



Concepto PSDCP – CON – N.° 63
Bogotá 14 de diciembre de 2021

HONORABLES MAGISTRADOS
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL
M. P.Dr. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
E. S. D.

RADICADO: 58.208

PROCESO: LEY 906 DE 2004

PROCESADO: GERARDO TARAZONA MENDOZA

Teniendo en cuenta la competencia conferida a la Procuraduría General de la Nación en el artículo 277-7 de la Carta Política, en mi condición de Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal expongo mi criterio en defensa del orden jurídico, de los derechos y garantías de los intervinientes, dentro de la sustentación de la demanda de casación interpuesta por la defensa de Gerardo Tarazona Mendoza en contra del fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que confirmó la decisión del Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de esta ciudad, que lo condenó por la comisión del delito de infidelidad a los deberes profesionales .

HECHOS

Así se sintetiza en la sentencia de segunda instancia:

1. *“El 11 de marzo de 2002, Roberto Espinosa Buitrago sufrió un accidente laboral mientras se desempeñaba como auxiliar de construcción para el contratista Carlos Ávila Rincón y fue despedido mientras se encontraba incapacitado.*



Por esta razón en el año 2003, Roberto Espinosa Buitrago contrató los servicios profesionales como abogado de Gerardo Tarazona Mendoza para que iniciara y llevara hasta su culminación proceso laboral y posteriormente el ejecutivo en contra de su empleador, a fin de obtener el pago de las acreencias laborales dejadas de percibir.

En el año 2009, Roberto Buitrago fue informado por Gerardo Tarazona Mendoza que el proceso laboral estaba cursando exitosamente, pero, con posterioridad a esta comunicación, no volvió a tener contacto con el abogado, razón por la cual, en el año 2011 interpuso una queja en su contra ante el Consejo Seccional de la Judicatura que culminó con una sanción disciplinaria.

En el curso del proceso disciplinario Espinosa Buitrago se enteró que el proceso laboral se había fallado de manera favorable a sus pretensiones y que, en virtud del proceso ejecutivo con posterioridad, se había entregado la suma de \$17.000.000 pesos a Gerardo Tarazona Mendoza por parte de Carlos Julio Ávila Rincón, dinero que nunca le fue entregado, razón por la que interpuso la correspondiente denuncia”.

ACTUACIÓN PROCESAL

Legalizada la solicitud de la búsqueda selectiva en base de datos, y tras la imposibilidad de que Gerardo Tarazona Mendoza compareciera a la Audiencia para formularle imputación, el 7 de marzo de 2017, el Juzgado Trece Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, declaró la contumacia y la fiscalía imputó el delito de hurto agravado por la confianza, tipificado en los artículos 239 inciso 1º y 241 No. 2 del Código Penal.

Ante el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, la fiscalía, el 5 de junio de 2017 acusó a Gerardo Tarazona Mendoza por el delito de infidelidad a los deberes profesionales de conformidad con lo



previsto en el artículo 445 del Código Penal; una vez surtió las audiencias propias del juicio oral y el 5 de junio de 2019 profirió sentencia de carácter condenatoria, decisión que fue confirmada a instancia del Tribunal Superior de Bogotá, que ahora es objeto de demanda de casación que ocupa esta agencia ministerial.

LA DEMANDA

El procesado Gerardo Tarazona Mendoza, a través de apoderado, presentó demanda de casación, postuló 3 cargos, como a continuación se plantea:

El primer reproche consiste en que el proceso está viciado de nulidad, debido a que se inició la acción penal sin haber agotado el requisito de procedibilidad, no se surtió la audiencia o la citación para conciliar, estima que se desconoció el debido proceso y la estructura del juicio.

En un segundo cargo reclama que cuando se dictó la sentencia, había caducado la oportunidad para agotar el requisito de procedibilidad y llevar a cabo la conciliación, teniendo en cuenta que los hechos ocurrieron el 8 de marzo de 2010 y la denuncia se realizó el 11 de febrero de 2013, superando el término establecido en la norma para interponer la querrela, debiendo declarar la caducidad y la extinción de la acción penal; además de haber prescrito la acción penal por haber superado el termino máximo que regula el artículo 83 del código penal para formular la imputación, desconociendo la ley llamada a regular el caso.

En el Tercer cargo reclama que la judicatura al proferir la condena desconoció el principio universal del NON BIS IN IDEM, por cuanto fue sancionado por la jurisdicción disciplinaria e igualmente por la judicatura a través del proceso penal al proferir la condena, lo inhabilitó para ejercer la profesión de abogado, siendo sancionado dos veces por los mismos hechos.



CRITERIO DE LA PROCURADURÍA DELEGADA

Teniendo en cuenta que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia admitió la demanda, en la que se reclama que la judicatura al proferir la sentencia desconoció principios que orientan la actuación procesal, por cuanto acusó a Gerardo Tarazona Mendoza por el delito de infidelidad a los deberes profesionales, sin que se haya agotado la conciliación como requisito para iniciar la actuación penal; además de que cuando se interpuso la querrela había superado el término de un año que el artículo 74 de la ley 906 de 2004 otorga para ello; además de cuestionar de que cuando se llevó a cabo la formulación de imputación había prescrito la acción penal para iniciar la investigación por esa vía y un tercer reproche en el que se reclama que por los mismos hechos se le haya sancionado dos veces; esta agencia ministerial para emitir el respectivo concepto, y desatar los problemas jurídicos planteados, se harán de la siguiente manera:

PRIMER CARGO:

En lo que tiene que ver con la inconformidad en que no podía iniciarse la acción penal, ya que la Fiscalía acusó a Gerardo Tarazona Mendoza la comisión del delito de infidelidad a los deberes profesionales, conducta típica que requiere previo a iniciar el proceso penal la conciliación como requisito de procedibilidad, así lo previó el legislador en el artículo 74 de la ley 906 de 2004.

Teniendo en cuenta que los hechos por los cuales se adelanta la actuación penal, dan cuenta que Roberto Espinosa Buitrago le confirió poder al abogado Gerardo Tarazona Mendoza para que adelantara proceso laboral a fin de obtener el pago de los perjuicios causados en el accidente de trabajo, labor que culminó con el pago de \$20.000.000 a título de indemnización el 8 de marzo de 2010; a pesar de ello, Roberto Espinosa Buitrago, poderdante, se enteró del pago hecho al abogado hasta el 25 de abril de 2011 cuando fue al



juzgado laboral donde le informaron que el proceso había culminado favorable a sus pretensiones y la obligación había sido cancelada al abogado Tarazona Mendoza; luego el 11 de febrero de 2013 presentó la respectiva denuncia ante la fiscalía, quien los citó a una conciliación pre-procesal el 19 de diciembre de 2013.

De lo actuado se advierte sin lugar a dudas que el proceso investigativo está rodeado de falencias que empañan el debido proceso; ya que los hechos dan cuenta que la víctima tuvo conocimiento que el abogado, a quien le había extendido poder, para que adelantara el proceso laboral a fin de obtener el pago a título de indemnización de los perjuicios causados como consecuencia de un accidente laboral, culminó el 8 de marzo de 2010, pagándole el valor de las pretensiones, el poderdante se enteró hasta el 25 de abril de 2011 cuando acudió al juzgado laboral a solicitar información del proceso, luego el 11 de febrero de 2013 interpuso denuncia ante la fiscalía, para el 19 de diciembre de 2013 en ente persecutor citó a las partes a una conciliación, la que no fue llevada a cabo.

Vista así las cosas, no se advierte que se haya agotado la conciliación para cumplir el requisito de procedibilidad, como lo consagra el artículo 522 del Código Procedimiento Penal del año 2004; desconocer esa actuación es causal de nulidad, por lo tanto se hace necesario anular las actuaciones posteriores a la de formular la imputación para luego surtir la conciliación y cumplir el requisito prescrito en el artículo 522 de la ley 906 de 2004, tal cual lo decidió la Corte Suprema de Justicia en la sentencia 45960 de 2019, con base en lo anterior, el cargo tiene vocación de prosperar.

SEGUNDO CARGO

La inconformidad por este cargo consiste en que cuando la acuso a Gerardo Tarazona Mendoza el delito de infidelidad a los deberes profesionales, había



caducado la oportunidad para interponer la querrela e igualmente había operado el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal; al respecto se hace necesario precisar los términos que prevé la norma para que opere la caducidad para interponer la querrela, además de la operancia de la figura jurídica de la prescripción de la acción penal.

Acerca de los delitos que requieren querrela para iniciar la acción penal, el legislador consagró en el artículo 74 de la ley 906 de 2004, que previo a adelantar la investigación penal, requiere que el sujeto pasivo de la conducta interponga querrela, cuenta con un año a partir de la ocurrencia del hecho criminoso o cuando conoce de la conducta, superado ese término caduca la acción, siendo imperativo interponerla dentro del año siguiente a la ocurrencia de los hechos o desde que se haya enterado el sujeto pasivo de la conducta, así lo prevé el artículo 73 del Código Procesal Penal del año 2004.

Si la fiscalía acusó a Gerardo Tarazona Mendoza el delito tipificado en el artículo 445 del código penal, conducta típica que está en la lista de los delitos que requieren querrela previo a iniciar la acción penal, así lo establece el artículo 74 de la ley 906 de 2004¹; misma norma que prevé que los términos con que cuenta el ofendido para interponer la querrela no debe superar un año después de haberse cometido el delito, como lo consagra el artículo 73 de la

¹ Código Procedimiento Penal de 2004. Artículo 74. Delitos que requieren querrela. para iniciar la acción penal será necesario querrela en los siguientes delitos, excepto cuando el sujeto pasivo sea un menor de edad:

1. Aquellos que de conformidad con el Código Penal no tienen señalada pena privativa de la libertad.
2. Inducción o ayuda al suicidio (C. P. artículo 107); lesiones personales sin secuelas que produjeren incapacidad para trabajar o enfermedad sin exceder de sesenta (60) días (C. P. artículo 112 incisos 1o y 2o); lesiones personales con deformidad física transitoria (C. P. artículo 113 inciso 1o); lesiones personales con perturbación funcional transitoria (C. P. artículo 114 inciso 1o); parto o aborto preterintencional (C. P. artículo 118); lesiones personales culposas (C. P. artículo 120); omisión de socorro (C. P. artículo 131); violación a la libertad religiosa (C. P. artículo 201); injuria (C. P. artículo 220); calumnia (C. P. artículo 221); injuria y calumnia indirecta (C. P. artículo 222); injuria por vías de hecho (C. P. artículo 226); injurias recíprocas (C. P. artículo 227); violencia intrafamiliar (C. P. artículo 229); maltrato mediante restricción a la libertad física (C. P. artículo 230); inasistencia alimentaria (C. P. artículo 233); malversación y dilapidación de los bienes de familiares (C. P. artículo 236); hurto simple cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C. P. artículo 239 inciso 2o); alteración, desfiguración y suplantación de marcas de ganado (C. P. artículo 243); estafa cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C. P. artículo 246 inciso 3o); emisión y transferencia ilegal de cheques (C. P. artículo 248); abuso de confianza (C. P. artículo 249); aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito (C. P. artículo 252); alzamiento de bienes (C. P. artículo 253); disposición de bien propio gravado con prenda (C. P. artículo 255); defraudación de fluidos (C. P. artículo 256); acceso ilegal de los servicios de telecomunicaciones (C. P. artículo 257); malversación y dilapidación de bienes (C. P. artículo 259); usurpación de tierras (C. P. artículo 261); usurpación de aguas (C. P. artículo 262); invasión de tierras o edificios (C. P. artículo 263); perturbación de la posesión sobre inmuebles (C. P. artículo 264); daño en bien ajeno (C. P. artículo 265); usura y recargo de ventas a plazo (C. P. artículo 305); falsa autoacusación (C. P. artículo 437); infidelidad a los deberes profesionales (C. P. artículo 445).



ley procesal penal del año 2004²; luego entonces, superado el termino sin haberse interpuesto la querella, caduca la acción y no se podrá iniciar la actuación penal por parte del ente persecutor, produciéndose como consecuencia la preclusión de la acción penal por caducidad querella, siendo imperativo para el Juez de Control de Garantías verificar la concurrencia de las condiciones que le permiten intervenir válidamente, esa corroboración temprana es para evitar repercusiones penales que además de un gasto innecesario e ingentes recursos, podrían ser arbitrarios al representar injerencias en derechos fundamentales³, así lo ha determinado la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la decisión con radicado 47.046 de 2017.

Descendiendo al caso, se tiene que los hechos que constituyen el delito de infidelidad a los deberes profesionales ocurrió en marzo de 2010, la víctima tuvo conocimiento del hecho hasta el 25 de abril de 2011 cuando entabló queja en contra del abogado ante el Consejo Seccional de la Judicatura, y luego el 11 de febrero de 2013 instauró la denuncia en la fiscalía, cuando había superado el año que confiere la ley para agotar el requisito de procedibilidad, acarreando la consecuente caducidad para interponer la querella, lo que de contera conlleva a ordenar el archivo de las diligencias; así lo ha discernido la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con radicado 40.900 de 2016⁴.

² Código Pena. ARTÍCULO 73. CADUCIDAD DE LA QUERELLA. <Consultar versión corregida de la Ley 906 publicada en el Diario Oficial No. 45.658> La querella debe presentarse dentro de los seis (6) meses siguientes a la comisión del delito. No obstante, cuando el querellante legítimo por razones de fuerza mayor o caso fortuito acreditados no hubiere tenido conocimiento de su ocurrencia, el término se contará a partir del momento en que aquellos desaparezcan, sin que en este caso sea superior a seis (6) meses.

³ Corte Suprema de Justicia, sala penal, radicado 47.046 de 2017.

⁴ Corte suprema de Justicia. Sala Penal, radicado 40.900 de 2016. "...considera que la voluntad del legislador fue implementar varios términos de caducidad, así: (i) de seis (6) meses, contados a partir de la *comisión del hecho delictivo*, cuando el querellante legítimo tiene conocimiento inmediato del mismo, (ii) de seis (6) meses, contados a partir del *conocimiento del hecho delictivo*, cuando el querellante legítimo por razones de fuerza mayor o caso fortuito acreditados se entera de su realización dentro de los seis (6) meses siguientes, y (iii) de un tiempo igual al que reste para completar un año, contado a partir de la *comisión del hecho*, cuando el querellante legítimo por razones de fuerza mayor o caso fortuito acreditados se entera después de los seis (6) meses y antes del año de su comisión. Esto significa que en ningún caso la acción penal por delitos querellales puede intentarse después del año de la comisión de la conducta punible, pues como se ha dejado visto, la posibilidad de que el término de caducidad se cuente a partir del momento que el querellante legítimo tiene conocimiento del hecho, cuando han mediado situaciones de fuerza mayor o caso fortuito acreditados que le han impedido enterarse de su ocurrencia, está condicionada a que entre la fecha de la realización de la conducta y la presentación de la querella no haya transcurrido más de un (1) año".



Acerca del fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal para el delito tipificado en el artículo 445 de código penal, se tiene que el Estado cuenta para iniciar la acción penal con el tiempo máximo de la pena fijada en la ley para el delito, si fuere privativa de la libertad, sin que sea inferior a 5 años ni superior a veinte años.

En relación con la conducta a realizar los cómputos de la prescripción ha de tenerse en cuenta la calificación jurídica hecha en la sentencia, así lo decantó la Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos, entre otros en los radicados (cfr. CSJ SP 4573-2019, rad. 47234; CSJ SP 17246- 2016, rad. 45466; CSJ SP, 23 may. 2012, rad. 35256 y CSJ SP, 13 may. 2009, rad. 3142).

Si el Tribunal Superior de Bogotá, condenó a Gerardo Tarazona Mendoza por el delito de infidelidad a los deberes profesionales, conducta que tipifica el artículo 445 del código penal, y prevé pena en el máximo de 72 meses de prisión; si los hechos ocurrieron el 8 de marzo de 2010⁵, y la fiscalía formuló imputación el 7 de marzo de 2017, según mandato del artículo 83 del estatuto represor, para que opere el fenómeno jurídico de la prescripción basta con que supere el término máximo previsto en la ley penal para el delito por el que fue condenado, para el caso 72 meses, el término máximo arribaría hasta el 8 de marzo de 2016, superado el mismo pierde la potestad punitiva, es la sanción que soporta el Estado por haber dejado pasar el tiempo sin que haya activado el aparato judicial a fin de adelantar la investigación. Con lo que no queda otra opción que declarar prescrita la acción penal, decretar la cesación del procedimiento y el archivo de las diligencias, hacer lo contrario es desconocer la ley penal y sus alcances, por lo tanto, el cargo tiene vocación de prosperar, debiéndose revocar el fallo y proferir uno de reemplazo que aplique la norma favorable al procesado

⁵ Acta resolución de acusación.



Tercer cargo

En relación a que el procesado fue sancionado dos veces por los mismos hechos, ya que la jurisdicción disciplinaria lo inhabilitó para ejercer la profesión de abogado, mientras que por el proceso penal fue sancionado para ejercer la profesión de abogado por el término de la sanción penal, al respecto se tiene que el legislador al expedir la ley penal prohibió imponer doble sanción por unos mismos hechos, así lo previó en el artículo 8 de la ley 599 de 2000.

Si tenemos en cuenta que el Principio del Non bis in ídem, es de orden constitucional y legal, así lo ha decantado la Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos, dentro de ellos en el radicado número 45072 de 2017, indica que:

“Nadie puede ser perseguido, investigado, juzgado ni sancionado pluralmente por un hecho que en estricto sentido es único. Se le denomina non bis in ídem material”.

En el presente caso se tiene que el Consejo Superior de la Judicatura en el proceso disciplinario suspendió en el ejercicio de la profesión de abogado Gerardo Tarazona Mendoza por 3 años, sanción que cumplió el 8 de mayo de 2014; y luego en el proceso penal en la sentencia proferida el 5 de junio de 2019 lo suspendió en el ejercicio de la profesión de abogado por el término de 16 meses; por los mismos hechos por los cuales el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Conocimiento suspendió en el ejercicio de profesión de abogado fue que el Consejo Superior de la Judicatura a través del proceso disciplinario lo suspendió por 3 años; se trata de las mismas partes, los hechos dan cuenta de que el procesado no informó a Roberto Espinosa Buitrago acerca del resultado del proceso laboral, además de no haber entregado la suma de dinero que le fue cancelada a título de indemnización.



Por lo tanto se advierte que Gerardo Tarazona Mendoza ha sido sancionado dos veces por los mismos hechos, por cuanto la jurisdicción disciplinaria lo inhabilito por 3 años para ejercer la profesión de abogado y luego la jurisdicción penal lo inhabilitó por 16 meses, se identifican en los hechos, las partes que intervienen, se hace necesario proteger el derecho fundamental de no ser sancionado dos veces por los mismos hechos, con base en lo anterior, debe proferirse fallo de reemplazo, donde se garantice el debido proceso sancionatorio,

PETICIÓN

Corolario de todo lo anterior, esta delegada respetuosamente solicita casar el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, proferir uno de reemplazo donde se privilegien los principios rectores de derecho penal, la estructura y el debido proceso, que garantice el requisito de procedibilidad, el respeto por los términos legales, los previstos para que opere el fenómeno de la prescripción de la acción penal, además del principio del Non bis in ídem.

De los Señores Magistrados,

Cordialmente

MIGUEL ALEJANDRO PANESSO CORRALES

Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal

DR