



DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN

SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, lunes, doce de abril de dos mil veintiuno

Aprobado mediante acta número 0034 del cinco de abril de dos mil veintiuno

Magistrado Ponente
Ricardo De La Pava Marulanda

Por apelación interpuesta y sustentada por la señora defensora, conoce en segunda instancia esta Corporación la providencia proferida el 23 de octubre de 2020 por la Juez Cuarta Penal del Circuito Especializado de Medellín, mediante la cual negó la preclusión de la investigación deprecada por la defensa técnica a favor del señor RICHARD ANTONIO PÉREZ, vinculado por el delito de TORTURA AGRAVADA.

1. ANTECEDENTES

Los hechos que dieron origen a la presente investigación fueron narrados así en el escrito de acusación:

"El 7 de diciembre de 2013, RICHARD ANTONIO PÉREZ se encontraba en Barranquilla y visita a su hijo SERGIO ANDRÉS PÉREZ CARRASCAL, por lo que solicita a su progenitora lo dejara pasar unos días con él, sin embargo, amparado en un acta de conciliación de Junio 18 del 2013, que le otorgaba la custodia y cuidado personal, de la Comisaría de Familia del Municipio de Granada, Meta, lo trasladó a la ciudad de Medellín donde fue destacado para cumplir sus labores como suboficial del Ejército Nacional. Para dicha época el menor cumplía con sus citas de control y su estado de salud era de un "niño sano". Si bien la progenitora en diferentes oportunidades, lo contactó telefónicamente para que le dejara hablar con el hijo, tan solo lo logró en diciembre del 2014, inclusive, a pesar de acudir a la Fiscalía, a la Procuraduría General de la Nación y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, no se logró su ubicación en la ciudad de Medellín.

El 24 de abril de 2014, ante la notaría 4 de Medellín, Richard Antonio Pérez, adquiere el apartamento 1005, ubicado en la Calle 57 A N° 50A-45, piso 10, torre 2, etapa 2, Urbanización Sol de Villanueva y se pasa a vivir en septiembre de 2015, donde se hace conocer con el nombre de "CRISTIAN", y desde luego, con su hijo Serio Andrés Pérez Carrascal, quien ya contaba con 5 años de edad. Desde dicho mes hasta el 06 de febrero de 2016, permaneció conminado en el inmueble, sin que saliera a estudiar o utilizar las áreas comunes, siendo vista tan solo en escasa ocasiones, y quienes lo hicieron coinciden en señalar las malas condiciones de salud que se hacían evidentes, así como su desnutrición, inclusive, que el padre tan solo adquiría el mismo tipo de alimento en una cafetería cercana a la unidad. Que el progenitor salía todos los días a trabajar, regresaba en las tardes y salía en las noches e

ingresaba a altas horas, sin que ninguna persona entrara o saliera del apartamento o estuviera al cuidado del menor.

El 6 de febrero de 2016, aproximadamente a las 22:46 de la noche, Richard Antonio Pérez sale del apartamento cargando al menor y en el ascensor escucha los latidos de su corazón e intenta reanimarlo, pero se denota la flacidez de sus miembros superiores y cabeza, dirigiéndose a la Clínica Medellín, donde ingresa a las 22:56 y se consigna en la historia clínica que se encuentra "En estado cianótico, pupilas midriáticas, no se le palpa pulso femoral, hipotónico, frialdad generalizada, no se le observan esfuerzos respiratorios, y no le auscultan latidos cardiacos, con múltiples cicatrices y lesiones equimóticas en tórax, abdomen, extremidades superiores e inferiores, deformidad en tercio medio del muslo izquierdo, asociado a equimosis lateral, herida abierta en rodilla izquierda, profunda de bordes irregulares con avulsión de tejido". A pesar de los esfuerzos médicos para reanimarlo, a las 23:10 se declara la muerte del menor señalando como diagnostico "Síndrome de maltrato, desnutrición y fractura de fémur".

Realizada la necropsia se determinó como conclusión pericial "La muerte de quien en vida respondía a SERGIO ANDRES PEREZ CARRASCAL fue consecuencia natural y directa de choque hipovolémico secundario, ruptura de vasos mesentéricos, por traumatismos abdominales agudos y crónicos, manera de muerte violenta. Los hallazgos de necropsia son consistentes en traumatismos múltiples tanto antiguos como recientes, donde se logran determinar lesiones con objeto patrón de múltiples partes de la piel. Además de múltiples lesiones irregulares con diferentes estadios de resolución, lo que habla de lesiones agudas o crónicas repetitivas, lesiones que son consistentes en forma global con un síndrome de maltrato infantil crónico. No es posible que estas lesiones hayan sido auto infligidas o accidentales por los patrones de lesión".

Se allegó estudio de histopatología en donde entre otras conclusiones se determina "Fibrosis asociada a hematoma (de aproximadamente 10 días) hepático" "Hematomas en diversos estadios (Mayor de seis meses, de aproximadamente 10 días y de menos de 4 horas). Así como placas de radiografías con fractura de brazo que se evidencia se generó varios días antes y sin ningún tratamiento terapéutico.

Atendiendo a las circunstancias antes detalladas, se estima que tras salir el menor de la custodia de la progenitora, el progenitor fue generando un trato que desde el confinamiento en el apartamento, evitando el trato con otros menores o personas que estuvieran a su cuidado, una mala calidad de alimentación y fuertes castigos físicos continuos, determinaron que durante varios meses se configurara dolores y sufrimientos físicos y psíquicos, los cuales fueron minando su estado de salud, y una fuerte golpiza unas cuatro horas antes, generaron su fallecimiento.

El 11 de febrero de 2016 se realizó la audiencia de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento ante el Juzgado 27 Penal Municipal de Control de Garantías de Medellín, en la que se le formuló cargos a RICHARD ANTONIO PÉREZ de ser AUTOR del concurso heterogéneo de conductas punibles de Homicidio Agravado, de conformidad con los artículos 103, 104 N° 1, 4 y 7, y el Ejercicio Arbitrario de la Custodia de Hijo Menor de Edad, artículo 230 A. Como circunstancia de mayor punibilidad la establecida en el artículo 58, numeral 9, "La posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad..."

Con los nuevos elementos materiales probatorios allegados después de la imputación, se presentó solicitud de imputación por el delito de TORTURA AGRAVADA, sin embargo, esta diligencia no se logró realizar el 10 de mayo de 2016, porque su defensor se encontraba atendiendo otra diligencia. Tan solo fue posible realizarla el

1 de junio de 2016, ante el Juzgado 13 Penal Municipal de Control de Garantías, sin que el imputado se allanara a cargos.”

En diligencia preliminar realizada el 1º de junio de 2016 ante el Juez Trece Penal Municipal con función de control de garantías de esta ciudad, la Fiscalía le formuló imputación al señor RICHARD ANTONIO PÉREZ por la autoría del delito de tortura agravada, cargo que no fue aceptado por el imputado. Posteriormente, el ente acusador presentó solicitud de preclusión de la investigación con fundamento en las causales 1ª y 6ª del artículo 332 del código de procedimiento penal, petición que fue negada en primera instancia por la Juez Tercera Penal del Circuito Especializado de Medellín el 17 de julio de 2017, y en sede de apelación por esta Corporación el 02 de febrero siguiente.

El escrito de acusación fue radicado el 23 de febrero de 2018 y la diligencia de formulación oral se llevó a cabo el 23 de mayo siguiente en el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Medellín. La audiencia preparatoria se celebró, después de múltiples aplazamientos, los días 18 de diciembre de 2018 y 23 de octubre de 2020, diligencia última en la cual **la abogada de confianza del señor PÉREZ** pasó a elevar solicitud de preclusión invocando el numeral 1º del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, esto es, la imposibilidad de continuar el ejercicio de la acción penal, aduciendo que jurisprudencialmente se ha establecido que la transgresión del principio del non bis in ídem es una causal de extinción de la acción penal de conformidad con los eventos a los que se refiere el numeral 9º del artículo 82 el código penal, ya que si un asunto fue resuelto definitivamente mediante decisión judicial, ello imposibilita la iniciación de una nueva causa criminal.

Especifica la abogada que el señor RICHARD ANTONIO PÉREZ, bajo el mismo fundamento fáctico por el que se encuentra vinculado por el delito de tortura agravada, fue condenado en primera y segunda instancia como autor del punible de homicidio agravado, circunstancia que lleva a concluir que ya existe una decisión judicial por los mismos hechos narrados en esta actuación, por lo que, expresa, se presenta una misma situación fáctica y una identidad de sujeto y de causa, que son los tres requisitos que se exigen frente a la garantía del derecho del *non bis in ídem*, por lo que solicita que se de aplicación al inciso 4º del artículo 29 de la constitución política en el cual se establece que nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos, en concordancia con el artículo 8º del código penal que consagra la prohibición de doble incriminación según la cual a nadie se le podrá imputar mas de una vez la misma conducta punible, sea cual sea la denominación jurídica que se le dé.

Resalta que fue del proceso de homicidio agravado que se desprendió este de tortura, y que tanto del escrito de acusación como de las dos sentencias condenatorias proferidas por el delito atentatorio contra la vida, se evidencia que se cumplen los presupuestos que exige no solo la norma, sino también la jurisprudencia contenida en los proveídos como son el AP1404 de 2019, AP1245 de 2018, SP4235 de 2017, entre otros, que sientan un precedente sobre la prohibición de la doble incriminación y de la tesis respecto de la cual la vulneración del *non bis in ídem* se convierte en una causal de extinción de la acción penal, pues se busca imponer que se dé una única persecución y no se juzgue y condene a una persona más de una vez por la misma conducta delictiva.

Destaca que el *non bis in ídem* tiene una estricta relación con aquellas garantías del derecho penal y constitucional como lo son los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, debido proceso y particularmente la seguridad jurídica, porque no se deberían duplicar los procesos o las penas cuando existe una identidad fáctica, de objeto y de persona sin importar cual sea el estado de la actuación, de hecho, sobre este punto se pronunció la Sala de Casación Penal en la sentencia SP3141 de 2010 haciendo alusión a estos principios y al alcance que tiene esta institución y derecho.

Y respecto al cumplimiento de los presupuestos que exige la aplicación del principio del *non bis in ídem*, adujo que existe (i) identidad de sujeto porque estamos frente al señor RICHARD ANTONIO PÉREZ, aquí procesado, quien es la misma persona sobre la cual recae no solo el otro proceso penal sino además una sentencia condenatoria; (ii) identidad del objeto, es decir, que la imputación sea igual pese a que el nomen juris sea diverso, pues así lo tiene decantado la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, y aquí encontramos la misma circunstancia fáctica, estamos hablando de una igualdad de situaciones en las cuales se establecen unas circunstancias de tiempo, modo y lugar que son exactamente iguales en ambos escritos de acusación; e (iii) identidad de causa porque todo se originó a partir del deceso del menor y de los hechos ocurridos el 06 de febrero de 2016 cuando se dio el diagnóstico médico al ingreso del niño en la clínica con un "*síndrome de maltrato, desnutrición y fractura de fémur*", y a partir de ahí surge la investigación en ambos procesos, y si bien este proceso se da luego de iniciado el de homicidio, no se puede perder de vista que en su momento se intentó hacer una conexidad y no se hizo sin saberse cuál fue el motivo.

Con base en lo anterior asevera que se encuentra demostrada la identidad de sujeto, objeto y causa y que aunque en este trámite penal de tortura se habla de nuevos elementos de prueba como el estudio de histopatología, entre otros, lo cierto es que estos elementos, *per se*, no se pueden entender como una posibilidad de imputar un nuevo delito, como sucedió en este evento, porque el principio del *non bis in ídem* indica que aún si la persona hubiese sido absuelta no puede volver a ser juzgada a pesar de pruebas o hechos diferentes porque finalmente estamos frente a las mismas circunstancias, razón por la cual deprecó se decrete la preclusión de la investigación por extinción de la acción penal, ello con la correspondiente orden de libertad del acusado en lo que se refiere a este proceso.

El representante del ente acusador se opuso a la petición de preclusión argumentando que la defensa invoca el principio fundamental del *non bis in ídem*, mismo que también se aplica en relación con el artículo 31 del código penal y se extiende incluso a la figura del concurso de conductas punibles porque hay que revisar en esos eventos si se trata de un concurso real o aparente, verificando las circunstancias que rodean los hechos porque en este caso es una conducta que vulnera dos bienes jurídicamente tutelados, entonces habría que analizar si se trata de un concurso aparente con observancia de ese principio del *non bis in ídem*.

En ese sentido advierte que en la sentencia C-464 del 09 de julio de 2014, la Corte Constitucional explica lo que debe entenderse por concurso aparente de conductas delictivas, y con base en esa decisión señala que aquí estamos frente a una conducta totalmente diferente a la de homicidio por la cual ya fue

condenado el procesado, pues se trata de punibles que tienen bienes jurídicamente tutelados distintos, además en el primer delito existe un resultado muy claro que es la muerte, y acá tenemos comportamientos que definen la tortura como es infligir dolores o sufrimientos, de carácter físicos o psíquicos, con la finalidad de castigar al menor por un acto cometido.

Entonces, sostiene que los criterios que ha utilizado la Corte para definir cuándo se trata de un concurso aparente de tipos no se ven cumplidos en este evento pues no hay unidad de acción, tampoco que el comportamiento desplegado por el agente persiga una única finalidad, mucho menos que la puesta en peligro o lesionamiento del bien jurídico sea idéntico, por lo que se concluye que el concurso es real y no aparente.

Y sobre el concepto alegado por la defensora de cosa juzgada, estima que podría pensarse que una de las circunstancias agravantes del homicidio por el cual fue acusado el ciudadano aquí implicado, que es la sevicia contemplada en el numeral 6° del 104 del código penal, estaría inmersa o subsumiría el delito de tortura, pero que en realidad son situaciones completamente diferentes, como ya indicó, con hechos delictivos independientes, autónomos y con descripciones típicas claras.

Aclara que por situaciones internas de la Fiscalía se presentó una ruptura de la unidad procesal para devolver el caso de homicidio a la unidad de vida y quedarse la especializada con el de tortura, y que si bien en aquel entonces el mismo ente acusador presentó una solicitud de preclusión por inexistencia del hecho en el segundo proceso, ese tópico ya fue resuelto incluso por el Tribunal Superior de Medellín, además de que las conductas

que estaban señaladas en el escrito de acusación inicial eran el homicidio agravado, incluyendo la circunstancia del numeral 6° del artículo 104 del código penal, y también la tortura agravada.

Finaliza señalando que al interior del proceso de homicidio agravado la juzgadora decidió que no se configuraba la sevicia por cuanto al procesado se le atribuyó la participación en la conducta punible en la modalidad de dolo eventual y en ese sentido no se puede hablar de sevicia, pero insiste que son situaciones totalmente independientes, no incompatibles entre sí y que por ello no advierte ninguna violación del principio del non bis in ídem, tampoco un concurso aparente de hechos delictivos o la existencia de cosa juzgada atendiendo a que hubo una sentencia por homicidio y la judicatura condenó por dos causales de agravación -numerales 1° y 7°- diferentes a la sevicia.

El delegado del Ministerio Público, por su parte, recuerda que ya existió una solicitud de preclusión bajo presupuestos similares a los que hoy nos ocupan, petición que fue negada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Medellín y confirmada en segunda instancia por el Tribunal Superior del distrito en febrero de 2018, fecha para la cual ya estaban en curso los dos procesos -homicidio y tortura-, situación que al día de hoy no ha variado porque si bien la defensora dice que ya hay una condena, lo cierto es que no se acreditó que esa sentencia esté en firme, por lo que mal podría decirse que esa providencia ha resuelto la situación jurídica del procesado con efectos de cosa juzgada, razón por la cual la conclusión es que la situación del procesado sigue estando igual a la que se tenía cuando se negó esa solicitud de preclusión, por lo que estaríamos discutiendo sobre lo mismo.

Asegura que esta Corporación en el auto mencionado en precedencia concluyó que no se podría precluir la investigación porque quedarían por fuera esa serie de hechos precedentes al homicidio del menor, que van desde no cuidarlo, no llevarlo al médico, encerrarlo en el apartamento y demás, todo obviamente bajo la presunción de inocencia, destacando que en dicha providencia se argumentó que esos comportamientos anteriores pueden no configurar incluso el delito de tortura porque de pronto no hay una finalidad, pero podrían tipificar una violencia intrafamiliar, por ejemplo, y por ello fue que se negó la preclusión.

En segundo lugar, anota que aunque la narración de los hechos resulte similar en los escritos de acusación presentados en los dos procesos, ello no quiere decir que todas las circunstancias que allí se narran condujeran a una sola presunta conducta punible, pues lo que hizo la Fiscalía fue realizar una ambientación de un contexto muy grande pero que es claro que de allí se podían desprender varias tipos penales ya que habían unas particularidades que configuraban el homicidio y otras la tortura, incluso algunas estaban relacionadas con el ejercicio arbitrario de la patria potestad, pero todo derivado de la misma situación fáctica.

La representante de la víctima, anuncia que esta solicitud de preclusión ya se había hecho y en aquella oportunidad se dejó claro por la segunda instancia que el hecho de que se hubiese adelantado una investigación por el delito de homicidio no quiere decir que se esté juzgando dos veces por la misma situación fáctica, pues se trata de comportamientos diferentes que se derivan, uno del fallecimiento del menor, y otro de los maltratos a los cuales se le sometió desde tiempo atrás y

que se evidenciaron a través de los dictámenes periciales que relacionan las lesiones precedentes, y que por eso en algún momento se dijo que dentro de ese concurso podría haber incluso una violencia intrafamiliar o un ejercicio arbitrario de la custodia, pues lo que sí es claro es que hay unos antecedentes a la muerte del infante.

Apunta que los sucesos relatados en ambos escritos de acusación pueden tener una identidad temporal, pero que los resultados de uno y otro comportamiento sí son diferentes, y que en ese sentido considera que no puede prosperar la solicitud de preclusión impetrada por la defensora a favor de su prohijado.

2. LA DECISIÓN IMPUGNADA

La a quo inició indicando que sobre la causal de preclusión aludida por la defensora la Corte Constitucional en la sentencia C-920 de 2007 dijo claramente que la misma se invoca por aspectos objetivos que requieren solamente una contrastación o comparación de datos, incluso, que no exige una valoración probatoria y así lo señala al precisar que bastará con que se aduzca alguna de las causales contenidas en el artículo 77 del código de procedimiento penal o en el artículo 82 del código penal.

Y respecto a la cosa juzgada como una de las razones por las cuales puede precluirse la actuación penal, señala la a quo que el artículo 21 del código de procedimiento penal se refiere a que puede hablarse de cosa juzgada cuando existe una sentencia ejecutoriada en firme, es decir, que ya se han agotado

todos los recursos y entendemos que el recurso extraordinario de casación constituye un cuestionamiento para la decisión y esto impide que cobre firmeza la decisión inicialmente adoptada.

Esto para entender que debe estar ejecutoriada esa decisión para entrar a contrastar los hechos allí investigados, no solamente los que se contienen dentro de la sentencia sino que se debe tener presente la situación fáctica relevante contenida en la formulación de acusación, pues es la que ha de servir para establecer si comparada aquella con la imputación circunstancial que el día de hoy nos concita, realmente se evidencia la misma situación y conductas delictivas, es decir, es fundamental que esos tipos penales atribuidos a partir de los hechos jurídicamente relevantes en el primer asunto, sean completamente coincidentes con los que ahora nos convocan, ello de conformidad con la decisión SP3141 de 2020, radicación N° 54108 del 19 de agosto de 2020, en la que se fijaron los criterios que deben tenerse en cuenta para establecer si realmente hay una doble incriminación o no.

Aduce que aunque desde ya podría despachar desfavorablemente la pretensión de la defensa porque no se cumple con el primer presupuesto de la cosa juzgada frente al otro proceso, estima que debe ir un poco más allá para la tranquilidad del mismo procesado, porque en su criterio y pese a que ese punto ya fue abordado por el Tribunal Superior de Medellín, la defensora estaría habilitada para solicitar la preclusión de la investigación una vez evacuada la acusación, y que aunque se entendería que con fundamentos diferentes, en definitiva se abre esa posibilidad en aras de garantizar el ejercicio de la protección de derechos a la que alude la peticionaria.

Recuerda la juez de primera instancia que la defensora indicó que en este caso se debe comparar la acusación presentada dentro del proceso de homicidio agravado con la aquí debatida para encontrar que se trata del mismo sujeto procesal, que además hay una identidad de hechos, es decir, un relato de circunstancias de tiempo, modo y lugar idénticas, y que esa situación fáctica configura una única conducta delictiva que sería por la que ya se le condenó a su prohijado, aspectos con los cuales se configura la vulneración del principio del non bis in ídem, máxime cuando lo que dio origen a esta actuación fue precisamente la muerte del menor.

Pues bien, expresa la juzgadora que la peticionaria yerra en su planteamiento porque ni siquiera expone de manera clara y puntual en donde está la coincidencia de los hechos, ni la razón por la cual ese relato fáctico en una y otra acusación no puede configurar ambos delitos -homicidio agravado y tortura agravada- sino que solamente podría dar lugar a una sola conducta delictiva, resaltando además que se está en un escenario en el que no se conoce cuál es el material probatorio y si la Fiscalía logrará probar los hechos que relató.

Admite que al examinar el acta de acusación allegada por la defensora sí se encuentra identidad en la relación de hechos, que incluso podría decirse que es más amplio el relato fáctico ofrecido dentro del proceso adelantado por el homicidio agravado, y que si se interpretara lo que pretende decir la defensora en el sentido de que las situaciones de hecho de la agravación del numeral 6 del artículo 104 del código penal son coincidentes con las que constituyen la tortura, ello no es del todo cierto porque para que la sevicia se configure es necesario que esa

crueldad excesiva que corresponde al grado de insensibilidad moral se evidencie en el momento de perpetrarse el homicidio, es decir, debe ser un hecho inmediatamente precedente o concomitante, pero no se puede sostener que la sevicia se ve configurara en actos cometidos en un tiempo anterior a dos años, un año o seis meses, como los que aquí pareciera que se van a juzgar.

Razona que en este evento se estudia lo que tiene que ver con el presunto sufrimiento al que se sometió al menor, pues se habla de lesiones que datan incluso de tiempo atrás que no habían sido tratadas, como múltiples contusiones irregulares, agudas, crónicas y repetitivas que presentaba la víctima, lo que fue catalogado medicamente como un síndrome de maltrato infantil crónico, según se advierte en los hechos del escrito de acusación, agravios que también se vieron reflejados en desnutrición y privación del contacto del infante con su progenitora, es decir, la acusación no solamente habla de aspectos que apunten exclusivamente a la muerte, sino que, como se indicó, es un relato de hechos que bien pueden configurar conductas delictivas diferentes a la muerte desatada el 06 de febrero de 2016. Ello para significar que no puede identificarse la sevicia con la tortura, y que las circunstancias relacionadas con la posible tortura a la que se sometió al niño son anteriores al momento del deceso producido porque éste, al parecer, sufrió una lesión que hizo que su vejiga estallara y ese fue el desencadenante de su muerte.

Continúa la falladora asegurando que en ese sentido no se avizora una violación al non bis in ídem pues aunque se trata del mismo sujeto activo en los dos procesos, la identidad

en el elemento fáctico no se da porque, insiste, aquí los hechos que se juzgaran tienen que ver con la materialidad del delito de tortura y no con los que generaron el homicidio, entonces no hay coincidencia en el juzgamiento de ese comportamiento, además de que el propósito de los dos trámites penales es diferente, la sanción es distinta, el nomen iuris es desigual, es decir, no hay una única tipicidad y por esas razones no podríamos hablar de un doble juzgamiento para el señor RICHARD ANTONIO.

Concluye que de acuerdo con lo que viene exponiendo, revisada la acusación oral formulada en este proceso y contrastada con el acta de la audiencia de la causa del homicidio no hay lugar a afirmar que existe una transgresión del principio del non bis in ídem, así como tampoco se acredita que se encuentre estructurada la cosa juzgada, por lo que no hay lugar a que se acceda a la solicitud de la defensa y en ese sentido resuelve no decretar la preclusión de la investigación solicitada en favor del señor RICHARD ANTONIO PÉREZ.

3. LOS MOTIVOS DEL DISENSO

La señora defensora cuestiona la decisión de la a quo aclarando que solicitó la preclusión de la investigación invocando una vulneración del principio del non bis in ídem y no en aplicación de la cosa juzgada, pues, precisamente, la sentencia condenatoria por el delito de homicidio no se encuentra en firme ya que contra la decisión de segunda instancia se interpuso el recurso extraordinario de casación.

Ahora, frente a sus argumentos de disconformidad, reitera que como bien lo ha expresado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con radicado 34482 del 24 de noviembre de 2010, reiterada en las providencias AP1404 de 2019 con radicado 52416, la AP1245 de 2018 con radicado 51350 y la SP4235 de 2017 con radicado 531228, la vulneración del principio del non bis in ídem se convierte en una causal de extinción de la acción penal ya que ha sido contemplada como uno de los eventos a los que se refiere el legislador en el numeral 9º del artículo 82 del código penal, lo que así mismo se convierte precisamente en esa imposibilidad, de conformidad con la causal 1º del artículo 332 del código de procedimiento penal, de continuar con el ejercicio de la acción penal.

Indica que hace alusión a esto porque específicamente en la providencia AP1404 de 2019, con radicado 52416 del 10 de abril de 2019, se establece que el non bis in ídem como principio conforma el debido proceso y hace parte de las obligaciones del estado por bloque de constitucionalidad al haberse acogido los convenios y tratados internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 8.4, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, precepto 1401, así como también está íntimamente ligado con el principio de prohibición de doble incriminación, artículo 8º del código penal, y a que nadie poder ser juzgado dos veces por el mismo hechos, inciso 4 del artículo 29 de la Constitución Política.

Agrega que en la providencia AP2150 de 2018, con radicado 51741, se precisó que la prohibición de doble incriminación se refiere a no extraer de una misma circunstancia

dos o mas consecuencias hacia el mismo procesado, y que, así mismo, se estableció que el hecho de que no exista una sentencia ejecutoriada con el carácter de cosa juzgada, ello no impide que se comparen las circunstancias fácticas de los dos procesos con el fin de determinar si se afectó o no el non bis in ídem.

Entonces, aclara que aunque la sentencia condenatoria por el delito de homicidio agravado no está en firme, lo cierto que se hicieron dos imputaciones sobre unos mismos hechos y que como bien lo ha dicho la Corte en innumerable jurisprudencia, el nomen iuris no tiene que ser el mismo para que se configure la transgresión, es decir, no importa que se trate de la imputación de dos tipos penales diferentes pues ambas están fundamentadas en una situación fáctica idéntica con circunstancias de tiempo, modo y lugar precisas tales como las lesiones, la causa de la muerte, el presunto síndrome de maltrato crónico, la desnutrición del menor y la privación del contacto con la madre, hechos que se ven evidenciados además en la solicitud probatoria parecida a la expuesta en el otro trámite penal.

Insiste la recurrente en que efectivamente se da la identidad en la persona, los hechos y la causa ya que, si bien es cierto que aquí estamos frente al juicio por una tortura, este delito no habría tenido cabida si no se desprende de los hechos acontecidos el 06 de febrero de 2016 por los cuales se emitió juicio de reproche a su poderdante por la conducta punible de homicidio, lo que confirma que aquí se da una vulneración del non bis in ídem no por la cosa juzgada, sino porque un ciudadano está teniendo que afrontar dos procesos penales bajo una mismidad de hechos, independiente de que los mismos se puedan adecuar en cada uno de los procesos penales.

Asevera que el ente acusador debió haber realizado una conexidad procesal en su debido momento y no propiciar que los hechos que fueron tenidos en cuenta en el otro proceso ahora sean investigados también acá, por lo que redundaría que con base en la providencia AP2150 de 2018 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la cual hace alusión a que el hecho de que no se tenga ejecutoriado un fallo de segundo grado no impide que se compare la situación fáctica de los procesos con el fin de determinar si se afectó o la prohibición de la doble incriminación, reitera su solicitud de preclusión con fundamento en la imposibilidad de continuar el ejercicio de la acción penal porque sí hay una transgresión del principio del non bis in ídem que es una causal de la extinción de la acción penal de acuerdo con la amplia línea jurisprudencial que ha citado a lo largo de su intervención.

El delegado de la Fiscalía solicita confirmar la decisión impugnada argumentando que la juez de primera instancia fue muy clara en definir circunstancias de tiempo, modo y lugar que diferencian el comportamiento por el cual fue formalmente acusado el señor PÉREZ ante este despacho frente a lo que realmente afrontó por el delito de homicidio, que son hechos que obviamente sí tienen alguna conexidad pero son totalmente diferenciables, independientes y que afectan bienes jurídicamente tutelados de manera autónoma, pues estamos frente a unos hechos que antecedieron al homicidio y que son típicos, en principio, de una conducta completamente diferente a la cual fue juzgado previamente el aquí procesado.

El delegado del Ministerio Público, también como no recurrente, depreca que se confirme el auto de primera

instancia pues lo encuentra ajustado a derecho ya que los hechos del homicidio y la tortura no son los mismos, o sea, los comportamientos que configuran esos dos tipos delictuales son diferentes, y el hecho de que en el escrito de acusación se hubiesen narrado las circunstancias constitutivas de cada uno de estos delitos, ello no quiere decir que se incurra en una doble incriminación.

Al respecto, ejemplifica el funcionario que cuando en el desarrollo de un trámite penal se observa que en la narración de la acusación se plasman circunstancias que constituyen un ilícito diferente al que se está investigando, la consecuencia es precisamente que se compulsen las respectivas copias para que por cuerda separada se investigue esa conducta y se abra otro proceso, y que efectivamente eso fue lo que aquí aconteció ya que cuando se inició el proceso por el homicidio del menor se constató que posiblemente allí habían circunstancias fácticas que podían configurar el delito de tortura.

Y para sustentar la anterior afirmación leyó algunos apartes del escrito de acusación que tienen que ver con el delito de tortura, refiriéndose concretamente al extracto en el que se consignó que *"Atendiendo a las circunstancias antes detalladas, se estima que tras salir el menor de la custodia de la progenitora, el progenitor fue generando un trato que desde el confinamiento en el apartamento, evitando el trato con otros menores o personas que estuvieran a su cuidado, una mala calidad de alimentación y fuertes castigos físicos continuos, determinaron que durante varios meses se configurara dolores y sufrimientos físicos y psíquicos, los cuales fueron minando su estado de salud"*, narración que contiene hechos diferentes a los que condujeron al fallecimiento del menor.

La apodera de la víctima, solicita que se confirme la decisión de primera instancia agregando que pese a que la defensa alega que se está juzgando al señor RICHARD ANTONIO por los mismos hechos, lo realmente cierto es que existen otros delitos que estaban dentro del mismo contexto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar narradas al interior del proceso adelantado por el homicidio, eventualidades que no se presentaron en el momento del fallecimiento de la víctima sino que se venían dando de una manera progresiva y paulatina desde que el menor salió de su hogar materno.

Expresa que la juez de primera instancia ha realizado una exposición clara de las razones por las cuales no accedió a decretar la preclusión de la investigación por el delito de tortura, pues se trata de un tipo penal que tiene una configuración y elementos diferentes que concretamente se van a tratar de probar dentro de este juicio esas circunstancias narradas en el escrito de acusación que, aunque en un principio se podría decir a simple vista que son las mismas expuestas frente al homicidio agravado, lo cierto es que en su trasfondo hay otras particularidades que dan pueden constituir otros delitos que no fueron juzgados y que no se pueden quedar sin investigar.

4. CONSIDERACIONES

De conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es competente este Tribunal para conocer por vía de apelación la providencia proferida por la Juez Cuarta Penal del Circuito Especializado de Medellín relacionada con la negativa de decretar la preclusión de la investigación solicitada por

la defensora del acusado. El examen se contraerá exclusivamente a los temas planteados en la impugnación dada la naturaleza rogada de la segunda instancia.

Frente al tema objeto de estudio, tenemos que la preclusión de la investigación es una institución del derecho procesal penal que permite la terminación de la actuación sin darle curso a todas las etapas procesales por la ausencia de mérito para sostener la acusación. Se traduce en la adopción de una decisión definitiva por parte del juez de conocimiento y su consecuencia es la cesación de la persecución penal que se sigue contra el imputado en relación con los hechos de que trata la investigación. Dicha decisión, una vez en firme, tiene la fuerza de cosa juzgada.

La Ley 906 de 2004 consagra dos oportunidades en que puede presentarse la solicitud de preclusión: la primera durante la investigación (incluye la fase preliminar), hasta antes de que el Fiscal presente el escrito de acusación con fundamento en cualquiera de las 7 causales consagradas en el artículo 332 ibídem. En este evento solo el Fiscal está legitimado para formular la petición ante el Juez de conocimiento. La segunda se presenta en el juzgamiento, con fundamento exclusivamente en las causales 1ª (imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal) y 3ª (inexistencia del hecho investigado) del precepto citado, ocasión en la que están legitimados, además del Fiscal, el Ministerio Público y la defensa, siendo este el caso examinado en tanto que en el sub iudice se presentó la solicitud de preclusión al instalarse la audiencia preparatoria del juicio oral.

Dentro de este marco legal examinaremos los argumentos ofrecidos por la censura en el asunto sometido a

estudio de la Sala, el cual versa sobre la presunta transgresión de la garantía fundamental del non bis in ídem pues, a juicio de la recurrente, su poderdante está teniendo que afrontar dos procesos penales bajo una identidad en la persona, en los hechos y en la causa.

Pues bien, sobre el hecho de que la vulneración del principio constitucional del non bis in ídem es una causal de extinción de la acción penal que debe conllevar la cesación del proceso penal esta Corporación no tiene ninguna observación, pues efectivamente de manera jurisprudencial se ha dejado claramente sentada dicha postura, razón por la cual lo que corresponde en este caso es verificar si de manera cierta el señor RICHARD ANTONIO PÉREZ está siendo juzgado dos veces por los mismos hechos.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con radicado N° 51319 del 13 de marzo de 2019 ha reiterado que:

"51. La prerrogativa fundamental non bis in ídem se ha entendido doctrinariamente en dos vertientes básicas:

i) Relativa a la cosa juzgada: para prohibir la repetición del juzgamiento (artículo 21 de la Ley 906 de 2004). Es un derecho del sindicado, que cumple la función de inhibidor procesal¹.

Este mandato de abstención² está consagrado en el artículo 29 inc. 4º de la Constitución Política, conforme con la cual el sindicado tiene derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.³

¹ CSJ SP, 18 Ene. 2001, Radicado 14190 y CSJ AP160-2018, 17 Ene. 2018, Radicado 46621.

² Cfr., entre otros, art. 14 -7 del P.I.D.C.P., art. 8-4 de la C.A.D.H. y art. 20 nums. 1 y 3 del Estatuto de Roma.

ii) Las que se activan en distintos momentos de un proceso en curso, para impedir que de un mismo hecho deriven múltiples consecuencias negativas para el implicado.

52. Sobre este principio, la Corporación, en pronunciamiento CSJ SP, 14 abr. 2010 (radicado 35524); reiterado en CSJ AP4358-2014 (30 jul. 2014, radicado 43568), sentó estas directrices:

Doctrinal y jurisprudencialmente se tiene dicho que el principio non bis in ídem envuelve tres presupuestos, a saber: identidad de sujeto, identidad de objeto e identidad de causa⁴. La significación de estos elementos ha sido comentada por la Sala, así:

*La **identidad en la persona** significa que el sujeto inculpinado debe ser la misma persona física en dos procesos de la misma índole.*

*La **identidad del objeto** está construida por la del hecho respecto del cual se solicita la aplicación del correctivo penal. Se exige entonces la correspondencia en la especie fáctica de la conducta en dos procesos de igual naturaleza.*

*La **identidad en la causa** se refiere a que el motivo de la iniciación del proceso sea el mismo en ambos casos. (Énfasis fuera de texto)."*

De acuerdo con lo anterior y como bien se ha dicho por las partes, intervinientes y por la a quo, para que se configure la vulneración del principio del non bis in ídem se debe presentar dentro de los dos procesos penales identidad de sujeto,

³ Concordancias: Artículo 8-4 Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 14-7 Pacto Internacional de Derechos Políticos. Artículo 20 Estatuto de Roma, en sus numerales 1° y 3°.

⁴ MAIER, Julio B. J. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos. Editores del Puerto: Buenos aires, 2ª edición, 2ª reimpresión, 2002, página 603.

objeto y causa, sin que exista discusión alguna sobre el cumplimiento del primero de los requisitos ya que es el señor RICHARD ANTONIO PÉREZ el procesado en ambas causas. Así las cosas, y para determinar si le asiste razón a la defensa en su petición de que se decrete la preclusión de la investigación, se pasará a analizar si se estructura la siguiente exigencia, esto es, la mismidad de los hechos investigados, pues en este punto en el que se encuentra la mayor fuerza argumentativa del disenso.

Frente a este tópico, se debe decir que la recurrente parte en su dialéctica de una imprecisión al sostener que este proceso, adelantado por el delito de tortura agravada, se derivó del que fue llevado a cabo respecto del punible de homicidio agravado, pues dicha afirmación la lleva a entender, erróneamente, que se trata de un nuevo juzgamiento por los mismos hechos que ya fueron objeto de reproche penal. Para aclarar el tema, esta Colegiatura resalta que no deviene acertada la manifestación de la defensora ya que esta actuación no tuvo su génesis en la muerte del menor, como parece entenderlo la señora defensora, sino que lo que ocurrió fue que a raíz de la presencia de la víctima en el centro médico y de las valoraciones realizadas por los galenos se pudo adquirir el conocimiento sobre las lesiones y heridas reflejadas en el cuerpo del paciente que databan de tiempo anterior a la fecha en la que fue llevado a recibir la atención médica.

En consecuencia, el hecho de que se haya tenido cognición de las acciones que aparentemente realizó el procesado sobre su hijo -catalogadas por el ente acusador como causantes de dolores o sufrimientos físicos o psíquicos- en la misma fecha en que se produjo la muerte del menor no quiere decir, per se, que

todas ellas tengan relación única y exclusiva con el deceso de la víctima, por el contrario, dichos ultrajes, según la formulación de acusación, no fueron la causa efectiva y concreta del trágico desenlace que finalmente tuvo el infante.

Pero, adicional a ello, no debe olvidarse que en el escrito de acusación también se hace alusión a varios comportamientos desplegados por el procesado que no tienen nada que ver con lesiones de tipo físico. En este punto le asiste razón al delegado del Ministerio Público cuando en su intervención como no recurrente hace referencia de manera textual a un aparte del escrito de acusación que contiene hechos diferentes a los que condujeron al fallecimiento del menor, relacionados concretamente con *"el confinamiento en el apartamento, evitando el trato con otros menores o personas que estuvieran a su cuidado, una mala calidad de alimentación..."*, por lo que la teoría de la defensa sobre la identidad de los hechos en uno y otro proceso deviene claramente infundada.

Esta Colegiatura no desconoce que los presuntos delitos de tortura agravada y homicidio agravado hayan tenido un mismo ámbito temporo-espacial, entendido desde el momento en que el menor fue sacado de su hogar materno hasta el momento de su muerte, sin embargo, de conformidad con lo expuesto en precedencia surge indudable el hecho de que los comportamientos que delimitan cada uno de los punibles atribuidos al señor PÉREZ gozan de autonomía fáctica, pues son diferentes los momentos en los que se desarrollaron, y además tienen independencia jurídica, ello por cuanto las acciones se cometieron transgrediendo tipos penales diferentes que conllevan a resultados claramente distintos

con vulneración o puesta en peligro de bienes jurídicamente tutelados diversos.

Es que nada impide que procesalmente, y sin vulnerarse el debido proceso, se inicien dos trámites penales diferentes respecto a varios delitos concurrentes, pues el hecho de que se comparta un mismo espacio de tiempo y lugar en los comportamientos reprochables jurídicamente no quiere decir que esos distintos proceder ilícitos deban tener una sola consecuencia jurídica, o que necesariamente deban agruparse en un único tipo penal, subsumiéndose así las acciones que estructuran un punible autónomo en la conducta delictiva de mayor entidad o gravedad, como lo pretende la recurrente en este evento.

A manera de conclusión, se evidencia que no resulta admisible la tesis de la señora defensora en punto de que las conductas delictivas por las cuales fue acusado el señor RICHARD ANTONIO PÉREZ deben tener un único juzgamiento circunscrito exclusivamente al proceso adelantado por el delito de homicidio agravado, dentro del cual ya se declaró la responsabilidad penal de su prohijado, pues como quedó claro con lo expuesto en el cuerpo de este proveído, el hecho de que dos comportamientos delictivos sean concurrentes al compartir el mismo ámbito temporal, el sujeto activo y el sujeto pasivo, no significa que se estructure una sola conducta típica, pues de ser ello así se dejaría sin valor jurídico el artículo 31 del código penal que determina que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones se puede infringir plurales disposiciones de la ley penal.

Se insiste, en el sub judice no se da el quebrantamiento del principio del non bis in ídem por cuanto no existe identidad de objeto y causa, pues los hechos que dieron origen a los procesos adelantados en contra del señor PÉREZ (por los delitos de homicidio agravado y tortura agravada) fueron desarrollados bajo circunstancias temporales diversas, con la puesta en peligro o lesionamiento efectivo de diferentes bienes jurídicos y con la transgresión de dos fundamentos normativos autónomos.

Además, la iniciación de ambos procesos no se encuentra fundamentada en los mismos motivos, pues la muerte del menor llevó al ente acusador a endilgarle cargos al implicado por el delito de homicidio agravado, mientras que la imputación del punible de tortura agravada tuvo lugar con ocasión del descubrimiento de las otras acciones anteriores que presuntamente ejecutó el procesado y con las cuales infligió en el menor dolores o sufrimientos físicos o psíquicos. Como así razonó la judicatura de primera instancia se ratificará la decisión apelada.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

CONFIRMAR la providencia de naturaleza y origen conocidos.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ
Magistrado



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Magistrado