percibe la presencia de una extraña mezcolanza, que de una u otra forma conspiraría de manera negativa en lo que tiene que ver con el grado de credibilidad que merecerían sus dichos, en atención a que a pesar que los declarantes incurren en una serie de contradicciones e incoherencias respecto de aspectos periféricos y colaterales de lo acontecido, de igual forma se observa como en todo aquello que tiene que ver con el acontecimiento principal, o sea la legítima defensa, prácticamente sus versiones coinciden de manera casi que milimétrica.

³ Folio 116.

⁴ Folio 101.

Así las cosas, la Colegiatura comparte la postura adoptada por parte del abogado Representante de Víctimas y del delegado del Ministerio Público, en cuanto a que de los medios de conocimientos aducidos por el Ente Acusador no se logra demostrar de manera clara e indubitable los elementos estructurantes de la legítima defensa, especialmente en lo que respecta al momento en que el hoy procesado fue supuestamente atacado por el occiso.

Además de lo anterior, se observa que la Fiscalía no cumplió con la carga de agotar racionalmente todas las probabilidades probatorias para así poder demostrar plenamente la causal de preclusión aludida, en atención a que ha quedado claro que hubo una persona, *Diana "La Mona"*, que estuvo en el lugar y a la hora de los hechos y que presencié todo de manera directa, a quien la Fiscalía no escuchó porque supuestamente no la pudo ubicar, toda vez que de acuerdo a lo que logró establecer ella se fue para la ciudad de Bogotá por amenazas; pero a pesar de ello, revisado el encuadrado se echan de menos las labores exhaustivas que el Ente Investigador realizó a fin de ubicar a un testigo tan importante, esto es, no se observa que más allá de haber tratado de contactarla en el barrio donde ella vivía, se hayan realizado otras labores para encontrarla.

En ese orden, es cierto como lo anunciaron los apelantes, que la Fiscalía en este asunto se ha quedado corta en sus labores investigativas para lograr obtener la versión que de los hechos tiene la señora Diana o "La Mona" como se le conoce, ello por cuanto no se evidencia que hubiese tratado de ubicarla a través de búsquedas selectivas en bases de datos o mediante labores exhaustivas de vecindario, puesto que lo único que hay al respecto es una constancia visible a folio # 119 en la cual se da cuenta de las lacónicas actividades que los investigadores llevaron a cabo para ubicar a la susodicha Diana o "La Mona".

Con lo dicho hasta el momento, es claro que con lo que tenga que decir la mujer que estuvo *in situ*, o sea (A) *La Mona*, es posible llegar a conclusiones diversas de las formuladas por la Fiscalía

como tesis para respaldar su petición de preclusión, o incluso también es posible que lo que esa señora diga sea determinante para apalancar lo pretendido por el Ente Acusador.

Siendo así las cosas, la Sala es de la opinión que la causal de preclusión deprecada por el Ente Acusador no se encuentra soportada probatoriamente de manera clara y convincente, en atención a que la Fiscalía pretendió acreditar la hipótesis propuesta con base en unas versiones de dudosa credibilidad que unas personas absolvieron en la investigación. Siendo entonces vital hacer todos los esfuerzos para procurar la comparecencia de (A) *La Mona*, cuya declaración podría conducir para que la Fiscalía transite por dos caminos diferentes: *i)* mantenerse en su voluntad legal de solicitar la preclusión o *ii)* hacerse a un nuevo medio de conocimiento que haga factible un llamado a juicio del señor OSCAR DAVID CARDONA MONTES, por la presunta comisión de la conducta punible de homicidio.

Con base en lo antes enunciado, concluye la Sala que la proposición de los censores tiene prosperidad, en cuanto que en este evento no se da el presupuesto de convicción interna en la Judicatura para aprobar la declaratoria de preclusión de la investigación con fundamento en el numeral 2 del artículo 332 C.P.P. motivo por el cual se deberá revocar la decisión opugnada.

Finalmente, como la A-quo ordenó mediante oficio No. 1858 del 21 de noviembre de 2016, dirigido al Centro de Servicios Judiciales Oficina de Apoyo al Sistema Penal Acusatorio de la ciudad de Manizales, emitir de manera inmediata la boleta de libertad del procesado, como consecuencia de lo resuelto y decidido en este proveído, se ordenará que por intermedio del Centro de Servicios Judiciales local se emita la correspondiente orden de captura en contra del señor OSCAR DAVID CARDONA MONTES.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la decisión proferida por el Juzgado Único Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, en audiencia del 21 de noviembre de 2016, en la cual se declaró la preclusión de la investigación seguida en contra de **OSCAR DAVID CARDONA MONTES**, indiciado por el delito de homicidio, para en su lugar **ORDENAR** que se prosiga la investigación por parte de la Fiscalía General de la Nación, acorde con sus facultades constitucionales y legales.

SEGUNDO: ORDENAR que por intermedio del Centro de Servicios Judiciales local se emita la correspondiente orden de captura en contra del señor OSCAR DAVID CARDONA MONTES, de acuerdo a lo dicho en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: Contra esta decisión no procede recurso alguno; las partes quedan notificadas en estrados.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE:



MANUEL YARZAGARAY BANDERA
MAGISTRADO



JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
MAGISTRADO



JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
MAGISTRADO