

163
22 OCT 2008



Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20081100053361
Fecha: 21-10-2008

Bogotá D.C.,

110. 060.2008

Devolver Copia Firmada

Doctora
MONICA YADIRA HERRERA CEBALLOS
Jefe Oficina Asesora Jurídica
Contraloría Municipal de Ibagué
Calle 9 2-59
Tel: (8) 2618930
Ibagué - Tolima

44 20305025-10

REFERENCIA:. Rad. 2008-233-004762-2
Devolución de depósito judicial.

Respetada Doctora:

Esta oficina recibió su petición de fecha 24 de septiembre de 2008 donde solicita: "se conceptué si jurídicamente el reintegro efectuado por el señor Jorge Eleazar Devia y que a la fecha se encuentra constituido en depósito judicial debe ingresar al Municipio o devolverse a éste, con fundamento en los argumentos por él expuestos, habida cuenta que se pueden presentar dos situaciones:

Primero: que al no ser devuelto el título al señor Devia, el beneficiario sería el Municipio de Ibagué, pero muy posiblemente, la entidad sea demandada para la restitución del dinero, y que en caso de proferirse sentencia en contra del Órgano de Control, se originen los procesos fiscales contra quienes tomaron dicha decisión.

Segundo: que sea devuelto el título al señor Devia y que por dicha actuación se generan procesos fiscales y disciplinarios contra quien decidió el destino de dichos recursos al considerarse que no existía fundamento jurídico para su devolución."

Es pertinente mencionar que con fecha 08 de septiembre de 2008 se recibió también escrito del Dr. Jorge Eleazar Devia donde solicita textualmente: "que junto a las apreciaciones que le haya planteado la Contraloría Municipal de Ibagué respecto de este mismo asunto, se tengan en cuenta el presente escrito, solicitando respetuosamente a la Auditoría General de la República que dentro de los límites previstos en el artículo 25 inciso 3º del C.C.A. el concepto que ustedes emitan, sea favorable para que la





Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20081100053361
Fecha: 21-10-2008

Bogotá D.C.,

110. 060.2008

Doctora
MONICA YADIRA HERRERA CEBALLOS
Jefe Oficina Asesora Jurídica
Contraloría Municipal de Ibagué
Calle 9 2-59
Tel: (8) 2618930
Ibagué - Tolima

REFERENCIA: Rad. 2008-233-004762-2
Devolución de depósito judicial.

Respetada Doctora:

Esta oficina recibió su petición de fecha 24 de septiembre de 2008 donde solicita: "se conceptué si jurídicamente el reintegro efectuado por el señor Jorge Eleazar Devia y que a la fecha se encuentra constituido en deposito judicial debe ingresar al Municipio o devolverse a éste, con fundamento en los argumentos por él expuestos, habida cuenta que se pueden presentar dos situaciones:

Primero: que al no ser devuelto el título al señor Devia, el beneficiario sería el Municipio de Ibagué, pero muy posiblemente, la entidad sea demandada para la restitución del dinero, y que en caso de proferirse sentencia en contra del Órgano de Control, se originen los procesos fiscales contra quienes tomaron dicha decisión.

Segundo: que sea devuelto el título al señor Devia y que por dicha actuación se generan procesos fiscales y disciplinarios contra quien decidió el destino de dichos recursos al considerarse que no existía fundamento jurídico para su devolución."

Es pertinente mencionar que con fecha 08 de septiembre de 2008 se recibió también escrito del Dr. Jorge Eleazar Devia donde solicita textualmente: "que junto a las apreciaciones que le haya planteado la Contraloría Municipal de Ibagué respecto de este mismo asunto, se tengan en cuenta el presente escrito, solicitando respetuosamente a la Auditoría General de la República que dentro de los límites previstos en el artículo 25 inciso 3º del C.C.A. el concepto que ustedes emitan, sea favorable para que la



Contraloría Municipal “reverse la operación” que originalmente se hizo a su nombre y para ello tome la decisión de autorizar al juzgado 5º Penal del Circuito de Ibagué para que el juzgado ordene al Banco Agrario me paguen el depósito judicial...”

Por ser ambas consultas sobre el mismo asunto se procederá a emitir la presente respuesta sobre las inquietudes planteadas en las dos solicitudes.

Antes de entrar a resolver sus inquietudes es conveniente recordar que, dadas las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, no puede este ente de control tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que nos corresponde un control posterior y selectivo de su gestión fiscal; por tanto nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones particulares individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia. Así, se procederá únicamente a dar unos lineamientos generales sobre el tema y no ha resolver situaciones concretas menos aún cuando no somos una instancia competente.

Hecha la aclaración anterior es pertinente hacer las siguientes precisiones:

En la consulta se menciona que la consignación realizada se hizo a título de reintegro para atenuación punitiva, a pesar de ser el mismo valor fijado como perjuicios en la sentencia de primera instancia y como multa en la sentencia de segunda instancia que no alcanza ha quedar ejecutoriada por operar el fenómeno de la prescripción de la acción penal.

Por la fecha de ocurrencia de los hechos se encontraba vigente el Decreto – Ley 100 de 1980. El artículo 79 del mismo señala que la acción y la pena se extinguen por prescripción¹ Siendo la multa una pena pecuniaria se entiende que al prescribir la acción la pena se extingue y no hay lugar a exigir su cumplimiento.

De otra parte el artículo 103 del Código Penal establece que la comisión de un hecho punible obliga a la reparación del daño derivado del mismo. Al respecto el tratadista Antonio Vicente Arenas en su libro Comentarios al Nuevo Código Penal señala que “La obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados por la infracción no se identifica con la pena pecuniaria. No tiene el carácter de pena sino de obligación civil privilegiada.”²

Respecto de la acción civil la legislación vigente³ establece que si ejercita dentro del proceso penal el término de prescripción es el mismo de la acción de la acción penal.

¹ ARTICULO 79. PRESCRIPCIÓN. La acción y la pena se extinguen por prescripción.

² ANTONIO VICENTE ARENAS. Comentarios al Nuevo Código Penal, Decreto 100 de 1980. Tomo I Parte General. Editorial Temis Bogotá 1981. Pag 574

³ ARTICULO 108. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CIVIL. La acción civil proveniente del delito prescribe en veinte (20) años si se ejercita independientemente del proceso penal y en tiempo igual al de la prescripción de la respectiva acción penal, si se adelanta dentro de éste.

Por tanto prescrita la acción penal se prescribe la acción civil y no habrá lugar a derivar ninguna consecuencia de ella, por cuanto no alcanzo a existir una declaración judicial en firme que diera certeza de la comisión del hecho punible por parte del implicado y debe prevalecer la presunción de inocencia.

Por su parte el reintegro no corresponde a una pena pecuniaria es una figura diferente establecida en el artículo 139 Decreto – Ley 100 de 1980.⁴ No derivada del cumplimiento de una sentencia judicial, porque el artículo antes mencionado es claro que se debe realizar antes iniciar la investigación o antes de que se expida sentencia de segunda instancia en ninguno de los dos casos existe una orden judicial ejecutoriada. Es una acción voluntaria de devolver lo apropiado que realiza el presunto responsable para lograr una atenuación punitiva.

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en sentencia del 18 de diciembre de 2001 Proceso No 12265 con ponencia del Dr. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO sobre el reintegro expresó:

“5. Ahora bien, es cierto que el fallador reconoció la atenuante punitiva por el reintegro del valor de lo apropiado, bien conforme con el artículo 139 del anterior Código Penal ora de acuerdo con el artículo 401 del vigente, pero dicho precepto no funciona para afectar el término de prescripción, porque se trata de una conducta posterior al delito y no de un elemento estructural del mismo. Así lo ha sostenido reiteradamente la Corte, entre otras en la sentencia de casación del 11 de julio de 2000 (radicado N° 12.758), con ponencia de quien ahora provee, donde se dijo:

“Para la determinación del término de prescripción de la acción penal, es cierto, han de computarse “las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes” (art. 80 C. P.). La misma expresión “concurrentes” que usa el texto legal, indica que debe tratarse de factores contingentes de comportamiento coetáneos a la realización del hecho punible, no de conductas posteriores a la consumación del mismo, que de pronto puedan llegar a amainar la cantidad de pena, sencillamente porque las últimas se identifican como simples reductoras del monto de la sanción, al paso que los primeros son verdaderos elementos accidentales que están dentro de la estructura del delito.

⁴ “ARTÍCULO 139. CIRCUNSTANCIAS DE ATENUACION PUNITIVA. Si antes de iniciarse la investigación, el agente, por sí o por tercera persona, hiciere cesar el mal uso, reparare lo dañado o reintegrare lo apropiado, perdido, extraviado, o su valor, la pena se disminuirá hasta en las tres cuartas partes.
Si el reintegro se efectuare antes de dictarse sentencia de segunda instancia, la pena se disminuirá hasta en la mitad. Cuando el reintegro fuere parcial, el juez podrá, en casos excepcionales y teniendo en cuenta las circunstancias previstas en el artículo 61, disminuir la pena hasta en una cuarta parte.”

"En fin, las circunstancias (atenuantes o agravantes) son ingredientes accidentales, que como tales no pueden ser fundantes o cofundantes del injusto ni de la responsabilidad del sujeto, pero que de todas maneras pertenecen a la estructura del hecho punible.

"Como la atemperante punitiva consagrada en el artículo 139 del Código Penal tiene similar naturaleza jurídica a la regulada en el artículo 374 del mismo estatuto, en relación con ella son procedentes las reflexiones que hizo la Corte sobre la segunda, según sentencia de casación fechada el 23 de noviembre de 1998, con ponencia del magistrado Fernando Enrique Arboleda Ripoll, en los siguientes términos:

"Es un mecanismo de reducción de pena, no una atenuante de responsabilidad. La rebaja en ella establecida no se deriva de una circunstancia concomitante al hecho punible, que pueda incidir en la tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad, o en los grados o formas de participación, sino de una actitud posdelictual del imputado, de carácter procesal, que para nada varía el juicio de responsabilidad penal, y que como tal sólo puede afectar la pena una vez ha sido individualizada.
(Negrilla y subrayado fuera de texto)

En conclusión, la respectiva Contraloría para tomar la decisión sobre la destinación del dinero que se encuentra consignado debe evaluar la naturaleza del pago que se realizó y según dicha naturaleza determinar si se genera alguna consecuencia sobre el mismo por haber operado la prescripción de la acción penal.

El presente concepto, al tenor del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, no compromete la responsabilidad de la Auditoría General de la República, ni es de obligatorio cumplimiento.

Cordialmente,


DAYRA-ENNA CONCICION PERICO
Directora Oficina Jurídica

Proyectó: María Katherina Ramirez Navarrete.
Abogada Oficina Jurídica