36
94

110-299
Ibagué, Agosto 25 de 2008.

Doctor:
Jorge Eleazar Devia Arias
Carrera 3 No 12-34
Edificio Centro Comercial Pasaje Real
Oficina 706
Ibagué.

Asunto: Respuesta derecho de petición.

Reciba un cordial saludo.

En atención a su derecho de petición radicado el once (11) de agosto de 2008 en la Contraloría Municipal de Ibagué, me permito informar lo siguiente:

Con el fin de aclarar la situación por usted planteada este despacho oficio al Juzgado Quinto Penal del Circuito, para que remitiera copia del fallo de septiembre 4 de 2007, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Sala de decisión Penal, providencia de la cual se destaca lo siguiente:

" El 22 de noviembre de 2001, estando en trámite en esta instancia el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y el defensor de Eleazar Devia Arias contra el fallo de primer grado, el citado abogado allegó copia del recibo de consignación hecha por su representado el 6 del mismo mes y año a la cuenta depósito judiciales del Juzgado 5 Penal del Circuito de Ibagué y a la orden de la Contraloría Municipal de Ibagué por la suma de \$20.589.200, advirtiendo que sin aceptar la responsabilidad endilgada en la sentencia condenatoria referenciada, por el delito de peculado por apropiación " hemos considerado prudente realizar consignación que se encuentra radicada en el título 161570... **"como reintegro"** con miras a obtener el beneficio de atenuación punitiva por el artículo 139 del Código Penal anterior (c. Tribunal, fol 3 a 6).

3. Como se puede apreciar fácilmente del escrito mediante el cual se allegó el recibo de consignación antes referido, este depósito se realizó cuando la sentencia no había cobrado ejecutoria y no se pretendía con el mismo pagar la multa impuesta en la sentencia ni cancelar los perjuicios causados con la infracción, sino simplemente REINTEGRAR lo supuestamente apropiado, como expresamente lo señala el defensor de Devia Arias.

37
95

En tales circunstancias considera la sala que no es posible acceder a la solicitud de devolución de los dineros consignados, primero, por que dicha consignación no se hizo realmente en cumplimiento de la sentencia de primera instancia, pues no se buscó con ella cancelar la multa impuesta, ni pagar los perjuicios causados con la conducta delictiva, sino restituir lo supuestamente apropiado. Segundo, por que dicha restitución se hizo en forma libre, voluntaria y a nombre de la Contraloría Municipal de Ibagué.

Si se tiene en cuenta que en el mundo jurídico las cosas se deshacen como se hacen, dado que la consignación de marras no se realizó en cumplimiento de un mandato de la judicatura, resulta improcedente que se le solicite a esta que ordene la devolución de la misma, máxime que habiendo sido hecha a nombre de un tercero, en este caso la Contraloría Municipal de Ibagué, la disposición sobre el valor consignado no estaría en cabeza de la judicatura, sino del beneficiario de la misma...".

De los apartes transcritos anteriormente, se observa que conforme bien lo aduce el Tribunal Superior de Distrito Judicial, el dinero que se consigno en el título judicial 161570 fue consecuencia de un reintegro efectuado voluntariamente por usted, pues claramente esta es la figura jurídica que se argumenta en el escrito allegado al despacho judicial con el ánimo de obtener el beneficio de atenuación punitiva.

Así las cosas, no se trataba de un depósito provisional, sino de una reparación a fin de que se tuviera en cuenta al momento de proferir el fallo respectivo, pues valga la pena aclarar que en caso tal, afectaría la medida o cantidad punitiva sin incidir para nada en la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad y menos aun que dicho resarcimiento se encuentre condicionado al resultado del proceso para hacerlo efectivo.

Al efecto, valga la pena traer a colación el concepto de la ACADEMIA COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA de Octubre 4 de 2004, en el cual se hace un estudio preciso sobre la naturaleza jurídica del reintegro: " (...) Surtida esta primera aclaración, resulta pertinente precisar los alcances de la figura del reintegro. Esta se encuentra regulada en el artículo 401 del Código Penal en los siguientes términos:

ART. 401.- *Circunstancias de atenuación 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 en la mitad. Si el reintegro se efectuare antes de dictarse sentencia de segunda instancia, la pena se disminuirá en una tercera*

parte. Cuando el reintegro fuere parcial, el juez deberá, proporcionalmente, disminuir la pena en una cuarta parte.

Como puede verse claramente, el reintegro no constituye en ningún caso una causal de exclusión de la responsabilidad penal, sino apenas un atenuante de la punibilidad; por esta razón, no tiene la virtualidad de extinguir en forma alguna la acción penal y por ende de excluir el presupuesto objetivo de la inhabilidad consagrada en el artículo 122 de la Constitución Política -modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2004-, esto es, la existencia de una sentencia condenatoria por un delito contra el patrimonio del Estado. Pero además, no aparece como una posibilidad coherente con la filosofía que inspira esta disposición constitucional pues a nuestro entender ella se fundamenta en la vulneración de la confianza que el Estado deposita en sus agentes como administradores de recursos públicos, confirmado judicialmente, la comisión de un acto que lesiona dichos intereses, difícilmente dicha confianza podría ser restaurada por el acto de reintegro. Así, producida la sentencia -aun bajo esta circunstancia diminuyente-, se mantiene el presupuesto típico de su existencia y consiguientemente sus condignas consecuencias, sin que sea dable al fallador penal prescindir de su aplicación en los términos del artículo 38 de la citada Ley 734 de 2002.

Este aserto puede apoyarse en reiterada jurisprudencia. He aquí alguno de esos textos:

"A propósito de la naturaleza de la figura prevista en el artículo 139 del Código Penal la Sala estima que acá se está frente a una disposición que antes que consagrar una circunstancia atenuante del hecho punible constituye un fenómeno de reducción de la cantidad de pena puramente dosimétrico. Es decir la hipótesis allí prevista afecta la medida o cantidad punitiva sin incidir para nada en la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad, o en los grados o las formas de participación.

"Se trata pues, como lo precisó la Corte con ocasión del análisis que sobre el mismo aspecto hizo frente al artículo 374 del Código Penal en noviembre 23/98 (M.P. Dr Fernando Arboleda Ripoll) de una actitud pos delictual que no varía el grado de responsabilidad y que repercute en la pena una vez individualizada sin capacidad para afectar los mínimos ni los máximos punitivos previstos por el legislador de carácter judicial, diferida por tanto al juzgador. No altera, por tanto, los términos de prescripción de la acción, no es potestativa, es de configuración objetiva, y en los casos de concurso efectivo de tipos su operancia se revela únicamente en el momento de fijación de la punibilidad del respectivo punible, que no respecto de la pena totalizada." (CSJ., Caso mar. 3/2000 12225, M.P. Carlos E. Mejía Escobar).

Ahora bien, tal como se había expresado antes, no existe en la norma penal un concepto unívoco de patrimonio estatal como bien jurídico protegido en un único título, por lo que no toda acción que pueda afectar el patrimonio estatal puede ser objeto de la figura del reintegro, y en tal sentido se ha pronunciado la doctrina:

En ambos Estatutos³ la disposición que defiende en forma concreta el patrimonio estatal se atenúa la pena para el agente que haga cesar los efectos dañinos de su conducta; pero se aclara que tal atenuación sólo será procedente frente a las modalidades de peculado en las que la conformación estructural permite tales acciones de cesación del perjuicio o atenuación del mismo. Así, frente al peculado por uso la acción que genera atenuante será la suspensión de la indebida utilización, la reparación del daño ocasionado o la devolución de lo perdido o extraviado, en su valor o por medio de bienes equivalentes. En el peculado por apropiación se presenta atenuante si se realiza la devolución de lo apropiado.

En relación con el peculado por aplicación oficial diferente consideramos que en la redacción proveniente de 1980 es posible reparar el daño causado haciendo cesar los efectos de la acción, si estos se han producido y son perjudiciales para la administración o su patrimonio: en las restantes hipótesis la atenuante no puede configurarse⁴.

En conclusión, el reintegro como figura de atenuación de la sanción penal solamente se refiere a un mecanismo de dosificación punitiva y no de extinción de la acción o de exclusión de la responsabilidad penal, por lo cual no puede plantearse como un mecanismo de excepción para la aplicación del mandato constitucional referido..."

Se deduce entonces, que el reintegro como conducta voluntaria, libre y espontánea del sujeto investigado conduce a una atenuación punitiva en caso de ser penalizado, sin que pueda considerarse pues así no lo dice la norma, que se constituya en una garantía a favor de la entidad perjudicada en caso de obtener una sentencia condenatoria.

Y es que es tan clara dicha figura que el mismo defensor del doctor Devia al allegar la consignación del Título, manifiesta que no se está aceptando la responsabilidad endilgada en la sentencia condenatoria por el delito por apropiación, sino que es un reintegro con miras a obtener una atenuación punitiva conforme lo establece el artículo 139 del Código Penal; Artículo que rezaba:

³ Se refiere al Código Penal de 1980 y la ley 599 de 2000.

⁴ PABON PARRA, Alfonso. "El Peculado", Revista de Derecho Penal. Grupo Editorial Leyer, Octubre-Noviembre de 2000.

20
88

Art. 139. - Circunstancias de atenuación 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.

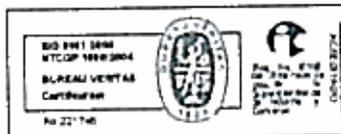
Cuando el reintegro fuere parcial, el juez podrá, en casos excepcionales y teniendo en cuenta las circunstancias previstas en el artículo 61, disminuir la pena hasta en una cuarta parte. "

Lo que da entender el escrito, que si bien no aceptaba los cargos por los cuales estaba siendo investigado, consideraba oportuno reintegrar el dinero a fin de obtener el beneficio, independientemente de la causal que lo justificara.

Reintegro que jurídicamente es entendido como reintegración, pago o devolución, y la reintegración como la restitución y devolución de algo. (Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales, editorial Heliassa).

Así las cosas y como quiera que el pago tiene causa legal como lo fue el proceso penal adelantado ante el Juzgado Quinto Penal del Circuito, en atención a la facultad consagrada en el artículo 139 del Código Penal, vigente para dicha época y por voluntad expresa y no viciada de nulidad, considera este ente de control que tiene sustento jurídico y legal para que ingrese dicho título a las arcas del Municipio; mas aún cuando en la decisión judicial, sentencia del 4 de septiembre de 2007, se establece que no es posible acceder a la solicitud de devolución de los dineros consignados, por que dicha consignación no se hizo en cumplimiento de la sentencia de primera instancia, ya que no buscó con ella cancelar la multa impuesta y por que dicha restitución se hizo en forma libre, voluntaria y a nombre de la Contraloría Municipal de Ibagué, por lo que entonces, el fundamento de un enriquecimiento sin justa causa y un pago de lo no debido se desvirtúa con el simple análisis jurídico de la figura del reintegro y la finalidad querida con el mismo, teniendo la consignación una causa real y lícita, así como que el consentimiento de quien lo efectuó fue libre de error, fuerza y dolo, encontrándose probado la libertad consciente y el carácter compensador de dicho reintegro.

No obstante lo anterior, este Ente de Control considera oportuno poner en conocimiento de la Auditoría General de la República dicha situación, a fin de obtener conceptualización sobre el caso, debido a que esta de por medio recursos que por orden judicial deben entrar al Patrimonio de la Contraloría, constituyéndose así en públicos y que de tomar cualquier decisión al respecto ya sea para que



4
99

ingresen a la Entidad o al Municipio, o para que le sean devueltos, podrían generar consecuencias adversas para quien decida sobre los mismos.

Por las razones expuestas no es procedente hasta que se tenga concepto del órgano antes relacionado acceder a su petición de contestar al Juzgado Quinto Penal del Circuito que el título de depósito judicial sea a usted reintegrado y no a la Contraloría Municipal, mas aún cuando de tomarse una decisión a la fecha sería adversa a sus intereses, conforme se expuso anteriormente.

Cordialmente,



Monica Y. Herrera Ceballos
Jefe Oficina Asesora Jurídica

JUZGADO QUINTO PENAL DEL CIRCUITO

Ibaguá, treinta y uno de agosto de dos mil uno

ASUNTO

Finalizada la etapa de juzgamiento con la práctica de la audiencia pública dentro de este proceso que se sigue contra JORGE ELBAZAR DEVIA ARIAS, acusado por los delitos de PREVARICATO POR ACCIÓN y PECULADO POR APROPIACIÓN, se procede a proferir el fallo que en derecho corresponde, al no evidenciarse causa de nulidad.

HECHOS

Los hechos se remontan en la acusación proferida que el ahora procesado DEVIA ARIAS en su calidad de Contralor Municipal de Ibaguá en los años 1998 y 1999 ordenó el reconocimiento y pago de viáticos en su favor y del conductor adscrito a su Despacho, con ocasión a las especializaciones que cursó durante esos mismos años en la ciudad de Bogotá, las cuales ascendieron a las sumas de \$7.739.200 y \$7.350.000, respectivamente. Anímicamente, la selección que dicho funcionario hizo de sí, para ser beneficiario del estiraje de capacitación y en consecuencia, el pago de la matrícula correspondiente a la especialización cursada en el citado año 1999, en cuantía de cinco millones quinientos mil pesos.



IDENTIDAD DEL PROCESADO

Se encuentra plenamente individualizado e identificado como JORGE ELBAZAR DEVIA ARIAS, hijo de Luis Jorge y de Alicia, nacido en el Quumo, Tolima, el 15 de julio de 1956, casado, profesión abogado, Contralor Municipal de Ibaguá para la fecha de los hechos, residente en la carrera 6a #7a-05 Barrio La Pola en esta localidad, actualmente en el municipio del Quumo en la carrera 10 #10-42 y con c.c. #

561 43

2.

101

ALEGATOS DE LOS SUJETOS PROCESALES

Intervinieron en el acto de la audiencia pública, así :

1. FISCAL: Sustenta la acusación en los mismos términos del pliego de cargos. Solicita que se profiera sentencia condenatoria contra el doctor JORGE ELIZABAR DEVIA ARIAS, porque considera que se satisfacen las exigencias para ello, toda vez que -dice- las conductas típicas que se le imputan resisten todo el reproche de antijuricidad, porque con la realización del tipo penal de prevaricato, se ha vulnerado el interés que el Estado tiene en que las decisiones oficiales de sus representantes se ajusten a la legalidad vigente. Y, al desconocerse por parte del Contralor lo normado por el D.R. 1990 de 1973, D. 1042 de 1976, Ley 443 de 1993 y D. 1567 de 1993 y Decreto 100 de 1990 (Estatuto de Personal para los Empleados Públicos del Municipal de Ibagué), contrarió su deber jurídico de actuar conforme a derecho, deber jurídico que estaba obligado a observar tanto para él como para cualquier empleado al servicio del Estado que fuera beneficiario de una comisión de estudios, del pago de matrícula por concepto de educación formal y el reconocimiento y pago de viáticos. Y con la creación del tipo legal de peculado, obviamente se ha menoscabado la fidelidad del funcionario en el manejo del presupuesto público y por su puesto se ha afectado materialmente el patrimonio del Estado al ordenar cancelar unos dineros por concepto de viáticos y un estímulos sin causa legal respecto del primero y en contravía de los procedimientos establecidos por la misma, para el segundo.



Sobre la responsabilidad penal considera que el ahora enjuicado tenía pleno conocimiento sobre la improcedencia del pago de viáticos por comisiones de estudio, asimismo, sobre la diferencia existente entre seminarios y cursos cortos de actualización y la capacitación que involucra la educación formal a la que estuvo adscrito y para la cual se separaba transitoriamente de sus deberes durante el tiempo necesario para tal fin.

Precisa que los seminarios y cursos cortos de actualización que originaron el pago de viáticos relacionados en los folios que en párrafo que antecedió trajo en oída, no tuvieron y no pueden tener objeción alguna desde el punto de vista penal, como sí la tiene

44 562
30
102

para los seminarios a los que de manera continua asistía.

Sustenta lo anterior con el testimonio de la doctora MARIA DOLLY PEDRAZA DE ARENAS, que a interrogantes al respecto respondió "no me consta que el Dr. Devia haya sido llamado o haya participado en cursos de inducción". Luego sobre a quién correspondía de sufragar los gastos por participación o asistencia a los cursos de inducción o los de post grado, dijo: "Los cursos de inducción por ser obligatorios son gratuitos, el post grado debe ser sufragado por el alumno quien en algunas oportunidades obtiene ayuda de la propia entidad o algunas veces créditos personales".

Hace hincapié en que en esta oportunidad estamos frente a un verdadero concurso real y no aparente, toda vez que el Contralor Municipal al proferir las resoluciones ordenando las condiciones de estudio para asistir a su capacitación formal, resoluciones expedidas con abierto desconocimiento a las normas que regula el sistema de estudios y la capacitación agotaba la conducta que recoge el prevaricato; y al elaborarse las cuentas de pago suscritas por el ordenador, el jefe de presupuesto y tesorero, que finalmente giraba las sumas ordenadas pagar, única forma de acceder a los viáticos indebidos, obviamente agotó de manera autónoma e independiente el peculado.

2. Procuradora Judicial Penal XL-101. Coadyuva la petición de la señora Fiscal, que se profiera sentencia condenatoria en contra del inculcado doctor DEVIA ARENAS por los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación en concurso homogéneo y heterogéneo. Hace un esbozo de los hechos y normas legales que contrarió el proceso de al expedir los actos administrativos que le permitieron adelantar sus estudios de especialización durante los años 98 y 99 en Bogotá y a la vez el reconocimiento y pago de viáticos por razón de esos estudios en su favor y del conductor asignado a su Despacho para que lo transportara durante el tiempo que los realizaba.

3. Apodera de la Parte Civil. Expone que comparte en un todo los planteamientos traídos por las señoras Fiscal y Procuradora, pues, como es de conocimiento y es un hecho cierto e indiscutible el señor Contralor Devia Arias, ordenó un reconocimiento y pago de dos especializaciones en la ciudad de Bogotá, durante los años 1998 y 1999



45 563

103 40

1950 de 1963 que establece que solamente se podrá conferir comisión pa-
 ra fines que directamente interesen a la administración pública, y de
 más normas que a continuación indica, concluyendo, que si bien es cier-
 to, los servidores públicos tienen derecho a recibir capacitación, es-
 ta no es único ni absoluto, porque existe reglamentación al respecto
 como es el caso del Decreto 100 de 1990. Además, se debe diferenciar
 la capacitación y lo que es estímulo de los servidores públicos, en
 tal, agrera, que en el artículo 4º del Decreto 1567 de 1998, se deter-
 mina la exclusión de la educación formal del régimen de capacitación
 por cuanto esta hace parte de la educación de los programas de bienen-
 tar social e incentivos. De otro lado -expresamente-, se discute el se tra-
 ta de una comisión de servicios o una comisión de estudio, lo que pa-
 ra el presente caso -entonces- se estableció que se trata de una comi-
 sión de estudio, pues así quedó plasmado en los actos administrativos
 que para el efecto se expedieron, y en realidad se desplazaba a recibir
 capacitación, sin embargo, no se evaluó como se dijo antes para estable-
 cer los requisitos mínimos que se requerían para su otorgamiento, tales
 como el tiempo mínimo de servicio en la entidad y la calificación satis-
 factoria, máxime que siendo el jefe del control fiscal y financiero de-
 bería tener el conocimiento. En cuanto al pago de los viáticos enfatiza
 que si bien es cierto existía el rubro para la capacitación, no se com-
 padece la actitud del señor contralor que al tener conocimiento de la
 situación de orden presupuestal por la que atravesaba el ente de con-
 trol, se autorizara con tan alto costo la capacitación y pago de los viá-
 ticos. A lo que se suma, que los funcionarios de nivel directivo están
 excluidos de la capacitación formal y de los incentivos educativos. Pun-
 tualiza que la Contraloría dictó recientemente una decisión de responsa-
 bilidad fiscal en cuantía de \$28.657.877.000 a cargo y bajo la presunta
 responsabilidad del doctor JORGE ELEAZAR DEVIA ARIAS, en calidad de Con-
 tralor Municipal. Concluye que es claro para la Parte Civil que la con-
 ducta del Contralor iba dirigida a obtener beneficios de índole personal
 sin tener en cuenta los requisitos exigidos y la misma situación presu-
 puestal de la entidad, no se compadece -agrega- de que siendo el jefe
 del organismo de control debería dar ejemplo de austeridad y de manejo
 de los recursos del ente, para poder actuar con autoridad moral frente
 a sus vigilados. Solicita que se condene al doctor DEVIA ARIAS, al pago
 de los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) por el da-
 ño que fue objeto la Contraloría Municipal, por el otorgamiento de la



co para mi defensa", pero, aclara, que sin perjuicio de los argumentos, razones, criterios y alegatos que ha venido presentando y presentará su defensor. El cual entro por escrito junto con los anexos que se relacionaron, y leyó en el acta:

Analiza y controvierte cada uno de los fundamentos legales basamento de la acusación, así :

• Decreto 100 de 1990 que contiene el Estatuto de Personal de los Empleados del Municipio, trae textualmente los artículos 1º y 2º, para concluir que su campo de aplicación está restringido o limitado a los organismos de la administración central, encontrándose excluidos de dicho estatuto los organismos autónomos de control como es el caso de la Contraloría Municipal que ejerce el control fiscal, al no estar mencionado de manera expresa.

• Acuerdo 085 de 1994, aduce que la materia que regula no tiene nada que ver con el caso sub-judice, que además pasó a hacer parte integral del presupuesto de la administración central municipal para la vigencia fiscal de 1995, lo que equivale a decir que expiró hace cinco años.

• Acuerdo 001 de 1999 cinto en el folio 159 de la providencia acusatoria, no coincide con el relacionado en el numeral 4 del acápite -disposiciones de carácter municipal-, pues en este se refiere a su el 001 de 1998 supuestamente visible en el anexo 6, no ofreciendo la suficiente certeza y claridad sobre cual es la norma que pretende aplicarse. Precisa que el 001 de 1999 expedido por el H. Concejo Municipal en virtud de las facultades otorgadas por la Ley especial de Régimen Municipal 136 de 1994, no remite tampoco de manera expresa, o directa al Decreto 100 de 1990, como lo entiende la señora Fiscal.

• Acuerdo 001 de 1999, artículo 40, que trata sobre viáticos y remuneración mensual del Contralor, considera que su verdadero sentido significa, que quise la Corporación equiparar el monto o tarifa de viáticos del Contralor con los del Alcalde. Y no el de regular clases de comisiones a las que se refiere el Decreto 100/90, que reproduce el Decreto 1950/73 como lo entiende la Fiscalía. Que dicho acuerdo 001/99 no derogó en lo pertinente a clases de comisiones, definición de viáticos y gastos de viaje cuyo régimen para la Contraloría contiene el Acuerdo 044/92.



47
105 6s
565

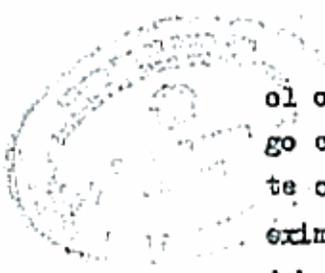
violación. Pero, sin embargo -dice- ambos preceptos le sirven como fundamento de la absolución, porque el primero refuerza la validez del derecho de educación, formación, capacitación y adiestramiento y la correspondiente recepción de viáticos con ocasión de esas actividades que realizó, puesto que sus artículos 12 y 13 mantienen vigencia por no contrariar el Acuerdo 001/99. En cuanto al segundo, no es aplicable a la Contraloría Municipal y además no trata de materia relacionada con la presente controversia y su vigencia fue por un año.

Los Decretos 1042 de 1978 y 1950 de 1973, considera improcedente su aplicación directa para el caso sub lite por cuanto fueron expedidos para regular la administración de personal de las entidades públicas del orden nacional. Además es improcedente su aplicación indirecta, porque como ya dejó visto y aclarado el Decreto 100/90 no es aplicable a la Contraloría.

Aduce que como lo sostuvo en la indagatoria, el artículo 184 de la Ley 136 de 1994 le otorga el derecho a la capacitación como servidor público, y además cuenta con el respaldo de un concepto de la Sala de Consulta del H. Consejo de Estado No. 908 de 1997, del cual se queja ni siquiera ha merecido un comentario mínimo por parte de la Fiscalía o de la Procuraduría, cuando fue el fundamento para haber ordenado los gastos objetados, es decir, los viáticos y órdenes de trabajo en favor de la Universidad Externado y la E.S.A.P.

Alega que, así como está demostrando que no hubo prevaricación porque los fundamentos legales base de la acusación no son aplicables en la presente situación, tampoco puede haber como consecuencia el peculado que se le endilga en razón a que no existe prohibición legal para que se hubiera ordenado dichas relaciones de viáticos tanto para él, como para el conductor.

Precisa que "GASTO" no equivale a "PAGO", y que si bien es el ordenador del gasto el que autoriza el servicio, el ordenador del pago es el Secretario General a quien ha sido delegada la función, en este caso, mediante Resolución No. 0084 de junio 1/98, en cuyo artículo 2º exige al Contralor como delegante y precisa que es el delegatario quien debe verificar el cumplimiento de las obligaciones contraídas y los requisitos exigidos para el pago de los mismos.



Concluye "Todo lo anterior es demostrativo que no actúo

48
106 566
75

obtener aprovechamiento de esos dineros recibidos por concepto de viáticos, pues siempre tuve la convicción de estar obrando correcta y legalmente y que el visto bueno del Jefe de la Oficina Jurídica me daba la confianza y la seguridad de tener derecho de recibir viáticos y además actué con la conciencia honesta y segura de estar obrando conforme a derecho y nunca desee infringir las leyes o normas administrativas ni mucho menos la ley penal".

Finalmente solicita que se le absuelva de los cargos imputados, porque de acuerdo con todo lo analizado no se cumplen las exigencias para dictar fallo condenatorio como exige nuestro sistema y ordenamiento jurídico penal.

5. Defensor del procesado: Dice que por metodología acostumbra a entregar su alegato con intervención oral por escrito. Precisa que retoma en su totalidad el análisis que donde el punto del derecho administrativo ha realizado su defendido.

Respecto de la posición de la Fiscalía la controversia dice que no es cierto que se hubieran violado normas de carácter nacional o local pues muchas de ellas no se aplican en el presente caso. Se ha venido aplicando una normatividad que no rige la materia de los contralores municipales, que además se lo está dando el carácter de cargo de carrera administrativa, con todas las connotaciones jurídicas, al cargo de contralor, siendo este un cargo de período fijo que no se somete al régimen de carrera, dándose la inaplicación en el campo municipal y concretamente, para el Contralor, las normas establecidas en la Ley 443 de 1998 y en el Decreto 1950 de 1973 y Decreto 1042 de 1978, como se ha sostenido, además las normas de carácter municipal no se le aplican como lo pregona la Fiscalía porque en algunos casos están derogadas y en otras se invocan normas de la administración central que no se aplican a dicho ente.

Seguidamente hace un amplio análisis sobre los fundamentos de hecho y de derecho basamento de su alegato referido a los preceptos que se le imputa a su defendido transgredió; respecto a cada uno de los punibles enilgados; el concurso; el núcleo del error sobre el tipo que excluye el dolo de su apoderado, y concluye con la petición de solicitar la absolución de su defendido, pues -aduce- de acuerdo con todo lo analizado no se cumplen con los requisitos para dictar sentencia condenatoria como lo exige nuestro ordenamiento procesal penal, cuando pres



49 58
107 83

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Son dos las conductas por las que el doctor JAMES ELIZABAR DE VIA IGLESIAS fue vinculado mediante indagatoria, se le definió la situación jurídica imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva domiciliaria y, se calificó el mérito probatorio preferido resolución de acusación, las cuales se concretan en los siguientes hechos reseñados en estos términos en la acusación:

1.º Haber ordenado el reconocimiento y pago de viáticos en su favor y del conductor adscrito a su Despacho, con ocasión a las especializaciones que cursó durante los años 1998 y 1999 en la ciudad de Bogotá, viáticos que ascendieron a las sumas de \$7.739.200 y \$7.350.000, respectivamente, y

2.º La selección que hizo de sí mismo, para ser beneficiario del estudio de capacitación y por consiguiente, el pago de la matrícula correspondiente a la especialización cursada en 1999, en cuantía de \$5.500.000.

Considera el ente acusador que esos hechos se adecuan a las descripciones legislativas contenidas en los artículos 19 y 28 de la Ley 190 de 1995, que en su orden modificaron los artículos 133 del "PECULADO POR APROPIACION" y 149 del "PREVARICATO POR ACCION" del Código Penal vigente para la época.

Se afirma que la materialidad de dichos delitos se acredita con la orden de trabajo y las cuentas de pago para cancelar la matrícula correspondiente a la especialización realizada en la Escuela Superior de Administración Pública ESAP en Bogotá en el año 1999 y, con las resoluciones por medio de las cuales ordenaba el pago de viáticos en su favor y de su conductor para atender dichos estudios de especialización y otros en el año 1998 pero de carácter no formal. Documentos que se encuentran en los cuadernos anexos 1 y 2 del expediente.

SD 568
108 93

1950/73 y 68 y 72 del D. 1042/78 y. (no) Y como evidente, que las resoluciones que reconocieron y ordenaron las comisiones de estudio y el pago de viáticos se proferieron en contrariedad con las normas en cita, podemos decir una vez más, que el presupuesto de tipicidad respecto del prevaricato por acción está acreditado". (fol. 154 rev. C.2)

Pues bien, la sanción típica de esta conducta punible surge desde el punto de vista objetivo que la resolución sea ostensiblemente contraria a la ley, es decir, manifiestamente opuesta a la solución jurídica que impone el derecho vigente para el caso concreto y que el funcionario está en la obligación de aplicarlo. (Cas. Penal, Sentencia de 9 agosto 1989, Mag. Pon. Alfonso Reyes Echandía)

Tenemos que la Fiscalía considera que el entonces Contralor Municipal no confirió una comisión de estudios sin el lleno de los requisitos exigidos en los preceptos ya mencionados, concretamente en el artículo 224 que son de antigüedad y calificación de servicios; artículo que a la vez no contempla el reconocimiento y pago de viáticos para esa clase de comisiones, porque este pago se encuentra expresamente prohibido en el artículo 68 del Decreto 1042 de 1978.

El procesado y su defensor en sus diferentes intervenciones hasta llegar a los alegatos presentados en la vista pública, se refirieron en que el primero de ellos en su calidad de Contralor Municipal en el momento de expedir la "CUENTA DE CORRO-ORDEN DE PAGO" para cancelar la matrícula para hacer la especialización en la ESAP, tuvo la intención de conferirse una "COMISION DE ESTUDIOS" que lo que se confirió fue una "COMISION DE SERVICIOS" que al dar lugar al pago de viáticos y gastos de transporte como lo lesmos en el artículo

220. Aunque a una vez alega que el citado Decreto Municipal 100 no rige para los empleados de la Contraloría Municipal de Ibañeta, pues este solo aplica el Estatuto de Personal para los Empleados Públicos del Municipio, asimismo, que los Decretos 1950 y 1042 solo son aplicables para los empleados del orden nacional.



Al respecto podemos observar en el citado Decreto Municipal 100 que se aplicó el principio de la "Jerarquía Normativa" que consiste en que "No todas las normas jurídicas de un ordenamiento tienen la misma jerarquía. Existe entre ellas una estratificación, de modo que las normas dependientes deben su fuerza en su forma y en

de 2000, Corte Constitucional)

En por ello que en lo pertinente trajo textualmente lo previsto en los citados Decretos 1950 y 1042, y en cuanto al es aplicable (100) a Los empleados de la Contraloría Municipal de Ibagué, estima este Despacho que así, toda vez que el Acuerdo 001 del 13 de enero de 1998 que dicta normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría Municipal de Ibagué, su artículo 37 remite al aludido Decreto 100 al decir que " Los empleados de la Contraloría Municipal de Ibagué son empleados del orden municipal y por consiguiente tendrán las mismas garantías sociales, prestaciones económicas, legales y las establecidas mediante Acuerdos o que se llegaran a establecer para los empleados al servicio municipal de Ibagué". Por tanto, pese a que las Contralorías por su naturaleza no hacen parte de la Rama Administrativa, en cuanto a su organización interna no se puede predicar esa independencia o autonomía frente a los entes territoriales.

Ahora, debemos establecer si en lo que respecta a la comisión de estudios que en el Decreto 100 se encuentra regulada en el Capítulo VI bajo la denominación de "SITUACIONES ADMINISTRATIVAS", sus normas también rigen para el Contralor como funcionario de nivel directivo. Retomando el artículo 224 donde se hacen las exigencias para poder conferir dicha comisión, que son de antigüedad y calificación satisfactoria de servicios, debemos concluir que ésta solo está prevista para los empleados escalafonados en carrera administrativa que exige que el empleado sea nombrado sin solución de continuidad y, en bido es que el Contralor es un funcionario de elección para período fijo. En decir, en lo pertinente a comisión de estudios el artículo que se le imputa al doctor DEBIA ARIAS utilizó ilicitamente para hacer la especialización, no estaba obligado a observar.



El procesado como lo reconoce la señora Fiscal, es una persona experimentada en el servicio público y con amplios conocimientos del derecho administrativo, por tanto se hace creíble su dicho que no fue su intención conseguirse una comisión de estudios, pues sabía que legalmente le estaba vedada por sus mismos requisitos ya vistos.

Sin embargo, lo anterior no quiere decir que su conducta no

110 570
112 52

se concreta la imputación, porque como ya quedó establecido, el funcionario por ser de elección para un periodo fijo, no estaba obligado a aplicarse

Por tanto, es de recibo la tesis que han esbozado procesado y defensor en cuanto a la aplicación indebida de la ley Tomando en cuenta que el prevaricato es un tipo penal en blanco porque para su configuración remite a otros ordenamientos jurídicos. Aquí podemos traer un párrafo de los alegatos de la defensa extraído del texto "La Ley Penal en Blanco" de Enrique Gury, que dice :

" "Si se quiere verificar la medida en que los tipos penales originados por la Ley en Blanco satisfacen las exigencias del principio de tipicidad, es indispensable precisar por representarse su contenido exacto." Para ello no basta con acoplar simplemente esa ley en blanco con las disposiciones complementarias, y que es necesario transformar la norma contenida en la disposición complementaria, invirtiendo su sentido para convertirla en contenido del respectivo tipo." (obra citada, page. 89 y ss) "

Así las cosas, ante la atipicidad de la conducta imputada de prevaricato por acción, se absolverá al procesado JORGE ELEAZAR DE VIA ARIAS de estos precisos cargos formulados por la Fiscalía General de la Nación, representada en esta oportunidad por la Fiscal 15 de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de esta Seccional, y así se resolverá

DEL PROULADO POR APROPIACION

En lo que respecta a esta conducta punible tenemos que es un hecho plenamente demostrado que el doctor JORGE ELEAZAR DEVIA ARIAS, en el periodo en que se desempeñó como Contralor Municipal de Ibagué, se ordenó el pago de una especialización en Alta Dirección del Estado en la Escuela Superior de Administración Pública ESAP en Bogotá, cuya matrícula tuvo un costo de \$5.500.000, e igualmente, en forma periódica se ordenó reconocer y pagar para sí y para el conductor a su servicio, viáticos y gastos de viaje durante los años 1998 y 1999, para efectos de asistir en el primer año a diferentes clases de capacitación y en el segundo a la especialización ya dicha



Nacional y por conducto de él toda la administración pública colombiana en materia administrativa precisamente en énfasis en el tema que nos ocupa en este proceso, puntualiza en su alegato presentado por escrito en la audiencia pública. (pág. 64)

En la etapa de Juzgamiento fueron llamados a declarar los doctores JAIRO ARROYO LEAL y JOSE EULIENSHENGO CAJONDO, quienes laboraron en la Contraloría Municipal de Ibagué en el mismo período en que se desempeñó como Contralor el doctor DEVIA ARIAS, en su orden como Jefe de la Oficina Jurídica y Jefe de la Oficina Asesora de Control Interno, quienes lo corroboran en cuanto a que para ordenar el pago de la conebida matrícula y conaguiante pago de viáticos para él y su conductor, se apoyaron en la Ley 136 y en el Concepto 0908 del Consejo de Estado.

Al analizar en este pronunciamiento el pumible de prevaricato se aceptó la posición del procesado que en su voluntad no se configuró la "comisión de estudios" al conferirse la capacitación especializada considerada de carácter formal, sino que estimó que se trataba de una "comisión de servicios".

El ya traizado Decreto N.º 100 que con certeza rige para el personal de la Contraloría Municipal de Ibagué, en su artículo 217 contempla las diferentes clases de comisiones y en el inciso a) trata sobre la de servicios, "para ejercer las funciones propias del empleo en un lugar diferente al de la sede del cargo, cumplir misionen especiales conferidas por los superiores, asistir a reuniones, conferencias o seminarios, o realizar visitas de observación que interesen la Administración (sic) y que se relacionen con el ramo en que presta sus servicios el empleado". Y, en el 220 dice que "la comisión de servicios hace parte de los deberes de todo empleado y no constituye forma de provisión de empleos. Puede dar lugar al pago de viáticos y gastos de transporte".

Por tanto, mal podía el señor Contralor configurar su capacitación en una "comisión de servicios" para justificar el pago de la matrícula y de los viáticos para él y para su conductor.

En el referido Concepto 908 se tuvo en cuenta precisamente entre otras normas legislativas, la Ley 136, y en una de sus aclaraciones



capacitación con base en la investigación de necesidades y atención de prioridades, para lo cual tendrán la asesoría del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la Escuela Superior de Administración Pública (artículo 5º)". (negritas en el texto)

Lo anterior nos remite al Decreto 1567 de 1998 "por el cual se crea el sistema nacional de capacitación y el sistema de estímulo para los empleados del Estado", y en el artículo 4º que trae la "Definición de capacitación", en su parágrafo trata sobre la "Educación formal" así: "la educación definida como formal por las leyes que rigen la materia no se incluye dentro de los procesos aquí definidos como capacitación. El apoyo de las entidades a programas de este tipo hace parte de los programas de bienestar social e incentivos y se regirá por las normas que regulan el sistema de estímulos".

En el inicio del acto de la audiencia pública al ser interrogado el doctor DEVIA ARENAS expresó que la capacitación que realizó en la ESAP es un programa expresamente contemplado en la Ley 489 de 1998, como programa bandera del Estado para la formación, capacitación y adiestramiento de los altos funcionarios del Estado, que tiene un alto contenido dirigido a la Gerencia Pública, a la resolución de conflictos, etc., y a renglón seguido se justifica diciendo que con fundamento en esos conocimientos que se transmitieron al personal directivo de la Contraloría, en otras cosas, se pudo realizar el balance social sobre la administración pública de Bogotá. (f.276 ss)

Aquí cabe traer el testimonio de la doctora MARIA DOLLY PEDRAZA DE ARENAS, recepcionado a petición del procesado, por ser verecunda en la función pública y haber sido Directora de la Escuela de Alto Gobierno, donde conoció al doctor DEVIA como estudiante, quien al ser concretada sobre "a quien corresponde sufragar los gastos por participación o asistencia a los cursos de inducción o a los cursos de pos grados", respondió: "Los cursos de inducción por ser obligatorios son gratuitos, el pos grado debe ser sufragado por el alumno quien en algunas oportunidades obtiene ayuda de la propia entidad, o algunas veces créditos personales". Mas adelante en su otra respuesta ilustra que la citada Ley 489 que exige capacitación para la alta gerencia, señala que los programas de alto gobierno se realizarían de acuerdo con la reglamentación del gobierno nacional, y esa reglamentación "aún no se ha dictado, ya existe el proyecto en el departamento



113 143 573

Municipal de Ibaguá, capacitación formal por cuenta de la misma Entidad que regía, es decir, haber pagado la matrícula del presupuesto y el haberse comisionado y por consiguiente, ordenado pagar para sí y para su conductor oficial viáticos y gastos de viaje, está plenamente establecido que no lo autorizaba, pues si bien genéricamente trata sobre la capacitación de los servidores públicos, este derecho no es absoluto, pues exige la existencia de una reglamentación para poder acceder a ella, y el parágrafo del artículo 4o del Decreto 1567 al cual ya nos referimos, es claro que en cuanto hace a la "educación formal", debe hacer parte de los programas de bienestar social e incentivos y se debe regir por las normas que regulan el sistema de estímulos, y, está plenamente demostrado que para el sub juico no se cumplió con esta exigencia legal.

En consecuencia, tampoco estaba autorizado para comisionarse y comisionar a su conductor, y por ende, a ordenar el pago de viáticos y gastos de viaje, para trasladarse a la ciudad de Bogotá a capacitarse. Su excusa en que como servidor público la capacitación era parte inherente de sus derechos, y que el uso del vehículo oficial movilizado por el conductor al servicio de su Despacho era indispensable por la misma categoría del cargo y de las consiguientes funciones de policía judicial, que implicaban de "cierta manera riesgo" para estarse movilizandose en bus, bicicleta o taxi en la ciudad de Bogotá, no tiene ninguna relevancia jurídica para exculparlo, no se conoce en el proceso que en verdad hubiera estado expuesto a un inminente peligro.

Tenemos que el delito de peculado no solo consiste en la apropiación indebida de los bienes del Estado, o sea, que atenta contra el patrimonio de éste, sino contra el deber de fidelidad de los servidores públicos encargados de administrar o custodiar los bienes del Estado.



La defensa en su último alegato escrito hace referencia al dolo, tanto en su momento cognitivo como en su momento volitivo o conativo. Este conocimiento agregado debe ser efectivo y actual o actualizable, esto es, el realmente poseído por el agente.

Por la calidad del aquí procesado de la que ya tratamos, que

fringir la Constitución y las leyes. (fs. 245 vrs., 0.1)

El doctor JORGE ELEAZAR DEVIA ARCAS incurrió en una contralindación en el ejercicio de sus funciones, en su carácter de Contralor Municipal de Ibagué, cargo público al que llegó con una amplia experiencia laboral en ese sector (registrada en su hoja de vida), que exigía de sus conocimientos de derecho y del manejo de personal con todo lo que ello implica, por el nivel directivo en que siempre estuvo, por tanto, era experiencia autorizada a este Juzgado a colegir con certeza que tenía el "conocimiento afectivo" que le estaba prohibido conferirse como lo hizo motu proprio la capacitación formal, que no era suficiente que existiera una partida presupuestal, porque para disponer de este rubro debía satisfacer unas exigencias previamente establecidas como lo regula el ya aludido artículo 37 del Decreto 001 de 1999 que contiene normas sobre la organización y funcionamiento de la Contraloría Municipal de Ibagué, y se precisa en el parágrafo del artículo 4o. del Decreto 1567 de 1998, ya conocido.

El Concepto 0908 fundamento del señor Contralor, en una de sus aclaraciones puntualiza que "la ley establece la posibilidad de reconocer viáticos y gastos de transporte a los empleados públicos a los cuales se les otorgan comisiones de servicios y prohíbe los viáticos para las comisiones de estudio, mas no los gastos de transporte, que sí los autoriza (decreto ley 1950 de 1973, arts. 75 a 91 y decreto ley 1042 de 1978, arts, 61, 68 y 71)".

Como ya quedó plenamente establecida la capacitación del señor Contralor Municipal no se la confirió como una comisión de estudios (se creyó en su dicho con base en los preceptos legales que la regulan), pero, tampoco pudo ser una comisión de servicios como él lo expresa para justificar el pago de viáticos y gastos de transporte (esto ya fue ampliamente debatido) personales y de su conductor, por tanto, no contaba con ningún apoyo legal para ordenar y aprovechar para sí y para un tercero esos gastos, pues fue él, quien como



Esto último no permite aceptar su planteamiento de ausencia de responsabilidad, al referirse a la interpretación del Decreto 1567 respecto al rubro que se debía afectar al ordenar el pago de la matrícula de la especialización, culpando a los funcionarios que intervinieron en la elaboración de de la "Cuenta de Cobro - Orden de Pago", porque era él como cabeza de la Entidad y quien se iba a beneficiar el que tenía la obligación de cumplir con las exigencias legales del caso, las cuales -reiteramos- conocía.

Concluyendo, con el consentimiento cierto basado en los anteriores razonamientos probatorios y legales, de la existencia real y objetiva del hecho afirmado en la acusación tipificado como FURTO POR APROPIACION, y de que el acusado JORGE ELEAZAR DEVIA ARIAS lo realizó como autor material, esto es, que se satisficieron las exigencias del artículo 232 del C.P., se preferirá sentencia condonatoria en su contra.

Dicha conducta punible se encuentra descrita como tal en el artículo 133 del Código Penal vigente para la época, denominada FURTO POR APROPIACION, sancionada con prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) a quince (15) años (Ley 190 de 1995, artículo 19)

DE LA INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

El artículo 103 del Código Penal que estamos aplicando, prevé que el hecho punible origina obligaciones de reparar los daños materiales y morales que de él provengan.

Al aquí procesado doctor DEVIA ARIAS se le están imputando unos hechos punibles consistentes en que se apropió en favor suyo y de un tercero de unas sumas considerables de dinero que hacían parte de los fondos públicos de la Contraloría Municipal de Ibagué, aprovechando su cargo de Contralor, es decir, como lo expresa la acusación, se ha de tangible el abuso de poder, materializado en las resoluciones proferidas en contravención a la ley. Los cuales debe reintegrar mediante esta figura de la indemnización de perjuicios, que tiene su origen en el artículo 234 del Código Civil, que establece



58 57
173
116

DE LA CONDENA A LAS PENAS PRINCIPAL Y ACCESORIAS

Atendiendo los criterios para fijar la pena del artículo 61 del Estatuto Punitivo anterior, que vienen aplicando al caso, en concordancia con el 67 ibidem, teniendo en cuenta que obra en favor del procesado JORGE ELIZABAR DEVIA ARIAS la circunstancia de atenuación punitiva de la buena conducta anterior (art. 64-1), se le impondrá la pena mínima que señala la norma penal infringida contenida en el artículo 133 ejusdem, modificado por la Ley 190 de 1995, art. 19, en su primer párrafo, toda vez que la cuantía de lo apropiado excede el monto de los cincuenta (50) salarios mínimos legales para el año 1999 en que finalizó la acción, la cual quedará así:

Seis (6) años de prisión, multa equivalente al valor de lo apropiado, esto es, veinte millones quinientos ochenta y nueve mil doscientos pesos (\$20.589.200.00) m/cte., o interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) años.

Como pena accesoria se impondrá la pérdida del empleo público prevista en el artículo 51 idem, y se enviará la comunicación a la Contraloría Municipal de Ibagué.

DE LA CONDENA EN CONCURSO AL PAGO DE PERJUICIOS

El sentenciado JORGE ELIZABAR DEVIA ARIAS deberá cancelar a la Contraloría Municipal de Ibagué, Tolima, la suma de VEINTE MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS PESOS (\$20.589.200) m/cte., más los intereses legales desde el momento en que se hicieron exigibles, es decir, desde las respectivas erogaciones hasta cuando se produzca el pago, como se solicita en la demanda de constitución de Parte Civil de ese mismo auto (fs. 18 ms., C.2) Esto como indemnización de los perjuicios causados por el hecho punible que se le está condenando y de conformidad con los preceptos precedentemente citados.



59 577
183
117

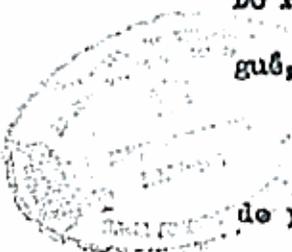
exigencia objetiva, ya que la pena de prisión que se le está imponiendo no exceda los tres años allí fijados como tope.

En consecuencia, se ordenará que pase a la Cárcel Distrital de esta ciudad, para lo cual se le oficiará al Comandante de Policía de la Estación de Guano, Tolima, donde está en detención domiciliaria, y se le tendrá como parte de la pena el tiempo que hasta ahora ha estado efectivamente privado de la libertad. Se expedirá la orden de encarcelación.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Ibagué, Tolima, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

DESCRIPCION

PRIMERO : CONDENAR al imputable JORGE HERRAZAR DEVIA ARIAS, hijo de Luis Jorge y de Alicia, nacido en Guano, Tolima, el 15 de julio de 1956, casado, abogado, con c.c. #5.921.733 y demás condiciones civiles y personales conocidas en autos, a la PENA PRINCIPAL de SEIS (6) AÑOS DE PRISION, MULTA en favor del Tesoro Nacional en cuantía de veinte millones quinientos ochenta y nueve mil doscientos pesos (\$20.589.200.00) m/cte., e interdicción de derechos y funciones públicas durante seis (6) años, en consecuencia, se enviarán las comunicaciones del caso, como autor penalmente responsable del delito de PEDIA DO POR APROPIACION, hecho ocurrido en la Contraloría Municipal de Ibagué, Tolima, durante los años de 1998 y 1999.



SEGUNDO : CONDENAR al mismo DEVIA ARIAS a la pena accesoria de pérdida del empleo público prevista en el artículo 51 del C.P.

TERCERO : CONDENAR al sentenciado JORGE HERRAZAR DEVIA ARIAS a pagar los perjuicios causados a la Contraloría Municipal de Ibagué, en cuantía de veinte millones quinientos ochenta y nueve mil doscientos pesos (\$20.589.200) m/cte., más los intereses legales conforme se...

60
577
193
118

cias del artículo 68 del Código Penal como se expusiera en la parte
motiva. En consecuencia, se solicitará al Comandante de la Estación
de Policía en Guano, Tolima, que lo traslade a la Cárcel Distrital de
esta localidad. Se expedirá la orden de encarcelación.

QUINTO : ABSOLVER al procesado JORGE ELIZABAR DEVIA ARIAS por
todos y cada uno de los cargos de PRIVANIZADO POR ACCION formulados
por la Fiscalía General de la Nación en la resolución de acusación
proferida en este asunto, como se expresó en la parte considerativa.

SEXTO : La pena privativa de la libertad la descontará en el
sitio de reclusión señalado por el JUEFE.

SEPTIMO : Dáse cumplimiento oportuno al artículo 472 del C.P.P.
En firme este fallo se enviará el cuaderno de copias al señor Jefe de
Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad -reparto- competente.

Contra esta decisión proceden los recursos de ley.

COMUNICACION: Para la notificación personal de esta decisión al
procesado JORGE ELIZABAR DEVIA ARIAS en detención domiciliaria en Guano
Tolima, librese Despacho Comisario con los insertos del caso al se
ñor Juez Penal del Circuito de esa localidad.

CONTINUA, NOTIFICACIONES Y COMPTABLES

El Juez,

La Secretaria,

JOSÉ FRANCISCO GARCÍA

DOÑA ANTONIETA HUGONAR SUAREZ

3



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE IBAGUE
SALA DE DECISION PENAL

Magistrado Ponente: ALIRIO SEDANO ROLDÁN.

Aprobada en Acta de la fecha No. 276 /

Ibagué, Mayo veinticuatro (24) de dos mil siete (2007).

VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado y la Fiscalía 15 Seccional de Ibagué, contra la sentencia proferida el 31 de agosto de 2001 por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Ibagué, que condenó a JORGE ELEAZAR DEVIA ARIAS a 6 años de prisión, multa de \$20.589.200.00, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad, a la pérdida del empleo público, al pago de \$20.589.200.00 por concepto de perjuicios a favor de la Contraloría Municipal de Ibagué, y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, al hallarlo responsable como autor del delito de peculado por apropiación. En la misma decisión lo absolvió del delito de prevaricato por acción por el que en concurso homogéneo y sucesivo lo había acusado la Fiscalía.

HECHOS

Sucedieron durante los años 1998 y 1999 cuando el doctor Jorge Eleazar Devia Arias en su calidad de Contralor Municipal de Ibagué otorgó, reconoció y pago a su favor el valor de dos especializaciones realizadas en la ciudad de Bogotá la primera en el

20 2

62

2751

120

en el año de 1999 en la Escuela Superior de Administración Pública – ESAP- esta última por un costo de \$5.5000.00. Para asistir a esos cursos profirió las Resoluciones No. 088, 089, 139, 169, 196, 259, 274, 336, y 349 de 1998 y, 005, 012, 022, 085, 109, 135, 178, 222, 273 y 289 de 1999, mediante las cuales se confirió comisión de estudios y ordenó el reconocimiento y pago de viáticos en su favor y en el del conductor adscrito a su despacho en cuantía total de \$7.739.200.00 en el año de 1998 y, \$7.350.000.00, en el año de 1999.

ACTUACION PROCESAL

1. Con fundamento en las copias compulsadas por la Fiscalía 22 Seccional de Ibagué y las diligencias adelantadas en el curso de la indagación preliminar, la Fiscalía 15 de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública ordenó la apertura de instrucción el 8 de febrero de 2000 y vinculó mediante diligencia de indagatoria al doctor Jorge Eleazar Devia Arias (C.1, fol. 68 y 143). Al resolverle la situación jurídica el 1º de junio de 2000, lo afectó con medida de aseguramiento de detención domiciliaria como presunto autor de los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación (C.1, fol. 200-216). Esta decisión fue apelada por el defensor del procesado, siendo confirmada por la Fiscalía Sexta Delegada ante este Tribunal Superior el 17 de agosto de 2000 (C.2, fol. 36-56).

2. Una vez perfeccionada la instrucción, la Fiscalía calificó el mérito del sumario el 4 de octubre de 2000 con Resolución de Acusación en contra de JORGE ELEAZAR DEVIA ARIAS como presunto autor de los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación en cuantías de \$7.739.200.00, \$7.350.000.00 y \$5.500.000.00, en concurso sucesivo homogéneo y heterogéneo (C.2,

fol. 154-171). Esta providencia quedó ejecutoriada el 12 de octubre de 2000, sin que se interpusiera recurso alguno.

3. La etapa del juicio le correspondió al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Ibagué, quien decretó y practicó pruebas, realizó la audiencia pública en varias sesiones (C.2, fol. 276, 327 y 396) y profirió, el 31 de agosto de 2001, sentencia condenatoria en los términos ya referidos (C.2, fol. 560).

Este fallo fue objeto del recurso de apelación por parte de la Fiscalía 15 Seccional de Ibagué y el defensor del procesado.

Estando en trámite el recurso de apelación, la Sala le concedió al procesado Jorge Eleazar Devia Arias, mediante decisión del 24 de julio de 2002, la libertad provisional por reunir los requisitos exigidos para la libertad condicional (C. Tribunal, fol.90).

LA SENTENCIA RECURRIDA

El juez *a quo* absolvió al procesado de los cargos que la Fiscalía le formulara como autor del delito de prevaricato por acción en concurso homogéneo, por cuanto su proceder no se subsumía en esa hipótesis delictiva. Indicó que la Fiscalía considera que el procesado en su calidad de Contralor Municipal se confirió comisión de estudios a pesar de no reunir los requisitos exigidos en el artículo 224 del Decreto 100 de 1990 en cuanto a antigüedad y calificación de servicios, y no empece que dicha normatividad no contempla el pago de viáticos para esa clase de comisiones, expresamente prohibido, además, por el artículo 68 del decreto 1042 de 1978.

Señaló que el Decreto 100 de 1990 (Estatuto de personal para los empleos públicos del municipio de Ibagué) es aplicable a los empleados de la Contraloría Municipal, pues el Acuerdo 001 del 13 de enero de 1998, que trata sobre la organización y funcionamiento de esa entidad, en su artículo 37 expresamente remite al citado decreto. Sin embargo, el artículo 224 del decreto 100 de 1990, que regula lo concerniente a la "Comisión de estudios", sólo está prevista para los empleados escalafonados en carrera administrativa, condición que no tiene el Contralor Municipal que es un funcionario de elección para periodo fijo; por consiguiente, no estaba obligado a observar esa específica regulación, máxime cuando su intención fue conferirse comisión de servicios.

En conclusión, aunque la conducta del procesado sea reprochable, objetivamente no se le puede imputar el delito de prevaricato por acción por el hecho de que hubiera desconocido el artículo 224 del decreto 100 de 1990, pues, por ser un funcionario de elección para un periodo fijo, no estaba obligado a observar ese precepto.

2. En relación con los cargos que la Fiscalía le elevó al acusado por el delito de peculado por apropiación, indicó que si bien al analizarse la imputación por el delito de prevaricato se había aceptado la manifestación del procesado en el sentido de que su voluntad no había sido la de conferirse "comisión de estudios" para efectuar la capacitación especializada de carácter formal, sino que estimó que se trataba de una "comisión de servicios", dada la forma como los artículos 217 y 220 del decreto 100/98 regulan esta situación administrativa, mal podía el Contralor configurar su capacitación en una "comisión de servicios" para justificar el pago de las matrículas y

Indica que la legislación en que se escuda el procesado no lo autorizaba para haberse conferido *motu proprio* como Contralor Municipal capacitación formal por cuenta de la misma entidad que regía, es decir, para pagar la matrícula del presupuesto y pagarse a sí mismo y a su conductor oficial viáticos y gastos de viaje, pues el derecho de los servidores públicos a la capacitación no es un derecho absoluto sino que exige la existencia de una reglamentación para poder acceder a ella conforme a las previsiones del artículo 4 del decreto 1567 de 1998.

En consecuencia, no estaba autorizado el procesado para comisionarse y comisionar a su conductor y, por ende, para ordenar el pago de viáticos y gastos de viajes a la ciudad de Bogotá para recibir capacitación, por lo que incurrió en el delito de peculado por apropiación, que consiste no sólo en la apropiación indebida de los bienes del estado, sino también en la violación del deber de fidelidad de los servidores públicos encargados de administrar o custodiar los bienes públicos.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

1. La Fiscalía 15 de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública solicita la revocatoria de la absolución proferida a favor del procesado respecto del delito de prevaricato por acción, y se le condene igualmente por esa conducta delictiva.

Señala que la atipicidad que se predica en el fallo impugnado no se compecece con los hechos ni con el derecho. Lo primero, porque en las múltiples resoluciones que profirió el procesado en su condición

las cuales se comisionó para adelantar un proceso de capacitación y comisionó a su vez al conductor oficial, se indica expresamente, como se puede advertir por ejemplo en la Resolución No.0089 del 8 de marzo de 1998, que su finalidad era la de atender un "proceso de capacitación en la Universidad Externado de Colombia", porque obviamente tenía el conocimiento que la actividad para la cual se comisionaba no clasificaba como comisión de servicios.

Agrega que la orden de pagar viáticos a favor del Contralor por concepto de capacitación es ilegal y por lo tanto el acto administrativo que la contiene es contrario a las normas que regulan las situaciones administrativas porque el Contralor no estaba en comisión de servicios, única situación que genera pago de viáticos habida cuenta que para atender capacitación formal no hay lugar al pago de éstos, por expresa prohibición de la ley.

Indica que las consideraciones del Juzgado para absolver por el cargo de prevaricato no se compadecen con las previsiones del artículo 6º de la Carta Política, que prescribe que los servidores públicos sólo pueden hacer lo que estrictamente está permitido por la Constitución Nacional, las Leyes o Reglamentos. Además, el Contralor actuó en contravía de las disposiciones que regulaban las comisiones o permisos de estudios, contenidas en normas de carácter nacional y local: el D. L. 2400 de 1968, D. R. 1950 de 1973, D. 1042 de 1978, Ley 443 de 1998, D. R. 1567 de 1998 y Acuerdo Municipal No. 100 de 1990, así como los Acuerdos que han regido la Contraloría Municipal desde 1992, como son el 044 de 1992, 121 de 1993, 084 de 1994 y 001 de Enero de 1999, en los que siempre se definió como viático la asignación que se reconoce al emplear en comisión de servicios para compensar los gastos ocasionados en el ejercicio de

la sede habitual de su trabajo (Art.12 Acuerdo 044/1992), como también se establecía y se establece que los viáticos y gastos de viajes para los funcionarios de la Contraloría Municipal se adoptarían de acuerdo a lo establecido por la administración central (Acuerdo 121/93, Acuerdo 085/94, Acuerdo 001/99-visibles al folio 30 anexo 6).

Concluye señalando que si el Contralor desconoció las normas que regulan la situación administrativa de *comisión de estudio*, las cuales prohíben el pago de viáticos para las comisiones de estudio, debe inferirse que al expedir las resoluciones para comisiones de estudio y ordenarse el pago de viáticos por ese concepto, el Contralor desconoció abiertamente las normas que disciplinan esos procesos o situaciones administrativas, enmarcando con ello su proceder en la descripción típica del prevaricato por acción.

Luego de analizar las normas sobre el derecho a la capacitación, termina señalando que no hay duda sobre el carácter antijurídico y doloso de los comportamientos desplegados por el Contralor Municipal de Ibagué, consistentes en la expedición de las citadas resoluciones para adelantar procesos de capacitación, por cuanto el Decreto 1567 de 1998, reglamentario de la ley 443/98, crea y define el sistema nacional de capacitación y en el párrafo del artículo 4 en forma expresa indica que la educación formal, como lo son los estudios de postgrado adelantados por el procesado por cuenta del erario, está excluida de los procesos de capacitación. Luego, no hay duda que el comportamiento desplegado por aquél se enmarca en la hipótesis criminosa de peculado por acción, cometido en concurso con el de peculado por apropiación. Con apoyo en Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia asegura que no es cierto que el delito de peculado subsuma al de prevaricato por acción por lo que es

27A
68
126

perfectamente viable el concurso real de dichos comportamientos delictivos.

2. El defensor del procesado Jorge Eleazar Devia Arias asegura que no le asiste razón a la Fiscalía en apelar de la absolución por el delito de prevaricato por acción, como tampoco al juzgado en condenar a su defendido por el delito de peculado por apropiación, por lo que solicita se confirme la absolución por el primer delito y se le absuelva por el segundo. Estos son sus argumentos:

2.1. Estima que el comportamiento referido a la expedición de las resoluciones que ordenaron las comisiones y viáticos que aquí se le reprochan al procesado no es punible por falta de tipicidad absoluta, por cuanto no se puede afirmar, como lo hace la Fiscalía, que esos actos administrativos sean contrarios a los decretos 1950 de 1973 (Art.82), 10 42 de 1978 (Art.68) ni a la ley 443 de 1998, por cuanto los citados decretos son de carácter nacional y se aplican sólo a los funcionarios de la rama ejecutiva a nivel nacional y en modo alguno a los de la entidades territoriales y menos a los de la Contraloría Municipal, que es una entidad autónoma, correspondiéndole al Concejo Municipal determinar la estructura de la administración municipal, fijar las funciones de las dependencias, las escalas de remuneración, etc. y, la remisión que hace el parágrafo segundo del artículo tercero de la ley 443/98, únicamente es aplicable a los empleados de la Contraloría Municipal que pertenezcan al sistema de carrera, pues los de libre nombramiento y remoción, así como para los altos funcionarios del Estado se rigen por las normas de la ley 489 de 1998.

2753
69
127

han cuestionado no tenían como fundamento legal ni se encuentran reguladas por las normas invocadas por la Fiscalía como complemento del tipo penal de prevaricato por acción imputado al procesado.

En consecuencia, no puede predicarse que las resoluciones cuestionadas fueran "manifiestamente ilegales", máxime cuando las normas que se indican como violadas no son aplicables a la presente situación.

Insiste en señalar que el Contralor nunca se confirió comisión de estudios, sino de servicios con fines de capacitación, dado que no existió retiro temporal del servicio y los programas tomados por el procesado no corresponde a los niveles de educación formal determinados en la ley 115 de 1994 (Art.11) y por ello las comisiones nunca se confirieron por término mayor a los fines de semana.

Asegura además, que este tipo penal exige para su configuración el pleno conocimiento por parte del sujeto agente de la manifestación ilegal del acto, esto es, a sabiendas de su contrariedad con la ley, con clara conciencia y pleno conocimiento de su carácter ilegal. Por consiguiente, no se le puede endilgar ese delito al acusado, pues como lo asegura en su indagatoria, él tomó la capacitación teniendo en cuenta las disposiciones de carácter municipal.

2.2. En relación con el delito de peculado por apropiación, asegura que por éste no se le puede deducir responsabilidad penal a su defendido por cuanto jamás se aprovechó para sí o para un tercero de bienes del Estado. En este caso no hubo apropiación indebida ni

de la Contraloría existía el rubro de capacitación y el gasto se realizó con base en una disposición legal, cual es la ley 136 (Art. 184), por lo tanto la erogación resulta válida.

Indica que por inmoral que parezca el pago de viáticos al conductor, no puede calificársele de punible pues su función es la de transportar al Contralor, y en este caso debía trasladarse a recibir capacitación a otra ciudad, sin que se le pueda exigir la demostración de la norma que autorizara esos traslados.

Afirma que dicho comportamiento es atípico por ausencia del elemento subjetivo, pues es evidente que realizó los pagos que se le reprochan con el convencimiento de que le estaba permitido hacerlo, esto es, que en su obrar se estructura el llamado error de tipo, en cuanto creyó que su actuar se ceñía a la normatividad vigente y por lo tanto no constituía delito alguno. Insiste en señalar que no basta la objetividad del hecho punible para residenciar en juicio, sino que es menester además acreditar la culpabilidad de la acción, circunstancia que no se puede predicar en el presente asunto, toda vez que como lo ha señalado repetidas veces el procesado él no tenía el conocimiento sobre la ilicitud de su proceder, que por tratarse de una negación indefinida no está obligado a demostrar, máxime cuando está afirmando un hecho real como lo pusieron en evidencia los testigos Jairo Arroyave Leal y José Ulises Rengifo.

Expresa que cuando se trata de un error inevitable sobre la existencia de un elemento normativo del tipo no se puede deducir el dolo por las calidades del procesado pues ello desembocaría en un derecho penal de autor. Dada la especialidad del tema, si son o no aplicables las normas a que hace alusión la Fiscalía, la discusión

· inculpabilidad, pues se trata de equiparar la calidad de servidor público de carrera administrativa a un funcionario que no pertenece al sistema de carrera.

Concluye señalando que en materia penal la carga de la prueba radica en cabeza del Estado, quien debe demostrar los elementos del delito, sin que le sea permitido presumirlos. Si el estado no ha desvirtuado la negativa indefinida del acusado acerca de su desconocimiento del carácter ilícito de su proceder con hechos positivos e incontrovertibles, debe amparársele con la presunción de inocencia, ya que no tiene certeza sobre la culpabilidad dolosa, la que, reitera, no puede simplemente presumirse.

Por último, critica la dosificación punitiva, por cuanto al calcular la pena se ubicó en el primer inciso del artículo 133 del Código Penal, sin advertir que se trató de varias conductas peculadoras, ninguna de las cuales supera los 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de los hechos, por lo que ha debido partir de 3 y no de 6 años.

3. Del sujeto procesal no recurrente.

La representante del Ministerio Público solicita se revoque la absolución por el delito de prevaricato por acción, pues considera que las resoluciones que reconocieron y ordenaron el pago de las comisiones de estudio y viáticos se profirieron violando los decretos 1950 de 1973, 1042 de 1978 y el decreto municipal 100 de 1990, según los cuales las comisiones para adelantar estudios sólo podrán conferirse a los empleados que satisfagan los requisitos allí

274
→2
130

· sido sancionados disciplinariamente, condiciones que no cumplía el procesado. Además, de acuerdo con el artículo 68 del decreto 1042/78 estaba prohibido pagar viáticos cuando se trata de comisión de estudios.

Indica que no puede admitirse que se tratara de una simple capacitación, por cuanto los postgrados están clasificados por la ley 115/94 como educación formal y ésta no se incluye dentro de los procesos definidos como capacitación por la ley 1567/98 (Art.4). Asegura que esas normas son aplicables en el campo municipal, de conformidad con las previsiones del artículo 3 de la ley 443 de 1998.

Dice que el comportamiento es antijurídico por cuanto vulneró el interés del estado en que las decisiones de sus representantes se ajusten a la legalidad y es doloso, pues en su condición de Contralor tenía el deber de conocer los requisitos mínimos exigidos para conceder comisión de estudios.

El procesado Devia Arias allegó con fecha 14 de noviembre de 2006 ante esta instancia escrito con decisiones judiciales tomadas, en su sentir, en proceso sustancialmente igual, el cual no se tiene en cuenta por haberse traído extemporáneamente como complemento de la sustentación del recurso de apelación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Le asiste razón a la Fiscalía al señalar que el comportamiento desplegado por el procesado Jorge Eleazar Devia Arias, consistente en la expedición de las Resoluciones No. 088, 089, 139, 169, 196, 250, 274, 336 y 340 de 1998 y 005, 012, 022, 085, 109, 135, 178

para "adelantar proceso de capacitación en la Universidad Externado de Colombia" y "realizar especialización en Alta Dirección del Estado en la Escuela Superior de Administración Pública" y ordenó el reconocimiento y pago de viáticos en su favor y en el del conductor adscrito a su despacho, se enmarca claramente en la hipótesis criminosa de prevaricato por acción, por lo siguiente:

2. El Decreto Ley 2400 de 1968 (que fija las normas sobre administración del personal civil) únicamente consagra comisión para los siguientes fines: para cumplir misiones especiales conferidas por sus superiores; para seguir estudios de capacitación; para asistir a reuniones, conferencias, seminarios y para realizar visitas de observación que interesen a la administración y que se relacionen con el ramo en que presten sus servicios; para ejercer las funciones de un empleo de libre nombramiento y remoción cuando la comisión recaiga en un funcionario escalafonado en carrera.

El Decreto Reglamentario 1950 de 1973, señala que el empleado se encuentra en comisión cuando, por disposición de autoridad competente, ejerce temporalmente las funciones propias de su cargo en lugares diferentes a la sede habitual de su trabajo o atiende transitoriamente actividades oficiales distintas a las inherentes al empleo de que es titular.

De conformidad con el artículo 76 del citado decreto, las comisiones pueden ser: a) De servicio, para ejercer las funciones propias del empleo en un lugar diferente al de la sede del cargo, cumplir misiones especiales conferidas por los superiores, asistir a reuniones, conferencias o seminarios, o realizar visitas de observación que interesen a la administración y que se relacionen con el ramo en

2763
24
132

Para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción, cuando el nombramiento recaiga en un funcionario escalafonado en Carrera Administrativa, y d) Para atender invitaciones de gobiernos extranjeros, de organismos internacionales o de instituciones privadas.

El artículo 82 ibídem, prescribe que la comisión para adelantar estudios sólo podrá conferirse a los empleados que satisfagan las siguientes condiciones: 1) que estén prestando servicios con antigüedad no menor de un (1) año, 2) que durante el año a que se refiere el numeral anterior, hayan obtenido calificación satisfactoria de servicios y no hubieren sido sancionados disciplinariamente con suspensión en el cargo. Estas comisiones, no dan lugar al pago de viáticos, por expresa prohibición del Decreto 1042 de 1978 (Art.68), que textualmente prescribe que *"En ningún caso podrán pagarse viáticos cuando se trate de comisiones de estudio"*.

El Decreto 000100 de 1990, por el cual se adoptó el Estatuto de Personal para los empleados públicos del municipio de Ibagué, transcribe los artículos pertinentes del decreto 1950/73 (Arts. 76 a 85) y señala que las comisiones pueden ser: a) de servicio, b) para adelantar estudios y c) para atender invitaciones de gobiernos extranjeros, de organismos internacionales o de instituciones privadas.

Indica cuál es la finalidad de la comisión de servicios: "para ejercer las funciones propias del empleo en un lugar diferente al de la sede del cargo, cumplir misiones especiales conferidas por los superiores, asistir a reuniones, conferencias o seminarios, o realizar visitas de observación que interesen a la administración y que se

reitera los requisitos para acceder a la comisión de estudios: que el empleado esté prestando servicios con antigüedad no menor de un (1) año, durante el cual haya obtenido calificación satisfactoria de servicios y no hubiere sido sancionado disciplinariamente con suspensión en el cargo.

3. Contrario a lo afirmado por el defensor del procesado, la normatividad antes citada sí le es aplicable al Contralor Municipal de Ibagué y, por lo tanto, estaba obligado a observarla al proferir las Resoluciones antes referidas.

En efecto, el Acuerdo 044 de 1992, "por el cual se adoptó la estructura orgánica, se fijan las escalas de remuneración, se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de empleos de la Contraloría municipal de Ibagué y se dictan otras disposiciones", siguiendo las pautas normativas antes citadas, sólo estableció los viáticos para la Comisión de Servicios (Anexo 6, fol. 58). Igualmente, los Acuerdos No. 121 de 1993 y 085 de 1994, que establecen la escala salarial para los empleados de la Contraloría municipal de Ibagué, señala textualmente que "los viáticos y gastos de viaje para los funcionarios de la Contraloría Municipal de Ibagué se adoptarán de acuerdo a lo establecido para la administración central (Anexo 6, fol. 35 y 41).

En esta misma tónica, el Acuerdo 0001 de 1999 (Arts. 37, 40 y 42), sólo consagra el pago de viáticos para la Comisión de Servicios e indica en forma expresa que los empleados de la Contraloría Municipal de Ibagué son empleados del orden municipal y por consiguiente tendrán las mismas garantías sociales, prestaciones económicas, legales y las establecidas mediante Acuerdos que se

·llegaren a establecer para los empleados al servicio del municipio de Ibagué (Anexo 6, fol. 1 a 34).

El hecho de que la Contraloría Municipal de Ibagué sea un órgano de control de origen constitucional, dotado de autonomía administrativa, presupuestal y contractual no significa, como de manera sofisticada lo asegura el defensor del procesado, que las normas contenidas en los decretos 2400 de 1968, 1950 de 1973, 1042 de 1978 y 1567 de 1998 no le sean aplicables por ser de carácter nacional. Primero, porque las propias normas que regulan a los empleados de la Contraloría Municipal de Ibagué (Acuerdos 044/92, 121/93, 085/94 y 0001/99) señalan expresamente que tales empleos son del orden municipal y tienen las mismas garantías sociales, prestaciones económicas, legales y las establecidas mediante Acuerdos que se llegaren a establecer para los empleados al servicio del municipio de Ibagué y, segundo, porque las normas que gobiernan a los empleados del municipio de Ibagué se apoyan en las normas de carácter nacional, refiriéndose a ellas en forma explícita y señalándolas de manera expresa como normas aplicables en virtud del principio de integración. Basta recordar cómo los artículos 217 y siguientes del Decreto 000100 de 1990 que se refieren a las Comisiones de Servicios y de Estudio, así como al pago de viáticos, en forma expresa mencionan a los correspondientes artículos del Decreto 1950 de 1973 que regulan dichas materias, y los artículos referentes a los empleados de la Contraloría Municipal de Ibagué remiten a las normas que regulan la situación de los empleados del municipio y éstas reenvían a su vez a las normas de carácter nacional.

Si tanto las normas específicas que regulan a los empleados de

del citado municipio no hacen ninguna referencia a la "Comisión de Capacitación" y sólo prevén el pago de viáticos para la Comisión de Servicios y, a su vez el Decreto 1042 de 1978 en forma explícita proscribire el pago de viático para la comisión de estudios y únicamente las consagra para la Comisión de Servicios, resulta palmario el carácter ilegal de las Resoluciones expedidas por el Contralor Municipal, mediante las cuales creó ex profeso unas comisiones no previstas en la normatividad vigente, cual es la comisión para adelantar estudios de capacitación y de especialización, asignándose el pago de viáticos, los que, se reitera, únicamente fueron previstos para la Comisión de Servicios.

No se trata, como infructuosamente lo alega el recurrente, de un error de tipo, sino de una violación flagrante, grosera, consciente y voluntaria del ordenamiento jurídico vigente. Es la expresión de una decisión manifiestamente arbitraria, que confunde el servicio público con el provecho personal, de ahí que pensando que la Contraloría Municipal había sido puesta al servicio de quien accidentalmente ocupó su titularidad, la utilizó para su servicio personal, por ello no tuvo reparo alguno en costearse los estudios de especialización con el peculio de la entidad, pagándose los pasajes en avión para trasladarse confortablemente a la ciudad de Bogotá y disponiendo que su conductor oficial viajara simultáneamente por carretera para que lo recibiera en el aeropuerto de la capital y lo llevara luego a la universidad!

Basta con cotejar las resoluciones cuestionadas con la normatividad antes citada para vislumbrar de bulto y al golpe su carácter ilegal, su contrariedad manifiesta y ostensible con las normas que regulan las comisiones de servicio y estudio

2767
78
136

Si se tiene en cuenta que el procesado en su calidad de Contralor Municipal, abogado y persona estudiosa tenía un conocimiento claro de las normas que regulan las situaciones administrativas de las comisiones de estudio y servicios, como se infiere no sólo de los estudios por él realizados, sino de la exposición que hiciera en su diligencia de injurada, en la que manifiesta un conocimiento profundo de dichas situaciones, se entiende el por qué de la denominación que hiciera en las resoluciones reprochadas, en las que sin apenas ruborizarse se reconoce "COMISIÓN DE CAPACITACIÓN", a sabiendas que la misma no existía en la normatividad vigente, pero que le permitía pagarse, ilegalmente, los estudios de especialización y autorizarse el reconocimiento de viáticos. No las llamó "Comisión de estudios", por cuanto ésta implicaba separación del cargo y no daba lugar al reconocimiento de viáticos; tampoco Comisión de Servicios, porque no entrañaba el ejercicio de las funciones propias del cargo en la ciudad de Bogotá.

Es cierto que la capacitación es un derecho de todos los servidores públicos y que negársela al procesado por el sólo hecho de ser un empleado de elección y de periodo fijo entrañaría un trato discriminatorio, pero ello en modo alguno lo autorizaba para intentar realizarla contrariando abierta y groseramente la normatividad vigente.

Téngase en cuenta que los estudios de especialización hacen parte de la **educación formal** (Ley 115 de 1994 o Ley general de educación), entendiéndose como tal "aquella que se imparte en establecimientos educativos aprobados, en una secuencia regular de ciclos, con sujeción a pautas progresivas y conducentes a la obtención de grados o títulos" y, de conformidad con las previsiones del artículo 4 del decreto 1567 de 1998, este tipo de educación no es

2763
A
137

apoyo de las entidades a programas de este tipo hace parte de los programas de bienestar social e incentivos y se rigen por las normas que regulan el sistema de estímulos.

Si la intención del procesado era la de adelantar estudios de especialización, no cabe duda que tenía derecho a realizarlos y a obtener los permisos necesarios para ello, pero en forma alguna por cuenta del erario y asignándose además viáticos para ello, situaciones estas que, como se demostró en precedencia, riñen abierta y nítidamente con la normatividad vigente.

Por todo lo anterior se revocará el numeral quinto de la sentencia impugnada y en su lugar se condenará al procesado por los cargos que le formulara la Fiscalía como autor responsable del delito de prevaricato por acción.

4. Por lo que respecta al delito de peculado por apropiación, estima el defensor del procesado Jorge Eleazar Devia Arias que éste debe ser absuelto de dicho cargo. En primer lugar, porque no existió apropiación de dinero alguno por parte del procesado, pues éste no realizó disposición indebida de los valores sufragados por capacitación y viáticos; asegura que el rubro de capacitación existía en el presupuesto de la Contraloría Municipal y la correspondiente disponibilidad para efectuar la erogación, la cual es válida toda vez que la fuente originaria del pago lo constituye un acto lícito. En segundo término, porque el procesado obró con el convencimiento de que su actuar no constituía delito alguno, y por no existir representación del proceder doloso debe excluirse la tipicidad respecto de la figura delictiva que se le atribuye. Insiste en señalar que no es suficiente la demostración de la existencia de un acto lícito para excluir la tipicidad del delito de peculado por apropiación.

2769
80
138

comprobación del elemento subjetivo dolosa la ausencia de elemento subjetivo o de la culpabilidad de la acción, toda vez que la responsabilidad penal no se determina exclusivamente por la materialización ni la lesividad, sino que requiere esencialmente que el tipo objetivo sea realizado con voluntad y conciencia de ilicitud, elementos estos, que según él, no aparecen demostrados, sino que simplemente se están presumiendo.

5. No le asiste razón al recurrente, por lo siguiente:

De conformidad con el artículo 133 del Código Penal vigente para la época de los hechos (hoy, art. 397 de la ley 599 de 2000), el delito de peculado se define como aquella conducta propia del servidor público que se apropia en provecho suyo o de un tercero de bienes del estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya tenencia o administración se le hayan confiado por razón de sus funciones.

Como lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia, la "apropiación" a que alude la norma precitada consiste en el ejercicio de actos de dominio sobre los bienes, incompatibles con los términos del comportamiento admisibles según el título que justifique su posesión o tenencia y en virtud de los cuales hace disposición de los mismos en provecho propio o de un tercero, desposeyendo de ellos a la administración, sin fundamento legítimo alguno (ver, sentencia del 6 de abril de 2005, Rad. 20.400)

En el caso que convoca la atención de la Sala nadie discute que el procesado en ejercicio de las funciones de Contralor Municipal de

2770
81
139

adelantó durante los años 1998 y 1999 en la Universidad externado de Colombia y en la Escuela Superior de Administración Pública en la ciudad de Bogotá y cancelar a favor suyo y del conductor oficial los viáticos en cada uno de los viajes que realizó para tal efecto, cuyos valores ascendieron, el de la matrícula en la ESAP a \$5.500.000.00 y, las de los viáticos, a \$7.739.000.00 en el año 1998 y \$7.350.000 en 1999.

Solo que la disposición que hiciera de esos dineros, contrario a las infructuosas explicaciones del procesado y las afirmaciones tajantes de su defensor, no tienen como fundamento un acto lícito, pues, como se demostró en acápite precedente, las Resoluciones No. 088, 089, 139, 169, 196, 259, 274, 336, y 349 de 1998 y, 005, 012, 022, 085, 109, 135, 178, 222, 273 y 289 de 1999 son manifiestamente contrarias a las disposiciones legales que regulan las Comisiones Servicios y de Estudio.

El hecho que en el presupuesto de la Contraloría Municipal de Ibagué existieran los rubros "Capacitación Funcionarios", "Gastos Generales" y "Viáticos y Gastos de Viajes" (Anexo 1, fol. 37; Anexo 2, fol. 74) no desvirtúa en modo alguno la ilegalidad de las citadas Resoluciones, por la potísima razón que no son las normas del presupuesto las que gobiernan las situaciones administrativas relativas a las Comisiones antes señaladas, sino la Ley 115/94, los Decretos 2400/68, 1950/73, 1042/78, Decreto Mpal. 000100/90, 1567/98, y los Acuerdos 044/92, 121/93, 085/94 y 0001/99, analizados ampliamente en precedencia, de conformidad con los cuales únicamente procede el reconocimiento y pago de viáticos para las Comisiones de Servicios, no existe la "Comisión de Capacitación", y los estudios de especialización...

Es cierto que el error de tipo tiene incidencia directa y trascendente en el juicio de responsabilidad. Como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema, "El error de tipo de que trataba el artículo 40-4 del Código Penal vigente por la época de los hechos, hoy en día recogido por el artículo 32-10 de la ley 599 de 2000, encuentra configuración cuando el agente tiene una representación equivocada de la realidad, la cual, por tanto, excluye el dolo del comportamiento por ausencia del conocimiento efectivo de estar llevando a cabo la descripción comportamental contenida en el tipo cuya realización se imputa, y que, según la concepción de delito de que se participe, conduce a tener que declarar la atipicidad subjetiva por ausencia de dolo en la ejecución de la conducta delictiva que no admite modalidad culposa, o la ausencia de responsabilidad por estar contemplado el error como motivo de inculpabilidad que rechaza el dolo, para cuyo reconocimiento es necesario que sea absoluto, socialmente insuperable o invencible" (Sentencia del 14 de marzo de 2002, Rad. 14.254, M. P. Fernando Enrique Arboleda Ripio).

Sin embargo, en el presente asunto no es posible predicar esa falta de concordancia entre el pensamiento del procesado Jorge Eleazar Devia Arias con la realidad, no sólo por su condición de profesional del derecho, estudioso de la normatividad administrativa, con basta experiencia en el sector público, sino por el cargo que ejercía como Contralor Municipal, responsable del control fiscal en el municipio, y por el conocimiento que ha demostrado de las normas referentes a las situaciones administrativas de los empleados públicos. No se trata entonces, que tuviera un conocimiento errado de la normatividad aplicable, sino que enterado de la misma, quiso beneficiarse en

2792
83
121

pagarse estudios formales de especialización, no obstante que no tenía derecho a ello en la forma en que lo hiciera, contraviniendo las normas que gobiernan los recursos para capacitación y asignándose el pago de viáticos, a sabiendas que éstos sólo procedían para las Comisiones de Servicios.

En otras palabras, no empuce el conocimiento que tenía de las normas que le regulan el reconocimiento y pago de las comisiones de servicios y de estudio, exteriorizó con su conducta un evidente propósito de favorecerse personalmente, disponiendo abusivamente del erario de la entidad, para lo cual expidió las resoluciones reconociéndose "Comisiones de Capacitación", extrañas en la normatividad vigente y ordenándose el pago de viáticos, que sólo proceden para las "Comisiones de Servicios",

6. Le asiste sí la razón al defensor del procesado en su crítica a la dosificación punitiva respecto del delito de peculado por apropiación, por cuanto en la resolución de acusación se le atribuyó a su representado la comisión de dicha conducta delictiva en concurso homogéneo y sucesivo, en cuantías de \$7.739.200, \$7.350.000, y \$5.500.000 (C.2, fols. 170 y 171), luego mal podía el juzgado condenarlo por un solo peculado en cuantía \$20.589.200, esto es, por la sumatoria de todos los peculados. Dado que ninguno de los peculados antes referidos supera el monto de los 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de los hechos, que para 1998 equivalía a \$10.191.300 y, para 1999, a \$11.823.000, la pena para cada uno de dichos peculados, debe oscilar entre 18 y 90 meses de prisión, y al aplicársele el mínimo, como lo hiciera el juez a quo, dicha pena quedaría en 18 meses de prisión.

Como quiera que la pena prevista para el delito de prevaricato por acción en el Código Penal anterior, que por ser mas favorable se tendrá en cuenta, es de 3 a 8 años de prisión y multa de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para la estimación de la pena a aplicar se debe partir de la fijada para este comportamiento delictivo por ser el de mayor entidad. En consecuencia, se partirá del mínimo previsto para este delito, tal como lo hiciera el juez a quo, monto que se incrementará en un (1) año por los otros delitos de peculado concursantes, para un total de cuatro (4) años de prisión. Dado que de conformidad con la jurisprudencia penal no es posible la acumulación de la multa prevista para el peculado por apropiación con la prevista en los otros delitos concursantes (Sent. 3 de agosto 2005. Rad. 22.112. M. P. Herman Galán Castellanos), se fijará en monto de la multa en el equivalente a la suma total de los peculados, esto es, \$20.589.200.

Dado que la sentencia se impone por conductas punibles cuya pena mínima prevista en la ley no supera los 5 años de prisión y el desempeño familiar, laboral y social del procesado permite deducir en forma seria que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena, se le concederá la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramuros, para lo cual se tendrá como caución la prestada en el curso de este proceso para acceder a la libertad provisional, debiendo suscribir diligencia de compromiso en los términos del artículo 368 del C. de P. Penal.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Ibagué, en sala de decisión penal, Administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

Primero: REVOCAR parcialmente el fallo impugnado, en el sentido de CONDENAR al procesado Jorge Eleazar Devia Arias como autor responsable de los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación, en concurso material homogéneo y sucesivo, tal como se indicó en la parte motiva de esta providencia, fijando la pena en cuatro (4) años de prisión y multa de \$20.582.200. La pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas quedará reducida al mismo lapso de la pena privativa de la libertad.

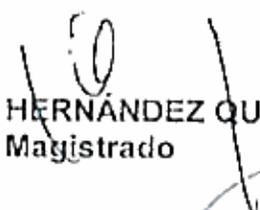
Segundo: CONCEDER a Jorge Eleazar Devia Arias el sustituto penal de la prisión domiciliaria, en los términos indicados en la parte motiva de esta providencia.

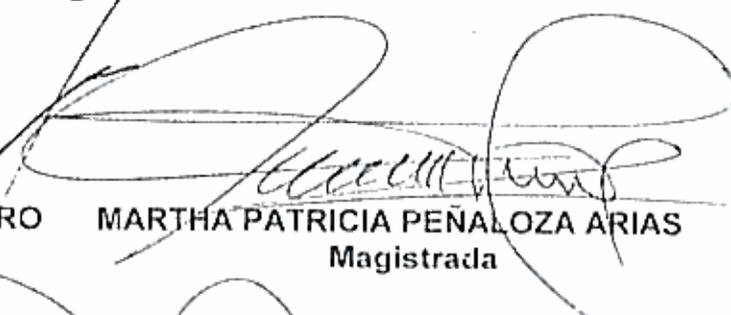
En todo lo demás se CONFIRMA.

Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación.

Cópiese, Notifíquese y Devuélvase.


ALIRIO SEDANO ROLDÁN
Magistrado


HÉCTOR HERNÁNDEZ QUINTERO
Magistrado


MARTHA PATRICIA PEÑALOZA ARIAS
Magistrada

1 0
PG
1AA

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE IBAGUÉ
SALA DE DECISION PENAL

10
455
2744

Magistrado Ponente: ALIRIO SEDANO ROLDAN

Aprobado en Acta de la fecha No. 348 BIS

Ibagué, Junio veintiocho (28) de dos mil siete (2007).

ASUNTO

Procede la sala a declarar la prescripción de la acción penal en las presentes diligencias adelantadas en contra de JORGE ELEAZAR DEVIA ARIAS, quien fue condenado el 31 de agosto de 2001 por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Ibagué, como autor del delito de peculado por apropiación.

HECHOS Y RESEÑA PROCESAL

1. Los hechos sucedieron durante los años 1998 y 1999 cuando el doctor Jorge Eleazar Devia Arias en su calidad de Contralor Municipal de Ibagué otorgó, reconoció y pago a su favor el valor de dos especializaciones realizadas en la ciudad de Bogotá, la primera, en el año de 1998 en la Universidad Externado de Colombia y, la segunda, en el año de 1999 en la Escuela Superior de Administración Pública - ESAP- esta última por un costo de \$5.5000.00. Para asistir a esos cursos profirió las Resoluciones No. 088, 089, 139, 169, 196, 259, 274, 336, y 349 de 1998 y, 005, 012, 022, 085, 109, 135, 178, 222, 273 y 289 de 1999, mediante las cuales se confirió comisión de estudios y ordenó

adscrito a su despacho en cuantía total de \$7.739.200.00 en el año de 1998 y, \$7.350.000.00, en el año de 1999. 125

2. Con fundamento en las copias compulsadas por la Fiscalía 22 Seccional de Ibagué y las diligencias adelantadas en el curso de la indagación preliminar, la Fiscalía 15 de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública ordenó la apertura de instrucción el 8 de febrero de 2000 y vinculó mediante diligencia de indagatoria al doctor Jorge Eleazar Devia Arias (C.1, fol. 68 y 143). Al resolverle la situación jurídica el 1º. de junio de 2000, lo afectó con medida de aseguramiento de detención domiciliaria como presunto autor de los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación (C. 1, fol. 200-216). Esta decisión fue apelada por el defensor del procesado, siendo confirmada por la Fiscalía Sexta Delegada ante este Tribunal Superior el 17 de agosto de 2000 (C.2, fol. 36-56).

3. Una vez perfeccionada la instrucción, la Fiscalía calificó el mérito del sumario el 4 de octubre de 2000 con Resolución de **Acusación** en contra de JORGE ELEAZAR DEVIA ARIAS como presunto autor de los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación en cuantías de \$7.739.200.00, \$7.350.000.00 y \$5.500.000.00, en concurso sucesivo homogéneo y heterogéneo (C.2, fol. 154-171). Esta providencia quedó ejecutoriada el 12 de octubre de 2000, sin que se interpusiera recurso alguno.

4. El 31 de agosto de 2001, el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Ibagué, a quien le correspondió conocer en la etapa del juicio, después de decretar y practicar pruebas, y de realizar la audiencia pública, profirió sentencia condenatoria (C.2, fol. 560).

Estando en trámite el recurso de apelación, la Sala le concedió al procesado Eleazar Devia Arias, mediante decisión del 24 de julio de 2002, la libertad provisional por reunir los requisitos exigidos para la libertad condicional (C. Tribunal, fol.90).

5. Mediante decisión del 23 de mayo de 2007, esta Sala de Decisión Penal, con ponencia de quien ahora funge como tal, al resolver el recurso de alzada, adoptó las siguientes determinaciones:

REVOCÓ parcialmente el fallo impugnado, en el sentido de **CONDENAR** al procesado JORGE ELEAZAR DEVIA ARIAS como autor responsable de los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación, en concurso material homogéneo y sucesivo, tal como se indicó en la parte motiva de dicha providencia, fijando la pena en cuatro (4) años de prisión y multa de \$20.582.200. La pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas fue reducida al mismo lapso de la pena privativa de la libertad.

CONCEDIÓ a JORGE ELEAZAR DEVIA ARIAS el sustituto penal de la prisión domiciliaria, en los términos indicados en la parte motiva de esta providencia.

En todo lo demás **CONFIRMÓ** el fallo atacado.

6. El 15 de junio de 2007, estándó en trámite de los términos de notificación y ejecutoria del fallo de segunda instancia, el procesado DEVIA ARIAS a través de su apoderado judicial solicitó se decretara la extinción de la acción penal por haberse operado el fenómeno de la prescripción de la acción penal. Indicó que si bien el paso a seguir con

Sala de Casación Penal, se advierte con certeza que el fenómeno extintivo de la acción penal por prescripción se dio al vencimiento de la hora hábil del 12 de junio del presente año, por cuanto a esa fecha transcurrieron 6 años y 8 meses, contados a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, la que quedó en firme el 13 de octubre del año 2000, y todos los delitos que se le atribuyen a su representado tienen un término de prescripción que no supera el lapso antes referido (6 años y 8 meses).

CONSIDERACIONES

1. En el Código Penal anterior (Decreto Ley 100 de 1980) como en el Estatuto Penal vigente (Ley 599 de 2000) el término de prescripción de la acción penal es igual al tiempo máximo de la pena fijada por la Ley, pero en ningún caso, a excepción de las conductas punibles de genocidio, desaparición forzada, tortura y desplazamiento forzado, será inferior a cinco (5) años, ni superior a veinte (20).

2. Como quiera que la resolución de acusación proferida en contra del procesado Eleazar Devia Arias quedó ejecutoriada el 12 de octubre de 2000, debe entenderse que a partir de esa fecha se interrumpió la prescripción de la acción penal, al tenor del artículo 86 del Estatuto sustantivo, y comenzó a correr de nuevo dicho lapso por un tiempo igual a la mitad del señalado en precedencia, que sin embargo conforme al canon antes citado, que en tratándose de servidores públicos no podrá ser inferior a seis (6) años y ocho (8) meses ni superior a diez (10).

Dado que los delitos por los que se procedió tuvieron ocurrencia durante los años 1998 y 1999, fecha para la cual la pena máxima para el delito de prevaricato por acción era de 8 años de prisión y el de

salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época, el término de prescripción sería igual a la mitad, esto es, de 4 años para el primero y 3 años y 9 meses para el segundo, en razón de la interrupción del citado término, pero que por mandato de la ley, en tratándose de servidores públicos no podrá ser inferior a 6 años y 8 meses, monto que se obtiene al incrementar los 5 años, como término mínimo de prescripción para los particulares, en una tercera parte, conforme a las previsiones del artículo 82 del anterior Código Penal (hoy Art.83 inciso 5º), tal como lo ha reiterado en forma pacífica la Corte Suprema de Justicia.

Así las cosas, resulta palmario que en el evento que ocupa la atención de la Sala se configura el fenómeno de la prescripción de la acción penal, habida cuenta que el 12 de junio de 2007, estando corriendo el término de ejecutoria del fallo de segundo grado, se cumplieron, los 6 años y 8 meses, contados desde la ejecutoria de la resolución de acusación anteriormente reseñada, sin que hubiera adquirido firmeza la sentencia condenatoria proferida en contra del procesado. En consecuencia, tal como lo señala el defensor del procesado, se debe declarar inmediatamente la extinción de la acción penal en el presente asunto, por cuanto habiéndose operado el fenómeno de la prescripción de la acción penal, el Estado perdió la potestad punitiva en el evento que nos ocupa. Por lo tanto, se decreta la cesación de procedimiento en favor del procesado Jorge Eleazar Devia Arias de conformidad con las previsiones del artículo 39 del C. de P. P.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en sala de Decisión Penal.

RESUELVE

774
9/ 6
149

Primero: DECLARAR PRESCRITA la acción penal derivada de los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación. En consecuencia, se ordena la cesación de todo procedimiento a favor de Jorge Eleazar Devia Arias respecto a esas conductas punibles.

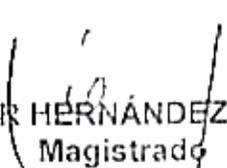
Segundo: DISPONER la libertad inmediata del procesado Jorge Eleazar Devia Arias y la devolución de la caución prendaria prestada en cuantía de \$780.300.00 para gozar de libertad provisional y que posteriormente se tuvo como caución para disfrutar del sustituto de la prisión domiciliaria (C. Tribunal fol.101 y 219).

Tercero: Librar las comunicaciones respectivas dando cuenta de lo aquí resuelto a las autoridades correspondientes.

En firme este auto, contra el cual sólo procede el recurso de reposición, remítase el expediente al juzgado de origen.

Cópiese notifíquese y cúmplase.


ALIRIO SEDANO ROLDÁN
Magistrado


HÉCTOR HERNÁNDEZ QUINTERO
Magistrado

CON PERMISO PRESIDENCIAL
MARTHA PATRICIA PEÑALOZA ARIAS
Magistrada

92
150
JUN 23 2007
3867

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE IBAGUÉ
SALA DE DECISION PENAL

Magistrado Ponente: ALIRIO SEDANO ROLDAN.

Aprobado en Acta de la fecha No. 518 /

Ibagué, Septiembre cuatro (4) de dos mil siete (2007).

ASUNTO

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de reposición interpuesto por el procesado Jorge Eleazar Devia Arias, contra la providencia del 28 de junio de 2007, para que se adicione en el sentido de ordenar la devolución de la suma que depositó a título de reintegro de lo presuntamente apropiado, en la cuenta de depósitos judiciales del juzgado *a quo*.

ANTECEDENTES

1. En los años 1998 y 1999, cuando el doctor Jorge Eleazar Devia Arias se desempeñó como Contralor Municipal de Ibagué, aprovechándose de tal situación se otorgó, reconoció y pago a su favor el valor de dos especializaciones realizadas en la ciudad de Bogotá; la primera, en el año de 1998 en la Universidad Externado de Colombia y, la segunda, en el año de 1999 en la Escuela Superior de Administración Pública -ESAP- por un costo de \$5.5000.00. Para asistir a esos cursos profirió varias resoluciones, por medio de las cuales se confirió comisión de estudios y ordenó el reconocimiento y

despacho en cuantía total de \$7.739.200.00 en el año de 1998 y, \$7.350.000.00, en el año de 1999. (51)

2. La Fiscalía calificó el mérito del sumario el 4 de octubre de 2000 con Resolución de Acusación en contra de JORGE ELEAZAR DEVIA ARIAS como presunto autor de los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación en cuantías de \$7.739.200.00, \$7.350.000.00 y \$5.500.000.00, en concurso sucesivo homogéneo y heterogéneo. Esta providencia quedó ejecutoriada el 12 de octubre de 2000, sin que se interpusiera recurso alguno.

El 31 de agosto de 2001, el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Ibagué condenó a JORGE ELEAZAR DEVIA ARIAS a 6 años de prisión, multa de \$20.589.200.00, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad, a la pérdida del empleo público, al pago de \$20.589.200.00 por concepto de perjuicios a favor de la Contraloría Municipal de Ibagué, y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, al hallarlo responsable como autor del delito de peculado por apropiación. En la misma decisión lo absolvió del delito de prevaricato por acción.

Este fallo fue objeto del recurso de apelación por parte de la Fiscalía 15 Seccional de Ibagué y el defensor del procesado.

Mediante sentencia del 23 de mayo de 2007, esta Sala de Decisión Penal resolvió el recurso de alzada. Revocó parcialmente el fallo impugnado, en el sentido de condenar al procesado como autor de los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación, en concurso material homogéneo y sucesivo, fijando la pena en 4 años de prisión y multa de \$20.582.200, y le concedió el sustituto penal de la prisión domiciliaria.

3. El 13 de junio de 2007, encontrándose el expediente en control de términos del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia, el defensor del procesado solicitó que se declarara la extinción de la acción penal por haberse operado el fenómeno de la prescripción a partir del 13 de junio de 2007. Solicitó igualmente la libertad del procesado y la devolución a su favor de las sumas de dinero consignadas a título de reintegro de lo presuntamente apropiado.

Mediante decisión del 28 de junio de 2007, la Sala declaró prescrita la acción penal derivada de los delitos de peculado por apropiación y prevaricato por acción y, en consecuencia, decretó la cesación de todo procedimiento a favor de Jorge Eleazar Devia Arias, disponiendo de inmediato su libertad.

4. Contra esta decisión el Doctor Jorge Eleazar Devia Arias interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación.

Aseguró que en el numeral 3º del capítulo -peticiones- del memorial suscrito por su defensor el 13 de junio de 2007, que generó el proferimiento de la providencia recurrida, solicitó que se ordenara la devolución a su favor de las sumas de dinero que a título de reintegro de lo presuntamente apropiado había consignado a ordenes del Juzgado Quinto Penal del Circuito de Ibagué, así como las cauciones que se encuentran en el Banco Agrario-Depósitos Judiciales de la misma ciudad, pero el despacho únicamente se pronunció sobre la devolución de la caución que prestó en cuantía de \$780.300 para disfrutar del sustituto de la detención domiciliaria, y nada dijo sobre la devolución de la suma de \$20.589.200 y que consignó como reintegro de lo presuntamente apropiado, con posterioridad al proferimiento de

segundo grado, dinero que aún se encuentra en la cuenta de depósitos judiciales del Juzgado 5º Penal del Circuito de Ibagué, cuya devolución solicita por ser de su propiedad, y no existe razón válida para que el Estado mantenga dicho depósito habiéndose extinguido su potestad punitiva. 153

CONSIDERACIONES

1. El 31 de agosto de 2001, el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Ibagué condenó a JORGE ELEAZAR DEVIA ARIAS a 6 años de prisión, MULTA de \$20.589.200.00, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad, a la pérdida del empleo público, al pago de \$20.589.200.00 por concepto de PERJUICIOS a favor de la Contraloría Municipal de Ibagué, y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, al hallarlo responsable como autor del delito de peculado por apropiación.

2. El 22 de noviembre de 2001, estando en trámite en esta instancia el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y el defensor de Eleazar Devia Arias contra el fallo de primer grado, el citado abogado allegó copia del recibo de la consignación hecha por su representado el 6 del mismo mes y año a la cuenta de depósito judiciales del Juzgado 5º Penal del Circuito de Ibagué y a la orden de la "Contraloría Municipal" de Ibagué, por la suma de \$20.589.200, advirtiendo que sin aceptar la responsabilidad endilgada en la sentencia condenatoria referenciada, por el delito de peculado por apropiación, *"...hemos considerado prudente realizar la consignación que se encuentra radicada en el título 161570..."*, como *"reintegro"* con miras a obtener el beneficio de atenuación punitiva consagrada por el artículo 139 del Código Penal anterior (C

96 33
ISA

3. Como se puede apreciar fácilmente del escrito mediante el cual se allegó el recibo de consignación antes referido, este depósito se realizó cuando la sentencia no había cobrado ejecutoria y no se pretendía con el mismo pagar la multa impuesta en la sentencia ni cancelar los perjuicios causados con la infracción, sino simplemente REINTEGRAR lo supuestamente apropiado, como expresamente lo señala el defensor de Devia Arias.

En tales circunstancias considera la Sala que no es posible acceder a la solicitud de devolución de los dineros consignados, primero, porque dicha consignación no se hizo realmente en cumplimiento de la sentencia de primera instancia, pues no se buscó con ella cancelar la multa impuesta, ni pagar los perjuicios causados con la conducta delictiva, sino RESTITUIR lo supuestamente apropiado. Segundo, porque dicha restitución se hizo en forma libre, voluntaria y a nombre de la Contraloría Municipal de Ibagué.

Si se tiene en cuenta que en el mundo jurídico las cosas se deshacen como se hacen, dado que la consignación de marra no se realizó en cumplimiento de un mandato de la judicatura, resulta improcedente que se le solicite a ésta que ordene la devolución de la misma, máxime que habiendo sido hecha a nombre de un tercero, en este caso de la Contraloría Municipal de Ibagué, la disposición sobre el valor consignado no estaría en cabeza de la judicatura, sino del beneficiario de la misma.

Por consiguiente, la Sala no accederá a lo solicitado por el recurrente, por cuanto, se reitera, la consignación reclamada nunca fue ordenada por los funcionarios judiciales que estuvieron a cargo de la presente actuación y, habiendo sido hecha a nombre o a la orden de la Contraloría Municipal de Ibagué, no es posible que la Sala

17 " 3.
ISS

quien deberá poner el depósito judicial en comento, si aún no lo ha hecho, a disposición de la Contraloría Municipal de Ibagué, entidad que por ser la beneficiaria de la consignación es la única que puede decidir sobre el destino de la misma.

Por lo que respecta al recurso de apelación que en forma subsidiaria se interpusiera contra el auto impugnado, debe recordarse que por haber sido adoptado en sede de segunda instancia, contra dicho proveído sólo procede el recurso de reposición, como en forma expresa se indicó en el mismo.

En conclusión, no se accede a la solicitud de devolución de la consignación efectuada por el doctor Jorge Eleazar Devia Arias por la suma de \$20.589.200.00, por concepto de REINTREGRO de lo supuestamente apropiado y a nombre de la Contraloría Municipal de Ibagué, por lo que una vez en firme se devolverá el proceso al Juzgado 5º Penal del Circuito de Ibagué, oficina judicial de origen.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Ibagué, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

NO REPONER la providencia del 28 de junio de 2007 recurrida, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

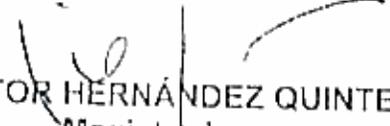
En firme el presente proveído, vuelva el expediente al juzgado de origen, quien deberá poner el depósito judicial en comento, si aún no lo ha hecho, a disposición de la Contraloría Municipal de Ibagué, entidad que por ser la beneficiaria de la consignación es la única que puede decidir sobre el destino de la misma.

98
156

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE


ALIRIO SEDANO ROLDÁN
Magistrado


HÉCTOR HERNÁNDEZ QUINTERO
Magistrado

Solvo el voto


JUAN CARLOS ARIAS LÓPEZ
Magistrado


DORA MERCEDES ESCOBAR SUÁREZ
Secretaría

SALVAMENTO DE VOTO

Radicación 0297-01-2000

4 de Septiembre de 2007

Con todo respeto y comedimiento debo manifestar que me aparto de la posición mayoritaria de la Sala en la presente determinación, a través de la cual se ha resuelto el recurso de reposición intentado por el procesado JORGE ELEAZAR DEVIA ARIAS, contra la providencia del 28 de junio de 2007, dentro del cual solicitó se adicionara la providencia, en el sentido de que se ordenara la devolución de la suma que depositó a título de reintegro de lo presuntamente apropiado, en la cuenta de depósitos judiciales del juzgado a-quo.

JORGE ELEAZAR DEVIA ARIAS consignó en la cuenta de depósitos judiciales, a órdenes del Juzgado Quinto Penal del Circuito, la suma de \$20.589.200, siendo esa la misma que el a-quo dedujo como la apropiada indebidamente por el entonces servidor público y conducta por la cual fue condenado en primera instancia como responsable del delito de Peculado.

Así el mencionado ciudadano haya realizado tal

hecha a la segunda instancia), la única causa del ingreso de tal dinero a las arcas del Estado lo es la apropiación que del mismo le ha endilgado la administración de justicia, imputación que en definitiva no se concretó por el surgimiento de la extinción de la acción penal por la vía de la prescripción, institución que tiene dentro de sus efectos la conservación de la presunción de inocencia del señor DEVIA ARIAS.

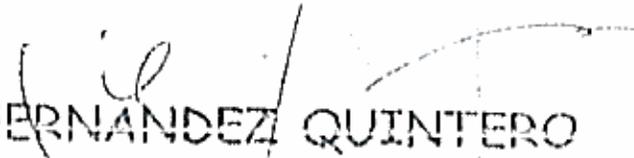
Si bien es cierto, como se dice en la ponencia, el dinero se encuentra depositado para ser entregado a un tercero, también lo es que el numerario se encuentra afecto al proceso, y su envío a la Contraloría Municipal pende de una sentencia de condena que ya no es factible proferir, amén de que constituye la devolución de un dinero cuya apropiación se le imputa a un ciudadano, conducta que el Estado no fue capaz de declarar.

De otra parte, el artículo 98 del Código Penal dispone: *"La acción civil proveniente de la conducta punible, cuando se ejercita dentro del proceso penal, prescribe, en relación con los penalmente responsables, en tiempo igual al de la prescripción de la respectiva acción penal. En los demás casos se*

101 38
159

ponencia, tampoco resulta posible la no devolución del dinero en espera de una pretensión resarcitoria de la Contraloría Municipal a causa de los hechos que aquí se investigaron, como quiera que, habiéndose constituido en parte civil dentro del presente proceso (fl. 15-2 demanda y fl. 18-2 auto que la admitió), tal reclamo ya no le resulta posible por efecto de la prescripción de la acción penal.

Con todo respeto,


HECTOR HERNANDEZ QUINTERO
Magistrado

102
160

JUZGADO QUINTO PENAL DEL CIRCUITO
PALACIO DE JUSTICIA-OFICINA 504
TELEFONO No. 2617717
IBAGUE-TOLIMA

Ibagué, 25 de septiembre de 2007.

Oficio No. 4073

CONTRALORIA MUNICIPAL IBAGUE
RECIBIDO 8:25
26 SET. 2007

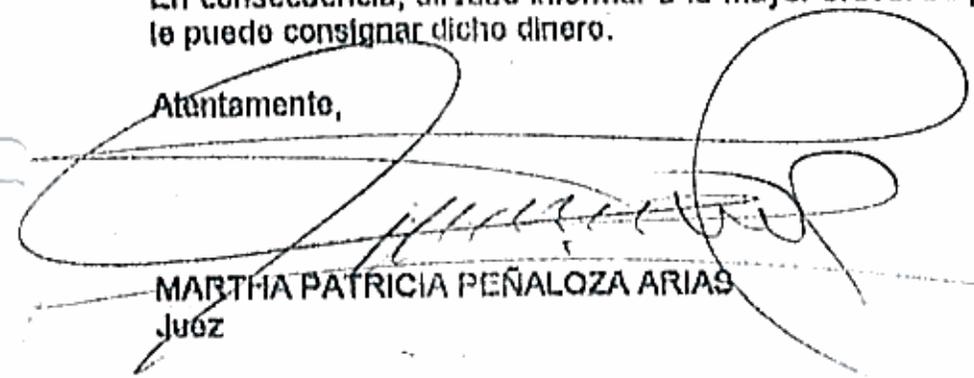
Doctora:
ADRIANA MAGALI MATIZ VARGAS
CONTRALORA MUNICIPAL
Ciudad

Comendidamente me permito comunicar a usted que este Juzgado está pendiente de hacer entrega definitiva de la suma de veinte millones quinientos ochenta y nueve mil doscientos pesos (\$20.589.200.00), representada en el Título de Depósito Judicial No. 466010000007364, dinero reintegrado por el Doctor JORGE ELEAZAR DEVIA ARIAS, dentro del proceso radicado bajo el No. 2000-0297-00 que se lo adelantó por los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación.

Lo anterior, de acuerdo con lo dispuesto en provisto del 4 de los cursantos proferido por el Tribunal Superior-Sala Penal de esta ciudad.

En consecuencia, sírvase informar a la mayor brevedad posible en qué cuenta se le puede consignar dicho dinero.

Atentamente,


MARTHA PATRICIA PEÑALOZA ARIAS
Juez

103
161

2

JUZGADO QUINTO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE
CONOCIMIENTO

Ibagué, julio veintitrés de dos mil ocho.

Comunicar a la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de la Fiscalía Seccional de la ciudad, se sirva ordenar pagar el título de depósito judicial 143093 por la suma de \$780.300.00, al Dr. JORGE ELEAZAR DEVIA ARIAS, que corresponde al expediente 39909 y que reposa en esa Oficina, en cumplimiento a lo ordenado por el Honorable Tribunal Superior de la ciudad, en auto del 28 de junio de 2007.

Es de advertirle al Dr. JORGE ELEAZAR DEVIA ARIAS, que este Despacho no es competente para aclarar la decisión tomada por el Honorable Tribunal Superior -Sala Penal- de la ciudad, en la que no repone la providencia del 28 de junio de 2007, siendo muy clara y precisa en señalar que es la Contraloría Municipal de Ibagué, la entidad que por ser la beneficiaria de la consignación, es la única que puede decidir sobre el destino de la misma. Además, que esa determinación se encuentra en firme.

Solicitar a la Contraloría Municipal de la ciudad, se sirva comunicar a la mayor brevedad posible, a que cuenta en el banco Agrario de la localidad, se le puede consignar la suma de \$20.589.200.00, que fueron consignados por el Dr. JORGE ELEAZAR DEVIA ARIAS dentro del proceso que se le adelantó por el delito de Prevaricato por acción y peculado por apropiación.

Cumplase,

El Juez.

104
162

OFICIO NÚMERO 1385

23 de julio de 2008

RECIBIDO

16 AGO. 2008

2240

[Handwritten signature]

Señor
CONTRALOR MUNICIPAL
Ciudad

Comendidamente me permite comunicar a usted, que en este Juzgado está pendiente hacer entrega definitiva de la suma de \$20.589.200,00 representada en el Título de Depósito Judicial No. 466010000007266 dinero reintegrado por el Dr. JORGE ELIEZAR DEYTAZ ARIAS dentro del proceso radicado bajo el No. 2790-0297-00 que se le adelantó por los delitos de Prevaricato por acción y peculado por apropiación y de acuerdo con lo dispuesto en proveído del 4 de septiembre último proferido por el Tribunal Superior -Sala Penal- de la ciudad.

En consecuencia, sírvase informar a la mayor brevedad posible en que cuenta del Banco Agrario de la ciudad, se le puede consignar dicho dinero.

Atentamente,

[Handwritten signature]
RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
JUEZ

/hep.