

Proceso: 050016000000-2022-00095
Delito: Tentativa de homicidio agravado
Procesado: Santiago Marín Noreña
Procedencia: Juzgado 30 Penal del Circuito de Medellín
Objeto: Auto que niega preclusión
Decisión: Confirma
M. Ponente: Luis Enrique Restrepo Méndez
Auto: 007-2022

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Proyecto aprobado según acta Nro. 042

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía 13 Seccional y la defensa contractual de **SANTIAGO MARIN NOREÑA** contra la decisión del 2 de marzo de este año de la Juez 30 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esta ciudad, mediante la cual negó la preclusión solicitada a su favor en relación con el delito de homicidio agravado en modalidad tentada.

1. HECHOS

Fueron descritos por la fiscalía en la solicitud de preclusión de la siguiente forma:

“Ocurrieron el 8 de diciembre de 2021 en las instalaciones de la terminal de transportes del sur de esta ciudad, a eso de las 6:20 am arribaron procedentes de la ciudad de Cali Oscar Chantre con sus dos compañeros

que son Karen Alejandra Goyez y otro muchacho, y estando al interior de la terminal de transportes sin ningún motivo fueron agredidos de forma súbita por varios jóvenes al parecer integrantes de una barra del equipo Atlético Nacional quienes de manera deleznable y arbitraria llegaron y uno de ellos agredió a Oscar Chantre, le dio primero con un casco, luego le dio con un machete y le propinó una herida en la cabeza con tal magnitud que le generó fractura de tabla ósea y posteriormente estos jóvenes, alrededor de siete, se ubicaron alrededor de Karen Alejandra Goyez y la intimidaron y le abrieron sus pertenencias, le hurtaron una cámara fotográfica que portaba, le tiraron al suelo el resto de sus objetos personales y otros también salieron detrás de Jhon Alexander Gallego y lo persiguieron con un machete, no le lograron causar ninguna herida porque se tiró del segundo piso al primero y no lograron causarle ninguna lesión.

En virtud de esos hechos la seguridad privada de la terminal llamó a la policía, quien llegó inmediatamente y dieron captura en situación de flagrancia a Bryan Guevara Osorno y a Santiago Marín Noreña a ambos le incautaron, a cada uno un machete, un arma cortopunzante tipo machete”¹.

2. ANTECEDENTES PROCESALES

2.1 El 9 de diciembre de 2021, ante el Juzgado 2º Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de esta ciudad, se llevaron a cabo las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación donde se les imputó a Bryan Guevara Osorno y a Santiago Marín Noreña los delitos de tentativa de homicidio agravado en modalidad tentada, en concurso con hurto calificado y agravado art. 103, 104 numeral 4º, 27, 31, 239, 240 inciso 2º 241

¹ Audiencia del 24 de febrero de 2022. Minuto: 05:10

Tribunal Superior de Medellín
Sala de Decisión Penal
Radicado 050016000000 2022-00095
Santiago Marín Noreña

numerales 10 y 11 en calidad de coautores. No hubo allanamiento a cargos y se les impuso medida de aseguramiento en establecimiento de reclusión.

2.2 El 7 de febrero de este año, la Fiscalía 13 Seccional presentó solicitud de preclusión a favor de Santiago Marín Noreña por el delito de tentativa de homicidio agravado, que le fuera imputado en calidad de coautor y donde aparece como víctima Oscar David Chantre Moreira, misma que le correspondió por reparto al Juzgado 30 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esta ciudad quien instaló audiencia para esos fines el 24 de febrero siguiente.

En ese sentido la fiscalía solicitó que con fundamento en los art. 331 y 332 numeral 5° del C. de P.P, esto es, por ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado, se precluya la investigación a favor de Santiago Marín Noreña, bajo los siguientes argumentos:

Destacó que en sus labores de investigación y con posterioridad a las audiencias preliminares, recaudó un video donde se ven “*perfectamente*” los hechos, siendo precisamente ese elemento el que la llevó a estimar que si bien es cierto, Santiago Marín Noreña hacía parte del grupo de hinchas del Atlético Nacional que llegó de la ciudad de Cali, abordaron a Karen Alejandra Goyes y le hurtaron sus pertenencias, también lo es que no tuvo participación alguna en el ataque que sufrió Oscar David Chantre en manos de Bryan Guevara Osorno, quien fue la persona que lo atacó primero con un casco y enseguida con un machete.

Y agregó:

“Santiago no estaba en el lugar y tampoco señorita, que me parece muy importante, tampoco observamos de la sucesión de los hechos que hubiese existido coautoría en ese delito contra la vida y la integridad personal de Oscar.

Bryan no venía en el bus con ellos, él vive aquí en Itagiú llegó por otro sitio, no tenía comunicación con ellos con los que venían en el bus de Cali con las víctimas y se encontraron en ese lugar, no sabemos si venía a

recogerlos o era amigo de ellos, pero no encontramos de los elementos que haya habido o que existan los elementos de la coautoría, que son el primero de todos, acuerdo de voluntades.

No vemos que hubiere existido ese acuerdo entre Bryan y Santiago, a nuestro modo de ver la actuación de Bryan fue una actuación individual, una decisión en la que Santiago no tenían ninguna participación, creemos que el dominio del hecho respecto de esa tentativa de homicidio de que fue víctima Oscar fue solo de Bryan ya que Santiago llegó varios minutos después.

No dudamos de la participación de Santiago en el hurto contra Karen, tampoco aplaudimos esa actuación tan repulsiva de intolerancia de atacar a personas por ser simpatizantes de otro equipo, pero no podemos caer en el extremo de endilgarle conductas en las que no participó, en realidad de verdad la fiscalía tiene que ser leal y no podemos sostener una acusación cuando vemos que este muchacho no tuvo participación, en nuestro sentir en esa tentativa de homicidio, tampoco existen los otros elementos de la coautoría, no hay división de trabajo ni el porte. Santiago no hace ningún aporte a esa tentativa de homicidio”.

Adujo que el delegado de la fiscalía que en su momento imputó tuvo en cuenta el señalamiento de la víctima cuando refirió que fueron dos personas quienes lo atacaron y dado que los dos capturados Bryan Guevara y Santiago Marín Noreña portaban cada uno un arma blanca tipo machete, ello fue suficiente para inferir de manera razonable que actuaron como coautores; sin embargo, reiteró, en el transcurso de la investigación recaudó varios videos, de los cuales sólo exhibió uno, donde se observa que Bryan, quien traía un casco de motocicleta consigo, ingresó a la terminal de transportes del sur por una puerta diferente a la de Santiago y los demás jóvenes que llegaron en el bus de Cali, por tanto, consideró que dicho elemento *“es suficiente en el grado de certeza, es una prueba muy clara de que Santiago no tuvo participación en el delito de tentativa de homicidio”.*

Resaltó que, en caso, de que no se satisfaga el grado de conocimiento en la causal que invoca, se acceda a su petición en atención a la imposibilidad de desvirtuar presunción de inocencia porque la fiscalía ha recaudado otros elementos y ninguno de ellos da cuenta de esa coautoría, de ese acuerdo de voluntades entre Santiago Marín y Bryan Guevara Osorno.

Como elementos materiales con vocación probatoria allegó, entre otros denuncias de Oscar David Chantre y Karen Alejandra Goyez, así como un video que fuera proyectado en audiencia, donde se observa la forma cómo ocurrieron los hechos².

2.3 Jhon Alexander Gallego y Oscar David Chantre quienes solicitaron se les concediera la palabra, indicaron que, le generaba descontento cómo en la terminal de transportes tenían sólo un video, cuando el primero de ellos tuvo que huir para salvaguardar su vida ante las amenazas que le profería ese grupo de jóvenes, entre ellos Santiago; y el segundo, resaltó que el imputado venía en el mismo bus y desde allí estaba buscando prendas alusivas al Deportivo Cali, por lo que considera, se trató de un acto premeditado³.

2.4 El apoderado de las anteriores víctimas, en el mismo sentido, se opuso a la solicitud de la fiscalía por considerar que se reúnen los presupuestos de la coautoría en tanto, hubo acuerdo de voluntades para realizar el daño y aporte de cada uno en el resultado, por consiguiente, advirtió que Santiago Marín no debe quedar exonerado del delito de homicidio agravado tentado⁴.

2.5 La abogada contractual de Santiago Marín Noreña en primer lugar señaló que la solicitud de preclusión se debe soportar en los hechos jurídicamente relevantes descritos en la formulación de imputación, los cuales fueron los siguientes:

² Audiencia de solicitud de preclusión del 24 de febrero de 2022. Minuto 05:10

³ Ídem. Minutos 32:58 y 42:23 respectivamente.

⁴ Audiencia del 2 de marzo de 2022. Minuto: 08:12

*Tribunal Superior de Medellín
Sala de Decisión Penal
Radicado 050016000000 2022-00095
Santiago Marín Noreña*

“El 8 de diciembre siendo las 6:19 horas en la terminal del sur Bryan y Santiago en compañía de otros sujetos abordaron de manera violenta y por considerar que no eran del equipo del Nacional a los ciudadanos Oscar David a quien al parecer Bryan aborda por la espalda y le propina dos machetazos en la cabeza ocasionándole heridas que pusieron en riesgo su vida, además siendo atacado con casco, también atacan a la señora Karen a quien golpean y amenazan con armas cortopunzantes y despojan de una cámara Cannon referencia 4000B de \$ 2.100.000, hechos en los que participa el señor Santiago Marín”.

Destacó que los anteriores hechos fueron sustentados en los medios de convicción recolectados para ese momento por la fiscalía, entre ellos, un informe de captura y vigilancia para casos de captura en flagrancia suscrito por el patrullero Robert Núñez en el que se consignó las prendas de vestir que para ese momento vestía su representado y las denuncias de Oscar David Chantre y Karen Alejandra Goyes en las que además de hacer un recuento de los hechos describen la ropa de sus agresores; no obstante, al observar el video que la fiscalía puso de presente para soportar su pretensión, así como otros con los que cuenta la defensa, se puede evidenciar, que su asistido no intervino en el hecho investigado y da cuenta que las denuncias realizadas por las víctimas contienen algunas contradicciones.

Señaló que Santiago Marín no realizó ninguna acción u omisión que pusiera en peligro la vida de Oscar Chantre porque no participó en el hecho y no se le puede endilgar una coautoría, en tanto el art. 29 del C.P establece que debe existir un acuerdo común, división de trabajo e importancia del aporte, por eso considera que el simple hecho de que Santiago estuviera en el lugar de ocurrencia del delito no lo convierte en coautor, pues cuando éste arribó al sitio ya había ocurrido la agresión atentatoria contra la vida de Oscar David Chantre, por consiguiente, no está acreditado el acuerdo previo y mucho menos concomitante porque entre Santiago y Bryan no existió ni comunicación previa ni posterior.

Tribunal Superior de Medellín
Sala de Decisión Penal
Radicado 050016000000 2022-00095
Santiago Marín Noreña

Advirtió que de acuerdo con los videos la única persona que ejecutó la acción en contra de Oscar David Chantre fue Bryan y no hay lugar a interpretación diferente, pues Santiago no acciona ni omite nada dentro de esa conducta y lo más importante, al no participar no desplegó un aporte importante, pues nótese como éste no estaba y, aun así, se desarrolló la conducta, entonces no se puede afirmar que el aporte de Santiago fue relevante e importante para la comisión de los hechos.

En este punto la defensa proyectó tres videos, aparte del que exhibió la fiscalía, donde se observa cómo las tres víctimas se desplazaron por la terminal de transportes y llegó la persona que lesionó a Oscar, otra que intentó agredir a John Alexander Gallego y para ese momento Santiago Marín Noreña aún no estaba en ese lugar, posteriormente hizo su aparición y rodeó junto con otras personas a Karen Alejandra, pero para ese instante Oscar David ya estaba lejos.

Explicó cómo en dichos videos se puede observar que no existió persecución por parte de Santiago en contra de las víctimas a pesar de haber descendido del mismo bus en el que venían ellos, advirtiendo en este punto que, John Alexander no está incluido en los hechos jurídicamente relevantes descritos en la formulación de imputación, por tanto, no podía reputarse como víctima para este momento, por lo que sus dichos no pueden ser tenidos en cuenta.

Agregó que de acuerdo con los videos, Santiago hace su aparición en la escena al mismo tiempo que llega un vigilante, por lo que no es lógico y atenta contra las reglas de experiencia que se cometa un ilícito cuando al lado tengo a una persona de seguridad, misma que al observar la agresión en contra de Oscar salió corriendo, mientras que su asistido continuó con su paso normal, lo que quiere decir que no vio o no se enteró de lo que estaba pasando, por lo que concluyó que Santiago Marín además de no estar presente en el momento en que se dieron los hechos en contra de Oscar, tampoco había entablado comunicación ni contacto con su agresor.

Finalmente resaltó que, con los elementos puestos de presente tanto por la fiscalía como por la defensa, está acreditada la ausencia de intervención del imputado en la tentativa de homicidio de Oscar, y en ese sentido le solicitó a la Juez que acogiera la pretensión de la fiscalía⁵.

3. DE LA DECISIÓN RECURRIDA

La Juez 30 Penal del Circuito de Medellín⁶ negó la solicitud de la fiscalía con fundamento en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, indicó que los hechos jurídicamente relevantes que pudo deducir de los elementos que le fueron trasladados por la fiscalía fueron los siguientes: *“se tiene que a eso de las 6:15 de la mañana del 8 de diciembre de 2021 en la terminal de buses del sur de esta ciudad Oscar David Chantre, Karen Alejandra Goyez Burbano y John Alexander Gallego Burbano fueron atacados por siete hinchas del equipo Atlético Nacional entre ellos Santiago Marín Noreña, quienes con plena división de funciones se distribuyeron para atacarlos”*.

De lo anterior advirtió entonces que i) uno de ellos golpeó en la cabeza a Oscar Chantre con un casco y luego con un machete le causó lesiones en su integridad personal que pusieron en peligro su vida; ii) otros barristas intentaron lesionar con arma blanca tipo machete a John Alexander Gallego Burbano, quien- gracias a los videos proyectados por la defensa- pudo observar que salió corriendo y para proteger su vida saltó desde un segundo piso hasta el primero; iii) mientras tanto otros sujetos del mismo grupo, entre ellos Santiago Marín Noreña, rodearon, intimidaron y acorralaron de manera grave a Karen Alejandra Goyes y le sustrajeron una cámara fotográfica avaluada en \$2.100.000 así como otros objetos de valor.

⁵ Audiencia del 2 de marzo de 2022. Minuto: 10:58

⁶ Ídem. Minuto: 56:36

Tribunal Superior de Medellín
Sala de Decisión Penal
Radicado 050016000000 2022-00095
Santiago Marín Noreña

En segundo término, señaló que los arts. 250 de la Carta Política y 200 de la ley 906 de 2004 asignan a la Fiscalía General de la Nación el ejercicio de la acción penal, en virtud de la cual debe investigar los hechos de connotaciones punibles, siempre y cuando tenga elementos de juicio suficientes sobre su probable configuración, previendo entonces que, cuando no encuentra mérito para acusar, debe acudir ante el juez para solicitar la preclusión de la investigación según las causales previstas en la ley.

En ese orden, continuó, dicho instituto procesal está regulado en los art. 331 a 335 del C. de P.P y comporta la terminación de la actuación penal sin agotar todas las etapas del proceso ante la carencia de mérito para formular cargos en contra del indicado o imputado, decisión de carácter definitivo que solo podrá ser adoptada por el juez de conocimiento y mediante la cual se ordena cesar la persecución penal respecto de los hechos materia de investigación cuando encuentre acreditadas cualquiera de las situaciones del canon 332.

Recordó cómo la Corte Constitucional en la sentencia C-920 de 2007 refirió que la ley 906 de 2004 claramente contempla dos oportunidades en las que es viable presentar una solicitud de preclusión, la primera de ellas durante la investigación y antes de que se presente el escrito de acusación con fundamento en cualquiera de las siete causales previstas en el art. 332 siendo en esta etapa el legitimado para presentarla el fiscal; y la segunda, se contrae a la etapa de juzgamiento conforme al párrafo del art. 332 pero con la limitante que solo podrá hacerse con fundamento en dos de las causales, esto es, la 1ª y la 3ª.

De la anterior explicación, resaltó, deviene lógico concluir que en el presente asunto si bien es cierto, ya se realizó la imputación, también lo es que, la fiscalía en el caso de Santiago y únicamente en lo atinente al delito de tentativa de homicidio optó por no radicar escrito de acusación sino hacer solicitud de preclusión, hallándose habilitada para solicitarla tal como se analizó, por cualquiera de las causales del art. 332 del C. de P.P.

Advirtió que el precedente jurisprudencial enseña que para la procedencia de la preclusión las causales deben estar plenamente acreditadas en grado de certeza racional, es decir, más allá de duda razonable debiéndole quedar claro al funcionario judicial la comprensión de la hipótesis que autoriza precluir la actuación, demostración de la causal preclusiva que se realiza a través de la argumentación del pretensor y los medios de convicción que prodiguen el conocimiento en el grado exigido normativamente para entender estructurado el motivo que conlleva la imploración, tal y como lo refirió la Corte Suprema de Justicia en radicado 45638 del 2016.

Subrayó que de conformidad con la decisión del Máximo Tribunal de la Justicia Ordinaria dentro del radicado 56526 del 10 de febrero de 2021 se dijo que la solicitud de preclusión no solo debe precisar con rigor la causal a la cual se acude, sino que debe ofrecer suficientes elementos argumentales y probatorios que permitan llegar al juez de conocimiento a un estado de convicción tal que no admita, algún resquicio de dudas sobre la efectiva ocurrencia de la causal invocada.

Respecto de la causal 5ª del art. 332 del C de P.P invocada en este caso por la fiscalía y que refiere a la ausencia del imputado en el hecho investigado la Corte dentro del proceso 31537 del 2009 indicó que ésta supone la presencia de evidencia física o elementos materiales probatorios que transmitan la certidumbre sobre la total ausencia de compromiso del imputado en el hecho materia de investigación, esto es, que a partir de esos medios de convicción se pueda inferir con suficiente certeza que el indiciado no tuvo ninguna participación ni como autor, coautor, cómplice o interviniente en la conducta punible, vale decir que es totalmente ajeno a ella.

En ese sentido, dijo, los elementos con vocación probatoria exhibidos por el ente acusador como sustento de su pretensión, fueron los mismos con los que se sustentaron las audiencias preliminares, por lo que considera que hubo una precaria labor investigativa, pues nada novedoso practicó desde esa fecha, o por lo menos no los presentó, a excepción, eso sí, de los videos dados en traslado,

Tribunal Superior de Medellín
Sala de Decisión Penal
Radicado 050016000000 2022-00095
Santiago Marín Noreña

uno por la fiscalía y los restantes por la defensa, por lo que no le queda claro, en el grado de certeza requerido, esto es más allá de toda duda, que Santiago Marín Noreña no tuvo ninguna participación ni como autor, coautor, cómplice ni interviniente en la conducta punible, vale decir que como lo dice el ente acusador era totalmente ajeno a ella.

Enseguida analizó los elementos puestos de presente por la fiscalía para sustentar su pretensión y señaló que obra la denuncia realizada por Oscar David Chantre Moreira, historia clínica donde se indicó que Oscar ingresó al hospital general con lesión en el hueso temporal derecho, fractura abierta de parietal derecho y dos heridas en el cuero cabelludo, heridas que pueden causar la muerte y se adicionan dos fotografías de la cabeza del denunciante que exhiben la magnitud de las lesiones, incapacidad médico legal provisional de 35 días expedida por el Instituto de Medicina Legal.

Del mismo modo, continuó, obra denuncia realizada por Karen Alejandra Goyes, Informe de policía y vigilancia suscrito por los patrulleros Johny Alejandro Delgado y Robert Enrique Nuñez Burgos quienes capturaron en flagrancia a Bryan Guevara Osorno y Santiago Marín Noreña hallándoseles a cada uno un arma blanca tipo machete de exactas características, esto es, empuñadura de pasta negra, hoja plateada y portados en la pretina del pantalón.

Analizó de manera detallada el video puesto de presente por la fiscalía y donde a minuto cuarenta (01:40) se puede observar la manera de actuar de estos ciudadanos así: i) el señor Brayan Guevara Osorno, quien de una manera deleznable, sin motivo alguno se lanza sobre Oscar David quien para ese momento caminaba tranquilo y desprevenido y le lanza un golpe con el casco con tanta violencia que rompió hasta el casco, para luego de manera inmediata sacar un machete y asestárselo en su cabeza; ii) luego aparece un sujeto de chaqueta negra con rayas blancas en las mangas, una camisa clara con pantalón oscuro y un bolso terciado, quienes van en ayuda del primero, que es Brayan y al ver que el señor John Alexander Gallego intenta levantar una silla para auxiliar a su compañero, viene otro ciudadano, lo intercepta y exhibe la misma frialdad

Tribunal Superior de Medellín
Sala de Decisión Penal
Radicado 050016000000 2022-00095
Santiago Marín Noreña

del primero quien, sin dudar saca un machete y lo dirige hacia su humanidad, afortunadamente este joven logra correr y fue más veloz no solo que él, sino todos los lo siguieron de ahí en adelante; iii) aparece otro sujeto en escena de chaqueta blanca en la parte superior y negra de la mitad para abajo, pantalón claro, gorra gris quien va muy presuroso y sale del lugar donde estaba Santiago, corriendo tras sus compinches y empuñando también un machete y persigue a John Alexander Gallego, siendo tan osado que hasta se saltó la rampla, para tratar de alcanzarlo; iv) mientras tanto Karen Alejandra Goyes camina angustiada hacia un kiosco donde es abordada por quien antes intentó ayudar a Bryan y la amedrenta, luego llegan otros sujetos entre ellos, Santiago Marín Noreña, la halan, la agreden y Bryan se le interpone al vigilante, quien intentó acercarse a ella, actuación de la que no es posible deducir que no se conocían entre ellos y mucho menos que no se trataba de un plan común.

Respecto de las “*graves contradicciones*” que tuvo la víctima en su denuncia y a las que aludió la defensa, consideró que éstas bien pudieron darse en atención a las condiciones en que se encontraba Oscar David, quien recordó fue agredido de manera intempestiva como bien se pudo corroborar a través del video suministrado por la fiscalía el mismo que sólo es gráfico, por tanto, las expresiones que se dieron en el momento de los hechos solo se percibieron por quienes allí estaban.

Agregó no quedarle duda alguna respecto de la forma de actuar “*en combo de estos jóvenes, la agresividad que exhiben y su letalidad dada la capacidad de afectar la vida de otros seres humanos*”, lo anterior lo infirió de los elementos puestos a su disposición por la fiscalía, esto es las anotaciones que reposan en disfavor de Santiago Marín Noreña, pues el 4 de agosto de 2019 fue capturado en flagrancia en la ciudad de Cali por el delito de lesiones personales en hechos similares.

Indicó que de la información legalmente obtenida no puede llegar a esa conclusión clara y contundente que reclama fiscalía y defensa por el solo hecho de no ver a Santiago Marín Noreña asestándole el golpe con machete a Oscar

David Chantre, pues echaron de menos que en nuestro sistema existe una figura denominada coautoría impropia, la misma que se encuentra regulada en el art. 29 del C.P y que ha sido ampliamente desarrollada por la doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en providencias como la SP1038 de 2018, radicado 49433 donde se estableció que la coautoría impropia implica que cada uno de los sujetos intervinientes en el punible no lo ejecuten integral y materialmente, pero si prestan una contribución objetiva a la consecución del resultado común en la que cada cual tiene dominio funcional del hecho con división de trabajo, además, que estas personas cumplen un acuerdo que puede ser expreso o tácito y previo o concomitante, sin que para la atribución de responsabilidad resulte indispensable que cada uno de aquellos ejecute la totalidad del supuesto fáctico descrito en el tipo.

También hizo alusión al principio de imputación recíproca, el cual tal y como lo ha indicado el Alto Tribunal⁷, consiste en que, cuando para la ejecución de un hecho ilícito existe acuerdo de voluntades sea previo o concomitante, incluso tácito, donde cada uno ha ejercido un rol indispensable para el éxito de sus designios, los resultados lesivos que perpetren cada uno de los coautores en orden a la realización de un plan común son imputables a todos los demás, incluyendo aquellas contribuciones que individualmente, ni siquiera sean constitutivas de delito.

Del mismo modo, trajo a colación la sentencia SP 2544 del 2020 con radicado 56591 en la que, respecto de la responsabilidad por coautoría impropia indicó “... *es importante precisar que en materia de coautoría rige el principio de imputación recíproca de acuerdo con el cual a cada uno de los partícipes se le imputa la totalidad del hecho con independencia de la completa aportación que hay prestado para la consecución del fin lesivo...*”

Así las cosas, puntualizó, que en el ilícito de la tentativa de homicidio agravado sólo participó Bryan es en verdad ignorar todo el material aportado en audiencia;

⁷ Radicado 42477 del 7 de septiembre de 2016.

por tanto, reiteró, no se puede llegar a la conclusión, de manera inequívoca y más allá de la duda, que el imputado no participó en el hecho como lo solicitan fiscalía y defensa; por el contrario, concluyó que la forma cómo sucedieron los hechos exhiben una completa sincronía entre todos estos jóvenes y una finalidad preestablecida que no puede ser otra que atacar sin motivo alguno contra la vida e integridad de sus congéneres, para lo que iban dotados en su mayoría de machetes de iguales características.

Advirtió que pretender, como lo hacen fiscalía y defensa, que todos hubiesen agredido a Oscar David, fueran tras John Alexander y agredieran y hurtaran a Karen Alejandra se sale de toda lógica, pues nótese que desde el inicio era imposible que todos desarrollaran las mismas conductas.

Echó de menos que la fiscalía no hubiese escuchado en declaración a John Alexander Gallego, quien es claro que también fue una víctima dentro de este proceso y cuya tentativa debería ser investigada dentro de estos hechos, del mismo modo extrañó que no se le tomara declaración al vigilante de la terminal del sur y a la empleada de servicios varios, quienes presenciaron los hechos, por lo que el trabajo de la fiscalía fue insuficiente, al punto que, con excepción de los videos, cuenta sólo con los elementos recolectados en los actos urgentes y que le sirvieron de sustento para las audiencias preliminares.

Reiteró que dentro de ese grupo de jóvenes agresores cada uno desempeñó un rol que fue decisivo para lograr que las conductas ilícitas se llevaran a cabo con éxito, pues de no haber actuado como lo hicieron, uno en apoyo de los otros, nunca hubiesen alcanzado su objetivo; en consecuencia, no encontró acreditada, en grado de certeza, la causal 5ª del art. 332 del C. de P.P, invocada por la fiscalía y respecto de la causal 6ª, esto es, la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, recordó que para su acreditación, el ente persecutor debe demostrar que desplegó todas las labores investigativas tendientes a desvirtuar la responsabilidad del imputado y en el caso concreto, la fiscalía no indicó qué labores investigativas desarrolló y qué medios agotó.

Por último, recordó que de existir elementos que deban debatirse en juicio, no es posible avalar una pretensión de preclusión, en tal sentido, negó la solicitud de la fiscalía.

La decisión fue recurrida por la delegada de la fiscalía y la defensa del imputado.

4. DE LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

4.1 **La Fiscalía**⁸ inició por indicar que la *a quo*, luego de analizar los elementos materiales probatorios de los cuales se le dio traslado hizo una valoración diametralmente opuesta a la realizada por el ente investigador y encontró acreditada la participación de Santiago Marín Noreña en los hechos a título de coautor impropio y, si bien es cierto, concuerda con muchas de sus apreciaciones en punto de la valoración y el repudio que generan esos actos, también lo es que, contrario a su opinión, sí desplegó una suficiente actividad investigativa, pues fue ella quien obtuvo todos los videos, se escuchó en declaración al vigilante y a la señora de servicios generales, incluso aún está en labores de investigación para identificar a los demás sujetos que participaron en los hechos.

Reconoció haberse equivocado al dar traslado solo de uno de los videos, pues consideró que era suficiente para demostrar que Santiago no había participado en los hechos y dijo que las contradicciones que obran en las declaraciones de las víctimas son explicables y encuentran respaldo y confirmación en el video; no obstante, resaltó que el análisis de esos medios con vocación probatoria debe ser objetivo y se deben tener en cuenta esos principios moduladores de la actuación penal, entre ellos la presunción de inocencia.

Agregó que en este caso no están absolutamente claros esos elementos de la coautoría impropia, pues le parece “*exagerado*” hacer extensiva la actuación desplegada por la mayoría de los jóvenes que participaron en los hechos, a

⁸ Audiencia de preclusión del 2 de marzo de 2022. Minuto: 1:53:00

Santiago Marín Noreña porque *“si bien, él venía con ellos de la ciudad de Cali, él hacía parte del grupo que había acabado de llegar en ese bus”*, del análisis de los videos, específicamente los entregados por la defensa, fácil se advierte cómo Marín Noreña aún no se encontraba en el lugar cuando lesionaron a Oscar, y cuando llegó se dirigió a Karen y se aunó, ahí sí, a esa agresión de que fue víctima, por eso la fiscalía lo va a acusar como coautor del hurto calificado por la violencia.

Reiteró que no se puede hablar de la existencia de una coautoría impropia porque no se dan los elementos que exige el art. 29 del C.P no se da un acuerdo común entre Santiago y los otros para atentar contra la vida de Oscar David Chantre, por tanto, en su sentir, no está claro ese acuerdo común, tampoco la división de trabajo criminal de ese atentado contra la vida y mucho menos la importancia del aporte, de ahí que atribuirle a Santiago Marín ese atentado contra la vida resulta excesivo de cara a su acción, a lo que él ejecutó en ese hecho, dijo le parecía *“de verdad injusto extenderle esa responsabilidad a él”*.

Señaló que el imputado no tuvo dominio del hecho, sin que se pueda valorar en su contra que estuvo inmiscuido en hechos similares en otra ocasión, en ese sentido solicitó que la decisión de primera instancia fuera revocada.

4.2 **La defensa** contractual⁹, censuró la decisión adoptada por la *a quo* y señaló que su inconformidad radicaba esencialmente en dos aspectos fundamentales el primero, respecto a una disconformidad probatoria, y el segundo, divergencia jurídica y acreditación de los errores en que se incurrió en el fallo para negar la solicitud.

El primer error de resorte probatorio, dijo, tiene que ver con los hechos jurídicamente relevantes que se analizaron para desvirtuar la causal de preclusión, pues en la argumentación del fallo de primera instancia la juez indicó *“hechos que yo pude deducir de los elementos materiales probatorios”* sin

⁹ Audiencia de preclusión del 2 de marzo de 2022. Minuto: 2:09:54

embargo, los hechos que deben ser objeto de análisis deben ser los de la imputación y para tal efecto, recordó cuáles fueron éstos a la manera en que lo realizó al momento de coadyuvar la solicitud de la fiscalía, sobre todo, continuó, porque en esta etapa no existe formulación de acusación y trajo a colación la sentencia con radicado 52901 de 2020 donde la Corte Suprema de Justicia indicó que la formulación de imputación cumple tres funciones esenciales “i) *garantizar el ejercicio del derecho de defensa*, ii) *sentar las bases para el análisis de la detención preventiva y las medidas cautelares*, y iii) *delimitar los cargos para agilizar el allanamiento a los mismos o preacuerdos con respecto a las garantías fundamentales*”.

De acuerdo con lo anterior, señaló, es que la decisión se debe centrar exclusivamente en los hechos jurídicamente relevantes formulados en la imputación, no como lo indicó la juez de primera instancia, en los que ella pudo deducir de los elementos materiales probatorios, pues eso cercena el derecho de defensa toda vez que su labor es desvirtuar o acreditar la existencia de esa preclusión a partir de la formulación de imputación y de esos hechos en específico.

Indicó que la pregunta que debe hacerse esta instancia es “¿*si con los elementos aportados hay certeza de que Santiago Marín Noreña no tuvo que ver con esa tentativa de homicidio sobre Oscar?*” y a reglón seguido expuso algunas situaciones que, en su sentir, fueron pasadas por alto en la decisión de primer grado y que, de haberlas realizado, el resultado hubiese sido diferente:

i) La juez consideró no haber contradicciones relevantes o incluso inexistentes en las narraciones que Oscar y Karen realizaron en la denuncia, no obstante, si las hay, pues el primero de ellos dijo “*ellos me tumbaron las gafas, me atacaron dos personas, me dieron en la cabeza dos machetazos salí corriendo sin gafas unos 10 metros luego le dije a la señora del aseo de la terminal que por favor me buscara las gafas*”, pero en los videos se observa que solo fue una persona quien le propinó un golpe con el casco y un golpe con un machete, por lo que respecto de dichas contradicción habría “*que entrar a hacer un juicio sobre la*

credibilidad de esas contradicciones para dar cuenta si le restan o la anulan”, tal y como lo enseñó la Corte en sentencia con radicado 33734 del 2010, reconociendo que si bien se está en una audiencia de preclusión, puede atacar la credibilidad del testigo porque no tiene forma de hacerlo en sede de contrainterrogatorio.

La segunda, es decir Karen Alejandra dijo en su denuncia o declaración inicial *“entonces en ese momento yo veo que uno de ellos coge un casco y golpea a Oscar con este, en ese momento veo que otros de la barra sacaron machete y yo me hago en un kiosco donde venden cositas de comer y aproximadamente seis o siete de ellos se me acerca, uno de ellos me pega un puño en la costilla...”*, de dicha manifestación, considera no se puede deducir que Santiago tuvo algo que ver con esta conducta.

ii) La juez de primera instancia dijo en su argumentación que varias personas entre ellos Santiago, rodearon a Karen unos minutos después de la agresión a Oscar para hurtarle una cámara, situación que discutirán en juicio, pero que en manera alguna nada tiene nada que ver con la agresión de que fue víctima Oscar.

iii) Dijo que la mayoría de la argumentación de la funcionaria de primer grado se enfocó en *“todos los hechos que rodearon esa situación”* y reconoció que, aunque hay que hacer un análisis en conjunto, una cosa es la tentativa de homicidio y otra, la situación que vivió Karen.

iv) Resaltó que la juez en su decisión dejó de valorar una situación relevante, pues en uno de los videos se observa cómo las tres supuestas víctimas llegaron y descendieron solas por la rampla, sin ser perseguidas por nadie, mucho menos por Santiago, del mismo modo que éste no está en el grupo de personas que abordaron a Oscar y que incluso no estaba en el lugar de los hechos al momento en que se realizó la conducta punible de tentativa de homicidio.

Enseguida hizo alusión a los requisitos de la coautoría impropia y destacó que en la conducta desplegada por su asistido no existe ninguno, sobre todo el más

esencial que es la trascendencia del aporte y para ello dio lectura a un aparte de la sentencia con radicado 52150 del año pasado, para concluir que es muy común que en este tipo de escenarios se confunda la coautoría impropia con la participación, siendo precisamente la clave para distinguir entre una y otra figura la trascendencia del aporte y en este evento se tenía que analizar si hubo algún aporte en la conducta desplegada por Santiago, el mismo que en manera alguna consta en los hechos jurídicamente relevantes y mucho menos está soportado en elementos materiales probatorios; por tanto, la juez debió indicar en su decisión cuál fue ese aporte trascendental que hizo Santiago, *“situación podría generar una nulidad por cuanto ello afecta el ejercicio de la defensa”* mencionando así la sentencia con radicado 51007 de 2019.

Reconoció que su representado portaba un machete al momento de la captura, circunstancia que se puede utilizar como indicio para determinar el acuerdo común, pero es insuficiente para acreditar el aporte trascendental.

Señaló que al no indicarse por parte de la juez de instancia cuál fue el aporte de Santiago Marín como coautor de la conducta punible de tentativa de homicidio, se vulnera el principio de razón suficiente *“porque dentro de los elementos y dentro de los argumentos no se indica de donde se deduce dicho raciocinio”* (sentencia con radicado 52150 del 2021).

Censuró que la juez indicara que John Alexander Gallego era víctima, por lo que dejarlo intervenir en esta audiencia sin acreditar dicha condición, podría generar una nulidad, pues no se le permitió a la defensa controvertir esa situación.

Del mismo modo reprochó que la funcionaria de primer grado echara mano de las anotaciones que reposan en contra de Santiago Marín Noreña sin que fueran un antecedente y sin discutirse en la audiencia, asunto que vulnera el principio de contradicción.

Así las cosas, solicitó que la decisión de primera instancia fuera revocada.

No hubo intervención del representante de las víctimas, como no recurrente.

5. CONSIDERACIONES

1. Le asiste competencia a esta Sala de decisión para abordar el tema sometido a estudio a voces del art. 34 numeral 1 de la ley 906 de 2004, que la faculta para conocer de los recursos de apelación contra los autos que en primera instancia profieran los jueces de circuito.

2. Sea lo primero indicar que a la defensa no le asiste legitimidad para impugnar el auto que negó la preclusión, tal como ha sido el criterio establecido de manera reiterada por la Corte Suprema de Justicia, al afirmar¹⁰:

“4. La solución debe ser la misma en cuanto a la interposición de recursos se refiere. Así, la parte llamada a mostrar inconformidad con la decisión es aquella habilitada para hacer la petición y los demás intervinientes deben atenerse a los criterios de impugnación expuestos por la Fiscalía, para seguidamente actuar en idéntica condición a la precisada en el anterior aparte, esto es, como no recurrentes, para respaldar su recurso o enfrentarlo, no para intentar uno novedoso.”

Por tanto, las alegaciones presentadas por la defensa se valorarán en calidad de no recurrente.

3. Ahora bien, se destaca que la Fiscal Delegada que presentó la petición de preclusión tiene competencia para investigar los hechos y eventualmente acusarlos, como se concluye de la interpretación sistemática de los artículos 250 de la Carta, y 34 de la ley 906 de 2004.

¹⁰ Auto de 1 de julio de 2009, radicado 31763, ratificado en autos de 15 de julio de 2009 radicado 31780, 15 de feb 2010, rad. 31767, 21 de mayo de 2014, rad 42570.

En efecto, el artículo 250 de la constitución Nacional, prescribe que a la Fiscalía General de la Nación le corresponde adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. En ejercicio de dicha atribución deberá solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones o de las indagaciones, en los eventos previstos en la ley y cuando no hubiere mérito para acusar.

Este instituto, reglamentado en la ley 906 de 2004, en los artículos 331 al 335, permite que en cualquier etapa de la actuación -indagación, investigación y juzgamiento- pueda el fiscal pedir al juez de conocimiento la preclusión, de no existir mérito para acusar y comprobarse la existencia de cualquiera de las siguientes causas previstas en el art. 332:

- Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal;
- Existencia de un motivo que excluya la responsabilidad,
- inexistencia del hecho investigado;
- Atipicidad del hecho investigado;
- **Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado;**
- **Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia;**
- Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de dicho código.

También se debe adoptar en cualquier etapa del trámite una vez establecida la concurrencia de cualquiera de las causales de extinción de la acción penal previstas en el artículo 77 del mismo Estatuto Procesal Penal.

Adicionalmente, la preclusión sólo podrá ser decretada por el juez de conocimiento a petición de la fiscalía de acreditarse como atrás se dijo, alguna de las causales que para el efecto están previstas, en el artículo 332 del Código Procesal Penal, o cualquiera de las que originan la extinción de la acción penal,

previstas en el artículo 77 ibidem. Decisión que hace tránsito a cosa juzgada una vez cobre firmeza.

4. Ahora bien, respecto de la causal 5ª del art. 332 del C. de P.P invocada por la fiscalía, esto es, la ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado ha indicado la jurisprudencia:

“[...] supone la presencia de evidencia física o elementos probatorios que transmitan la certidumbre sobre la total ausencia de compromiso del imputado en el hecho materia de investigación, esto es, que a partir de esos medios de cognición se pueda inferir con suficiente certeza que el indiciado no tuvo ninguna participación, ni como autor, coautor, cómplice o interviniente en la conducta punible, vale decir, que es totalmente ajeno a ella”¹¹.

5. Del mismo modo la Corte ha sido enfática en señalar que si la preclusión se solicita por la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia *“debe la Fiscalía exponer cómo agotó todas las vertientes analíticas que el caso plantea sin lograr el acopio de evidencias llamadas a derruirla y sin que subsista la posibilidad de llevar a cabo otras que permitan avanzar en ese cometido”¹².*

Del caso concreto

6. Precisamente en ejercicio de esa facultad y con fundamento en el resultado que arrojó la labor investigativa, la fiscalía solicitó la preclusión de la actuación seguida en contra de Santiago Marín Noreña, al alegar ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado, pues si bien es cierto, en la formulación de imputación se le atribuyó la conducta de homicidio agravado en modalidad tentada en calidad de coautor, también lo es que, en su sentir nada tuvo que ver en los hechos donde resultó lesionado el ciudadano Oscar David Chantre Moreipa.

¹¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 31537 del 17 de junio de 2009.

¹² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 40375 del 16 de julio de 2013.

7. Para soportar su pretensión allegó los siguientes elementos materiales con vocación probatoria:

- i) Informe ejecutivo -FPJ-3 del 8 de diciembre de 2021, suscrito por el agente de la policía Jeisson Fernando Rolón Sepúlveda.
- ii) Informe de policía y vigilancia para casos de captura en flagrancia suscrito por los patrulleros Robert Enrique Núñez Burgos y Jhony Alejandro Delgado.
- iii) Acta de derechos de los capturados y constancias de buen trato Bryan Guevara Osorno y Santiago Marín Noreña.
- iv) Acta de incautación de elementos (dos armas blancas tipo machete, empuñadura de pasta color negro y hoja plateada).
- v) Acta de verificación de derechos de Bryan Guevara Osorno y Santiago Marín Noreña.
- vi) Formato único de noticia criminal, denuncia formulada por Oscar David Chantre Moreipa y Karen Alejandra Goyes Burbano.
- vii) Historia clínica proveniente del Hospital General de esta ciudad donde fue atendido Oscar David Chantre el 8 de diciembre de 2021. En ésta se describen las heridas causadas con elemento corto contundente, tipo machete y la gravedad de las lesiones, las mismas que pueden generar riesgo para la vida.
- viii) tarjeta decadactilar y registro dactiloscópico de los capturados.
- ix) Solicitud de antecedentes judiciales y anotaciones penales de los capturados.
- x) Consulta ADRES a nombre de las personas capturadas.
- xi) Anotación a nombre de Santiago Marín Noreña investigado por el delito de lesiones personales dolosas por hecho ocurridos el 5 de agosto de 20196 en la ciudad de Cali.
- xii) Solicitud de valoración médica de las víctimas Oscar David Chantre y Karen Alejandra Goyes.
- xiii) Solicitud de registros videográficos realizada a la Terminal del Sur.
- xiv) Fotografías de las heridas causadas a Oscar David Chantre y solicitud de valoración por medicina legal.

Tribunal Superior de Medellín
Sala de Decisión Penal
Radicado 050016000000 2022-00095
Santiago Marín Noreña

xv) Informe médico legal No. UBMDE-DSANT-14652-2021 del 9 de diciembre de 2021 donde se prescribe una incapacidad médico legal de 35 días al señor Chantre Moreipa y con secuelas por definir en próximo reconocimiento.

xvi) Solicitud de audiencias preliminares y

xvii) Link del video que registró los hechos.

8. Y si bien esta postura fue respaldada por la defensa y no encontró oposición expresa por parte de la representación de víctimas, es claro que a una conclusión diferente arribó la Juez de instancia, quien luego de un pormenorizado análisis de todos y cada uno de los medios de convicción allegados por la fiscalía y defensa, descartó la no participación de Marín Noreña en la conducta, al deducir un acuerdo común con los demás agresores, una división de funciones y un dominio funcional del hecho, circunstancia que encuadraría en la figura de la coautoría impropia, en virtud de la cual no sería necesario que el procesado materialmente le asestara un golpe de machete a la víctima.

Por lo demás, y ante la precaria labor investigativa de la fiscalía, negó también la preclusión someramente esbozada de la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.

9. Inconforme con la decisión, la fiscalía apeló para sostener, en primer lugar, que sí desplegó una actividad investigativa suficiente, al punto de recaudar los videos proyectados durante la audiencia, así como las declaraciones del vigilante de la terminal de transportes y de la señora de servicios generales, aunque de éstas no dio traslado y aclaró que aún está en labores de investigación para identificar a los demás sujetos que participaron en los hechos, no obstante, consideró que con el video del momento exacto de los acontecimientos, era suficiente para demostrar que Santiago no había participado, por lo menos en la conducta punible de tentativa de homicidio.

En segundo término, alegó que no están absolutamente claros los elementos de la coautoría impropia, al punto de parecerle “*exagerado*” hacer extensiva la actuación desplegada por quien lesionó y puso en peligro la vida de Oscar David

Chantre a Santiago Marín Noreña, quien como se advierte en el video no se encontraba en el lugar cuando se produjo su ataque y consecuente agresión.

10. Desde ya se anticipa que la censura no está llamada a prosperar, pues la Sala comparte los argumentos realizados por la *a quo* para concluir que la actuación de Santiago Marín Noreña no fue fruto de la casualidad, a la manera en que lo pretende la fiscalía como apelante y la defensa en su intervención como no recurrente.

Y es que, revisada la actuación, emerge claro que no es posible concluir que Marín Noreña no tuvo alguna una intervención en los hechos donde resultó herido Oscar David Chantre, pues ninguno de los medios probatorios allegados a la actuación dan cuenta de manera objetiva que Santiago se encontrara en un lugar diferente para la fecha y hora de los hechos, por el contrario, los reportes audiovisuales dan cuenta de su arribo al lugar vistiendo una camiseta verde, jean azul claro, gorra gris oscura y un morral negro¹³, sólo unos instantes después de que Oscar David Chantre fuera golpeado con un casco y perseguido con un machete, en compañía de otras personas que rodearon y despojaron de sus pertenencias a Karen Alejandra, para luego intentar abandonar la escena en la misma dirección que Bryan Guevara y en poder de un elemento cortopunzante tipo machete de similares características al utilizado para la agresión¹⁴.

De lo anterior, se desprende que el procesado sí intervino en los hechos ocurridos el 8 de diciembre de 2021, de ahí que lo restante sea determinar si esa presencia alcanza a tener relevancia penal y de llegarse a resolver positivamente esa pregunta, cuál sería el grado de responsabilidad, esto es, si fue un partícipe (determinador, cómplice o interviniente) o un coautor (propio o impropio), asunto que debe encontrar respuesta luego de efectuar una valoración jurídica de las circunstancias fácticas que rodearon los hechos y de los medios de convicción que las corrobore o que, por el contrario, las desvirtúe, análisis que en todo caso,

¹³ Minuto: 1:35 video terminal de transportes.

¹⁴ link <https://1drv.ms/v/s!Aj-MDk9NithDgZonTQWumPp4GOk89w?e=ac1Vrg>

debe propiciarse en otro tipo de escenario.

Lo anterior, porque la preclusión se encarga de definir conductas y no calificaciones jurídicas, de ahí que no resulte válido dar fin al ejercicio de la acción penal alegando falta de certeza respecto de la coautoría, cuando subsisten múltiples categorías jurídicas en las que se podría encuadrar el comportamiento del procesado, sin olvidar también la posibilidad de nutrir la arista investigativa que apunta a la coautoría impropia con la consecuente imputación recíproca que no fue controvertida por la fiscalía recurrente, tal y como fue reclamado en la decisión censurada por la juez de primera instancia.

11. Ahora bien, pretender, a la manera en que lo hace la censora con apoyo de la defensa, que se realice una valoración individual de la participación de cada uno de los imputados, indicando en sede de audiencia de preclusión de la acción penal, cuál fue la contribución de cada uno en el resultado, es un postulado que se puede controvertir desde dos aristas, la primera de orden dogmático, según la cual los hechos realizados por cada coautor resultan imputables al resto, al entenderse que todos y cada uno de ellos son autores de la totalidad de la conducta (principio de imputación recíproca y dominio funcional del hecho).

La segunda, sería de orden probatorio, en tanto se ponen en duda los dichos de los denunciados, sin la rigurosidad de un examen cruzado y los demás medios que ofrece la ley 906 de 2004 para impugnarles credibilidad, lo que a todas luces es ajeno al escenario de la preclusión.

12. De otro lado, frente a la manifestación que hace la defensa en punto a que la *a quo* debió ceñirse a los hechos jurídicamente relevantes contenidos en la imputación y no a los que dedujo de los elementos materiales probatorios que le fueron dados en traslado, la Sala considera que ello es parcialmente cierto, pues si bien en aplicación del principio de congruencia a los operadores judiciales sólo les es dable debatir en torno al cargo imputado, ello no significa que no pueda examinar el contexto fáctico de la imputación a efectos de corroborar la configuración de la causal de preclusión propuesta, dado el efecto de cosa

juzgada de dicha determinación, tal y como lo ha indicado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia¹⁵.

Ahora, dice la Sala que es parcialmente cierta, porque esta actuación se encuentra en etapa de investigación y en tal sentido son múltiples las opciones con las que cuenta el ente acusador en el evento de que advierta necesario variar la formulación de imputación, por tratarse de un acto eminentemente provisional. De modo que puede ser a través de las aclaraciones o adiciones habilitadas para la audiencia de acusación o incluso una reformulación de imputación en el evento de ser necesario adicionar algún aspecto del núcleo fáctico.

13. La Sala no puede pasar por alto que ante la deficiencia investigativa esgrimida en la decisión recurrida, la fiscalía no tuvo ningún reparo en admitir que en realidad sí contaba con las declaraciones echadas de menos por la a quo, pero no las aportó por considerar que los elementos revelados resultaban suficientes para sustentar su petición, postura que contraviene el deber de objetividad exigido al ente de investigación y que riñe también con la lealtad que las partes le deben a la judicatura. Queda la sensación de que se hizo una selección previa de los elementos puestos a disposición de la juez, o lo que es peor, que se le ocultaron a la judicatura dichos elementos por resultar contrarios a la pretensión de preclusión. Y es que, si bien es cierto, en la audiencia de preclusión no se practican pruebas, también lo es, que como mínimo el juez debe obrar con la tranquilidad de que su decisión se basa en el universo de los elementos recaudados hasta ese momento.

14. Finalmente, la Sala se abstendrá de realizar cualquier pronunciamiento respecto de las nulidades que por diferentes circunstancias anuncia la defensa, al advertir que las mismas se plantean en términos hipotéticos y ninguno de los supuestos en los cuales se cimientan aparecen configurados en la presente actuación. En este sentido, entonces, será necesario esperar al arribo de los actos

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto proferido dentro del radicado 40367 de 24 de abril de 2013.

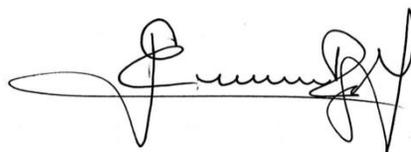
procesales que la defensa anticipa como viciados para definir si se configura o no alguna de las causales que estructuran el remedio procesal extremo de la nulidad.

Con fundamento en lo hasta aquí discurrido, es que se confirmará la decisión objeto de recurso.

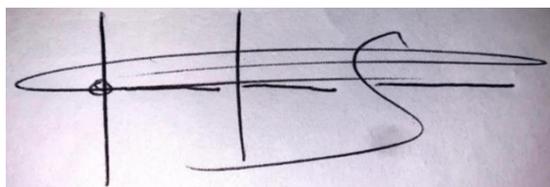
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley **RESUELVE: CONFIRMAR** el auto proferido el 2 de marzo pasado, por el Juzgado 30 Penal del Circuito de esta ciudad, que negó la preclusión deprecada por la fiscalía a favor de Santiago Marín Noreña, por el delito de homicidio agravado en modalidad tentada.

Esta decisión se notifica en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO



JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO



NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO
Con salvamento parcial de voto