

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**DEPARTAMENTO DE ARAUCA**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA  
SALA ÚNICA**

**Magistrado Ponente: MATILDE LEMOS SANMARTÍN**

**Aprobado mediante acta No. 378**

Arauca, diciembre diez (10) de dos mil veintiuno (2021)

**REFERENCIA: PROCESO PENAL LEY 600**  
**RADICADO: 81-001-31-04-002-2015-00043-01**  
**PROCESADO: JORGE ALBERTO BALTA SANTANA**  
**DELITO: PECULADO POR APROPIACIÓN**  
**ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA**

**OBJETO DE LA PROVIDENCIA**

Decide este Tribunal el recurso de apelación interpuesto por el defensor de JORGE ALBERTO BALTA SANTANA contra la sentencia proferida el 13 de septiembre de 2018 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Arauca<sup>1</sup>, mediante la cual lo condenó anticipadamente a la pena de cincuenta y seis (56) meses de prisión y multa de cuarenta y nueve millones cincuenta y seis mil cuatrocientos dieciséis pesos (\$49.056.416) como autor responsable del delito de PECULADO POR APROPIACIÓN.

**ANTECEDENTES**

Según se extrae de los antecedentes, JORGE ALBERTO BALTA SANTANA, actuando en su condición de alcalde municipal de Cravo Norte, entregó a Rogelio Macías y otras

---

<sup>1</sup> Laura Janeth Ferreira Cabarique.

personas en 1999, sin mediar contrato alguno, parte los recursos asignados por el Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana – INURBE – al programa "Cravo Progresas", ocasionando un detrimento patrimonial público por valor de cuarenta y nueve millones cincuenta y seis mil cuatrocientos dieciséis pesos (\$49.056.416).

Con fundamento en el fallo de responsabilidad fiscal proferido del 20 de abril de 2001, la Fiscalía Primera delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Arauca declaró la apertura de la instrucción previa contra BALTA SANTANA por el delito de PECULADO POR APROPIACIÓN, el 2 de diciembre de 2008, solicitando a la alcaldía del municipio de Cravo Norte remitiera la documentación sobre la ejecución del dinero asignado por el INURBE.

Luego, el 21 de diciembre de 2012, la Fiscalía declaró la apertura de la instrucción en contra del acusado, ordenando la práctica de varias pruebas en los términos del artículo 331 de la Ley 600 de 2000.

Reasignada la investigación a la Fiscalía Segunda Seccional, el 28 de agosto de 2013 se ordenó vincular a Rogelio Macías a la investigación y escuchar a BALTA SANTANA en diligencia de indagatoria.

Mediante providencia del 26 de septiembre de ese mismo año se decretó la preclusión de la investigación contra Rogelio Macías, debido a su fallecimiento. Por su parte, se resolvió la situación jurídica de BALTA SANTANA absteniéndose de imponerle medida de aseguramiento, en decisión del 25 de enero de 2015.

Una vez clausurada la investigación<sup>2</sup>, el 4 de junio de esa anualidad la fiscalía profirió resolución de acusación contra BALTA SANTANA<sup>3</sup> como autor responsable del delito de PECULADO POR APROPIACIÓN.

---

<sup>2</sup>Fl. 111 cdno único de la Fiscalía

<sup>3</sup>Fls. 120 a 142 cdno único de la Fiscalía

Ejecutoriada la decisión se dispuso el envío de las diligencias, que correspondieron por reparto al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Arauca, Despacho que avocó conocimiento y dispuso el traslado de que trata el artículo 400 de la ley 600 de 2000, término durante el cual las partes e intervinientes no plantearon solicitudes probatorias ni causales de nulidad.

Antes de celebrarse la audiencia preparatoria, el defensor del acusado solicitó se dictara sentencia anticipada, razón por la cual el 26 de octubre de 2017 se realizó la formulación de cargos, diligencia durante la cual BALTA SANTANA aceptó su responsabilidad por el delito endilgado.

El 13 de septiembre de 2018, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Arauca dictó sentencia anticipada condenando al acusado a las penas antes reseñadas como responsable del delito de PECULADO POR APROPIACIÓN.

#### **LA SENTENCIA IMPUGNADA<sup>4</sup>**

La juez de primera instancia determinó que existía evidencia suficiente para asegurar que BALTA SANTANA, actuando como alcalde del municipio de Cravo Norte - Arauca, malversó la suma de cuarenta y nueve millones cincuenta y seis mil cuatrocientos dieciséis pesos (\$49.056.416) correspondiente al programa de vivienda "Cravo Progresá", pues la entregó a terceros sin cumplimiento de los requisitos legales.

En ese sentido, consideró, que se cumplían cabalmente los demás requisitos para dictar sentencia condenatoria pues el delito de PECULADO APROPIACIÓN, descrito en el artículo 397 de la Ley 599 de 2000, se configuró debido a que: (i) ostentaba la disponibilidad de los recursos girados por el INURBE para ejecutar el programa de vivienda, al haber sido para la época el alcalde del municipio de Cravo Norte, y; (ii) era consciente de la ilicitud de su actuar, como lo reconoció al aceptar su responsabilidad.

---

<sup>4</sup>Fls. 47 a 52 cdno único del Juzgado

En esas condiciones, la juez de primer grado adujo, que el delito cometido estaba sancionado con una pena de setenta y dos (72) a ciento ochenta (180) meses de prisión y multa correspondiente al valor de lo apropiado, por lo que para individualizar la pena privativa de la libertad utilizaría el sistema de cuartos por ser más favorable para el acusado, luego de lo cual sostuvo, que al no concurrir circunstancias de menor punibilidad se movería dentro del cuarto mínimo de setenta y dos (72) a noventa y nueve (99) meses.

Dentro de esos extremos seleccionó como pena de prisión ochenta y cuatro (84) meses argumentando, que con la comisión del delito BALTA SANTANA impidió que los habitantes beneficiarios del municipio de Cravo Norte gozaran del subsidio de vivienda otorgado por INURBE, lo que evidenciaba una mayor intensidad del dolo en su actuar. A la par, afirmó, que la multa sería equivalente a los cuarenta y nueve millones cincuenta y seis mil cuatrocientos dieciséis pesos (\$49.056.416), de los que el acusado dispuso en favor de terceros.

Dicho lo anterior, la primera instancia sostuvo, que al haber aceptado los cargos antes del juicio el acusado tenía derecho a una disminución de una tercera parte (1/3) en los términos de la 906 de 2004, aplicable en virtud del principio de favorabilidad, con lo cual la pena de prisión a imponer sería de cincuenta y seis meses (56).

En cuanto a los subrogados le negó el beneficio de la suspensión condicional, pues excedía el límite de tres (3) años dispuesto tanto por la Ley 599 de 2000 como por el Decreto 100 de 1980; así como la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia asegurando, que el acusado no demostró que tuviera a cargo hijos menores u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar que estuvieran bajo su afectivo amparo, económico y social de manera permanente.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión, el defensor del acusado presentó recurso de apelación.

Como punto esencial de su censura, sostuvo, que se había configurado la nulidad prevista en el numeral 2° del art. 306 de la Ley 600 de 2000, puesto que la Fiscalía formuló acusación por la descripción típica del delito de PECULADO POR APROPIACIÓN contemplada en el art. 397 de la Ley 599 de 2000, siendo que el señor BALTA SANTANA solo podía ser juzgado en los términos previstos en el Decreto Ley 100 de 1980, vigente para el año 1998.

Aseguró que tal irregularidad socavó la estructura fundamental del juzgamiento y, por lo tanto, resultaba imperativo declarar la nulidad de todo lo actuado desde la resolución de acusación, en tanto la imputación jurídica consignada en la parte resolutive de aquél documento es *"el fundamento, la génesis de la actuación en su etapa de juicio"*.

### **PRONUNCIAMIENTO DE LOS NO RECURRENTES.**

Durante el traslado del recurso de apelación, las Fiscalía y demás intervinientes no se pronunciaron.

### **CONSIDERACIONES**

Sea lo primero advertir que esta Colegiatura es competente para conocer de la presente actuación en virtud de lo normado en el artículo 76-1 de la Codificación Procesal Penal de 2000 y, precisar, que se decidirá el recurso de apelación conforme lo dispone en artículo 204 *ibídem*, es decir, limitando el examen al análisis de los argumentos expuestos por los apelantes y extendiéndolo únicamente a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación.

El núcleo de discusión consiste en determinar, si se configuró la nulidad prevista en el numeral 2° del art. 306 de la Ley 600, como consecuencia de la aparente vulneración del principio de legalidad en la que incurrió la Fiscalía al disponer, en la parte resolutive de la resolución de acusación, que el delito por el que sería juzgado BALTA SANTANA

correspondía al consignado en el art. 397 de la Ley 599 de 2000.

Por tratarse de un asunto ligado inescindiblemente, también será imperioso estudiar si la sentencia de instancia vulneró el derecho a ser juzgado y sancionado "*conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa*".

Con ese cometido, la Sala esbozará previamente las reglas sobre las nulidades de los actos procesales, dispuestas en la Ley 600 de 2000.

### **1. La nulidad de los actos procesales en la Ley 600 de 2000.**

El instrumento conceptual y normativo que permite proteger y efectivizar los derechos y garantías fundamentales en los procedimientos judiciales es el debido proceso, cuya estructura compleja se compone de un conjunto de reglas y principios que, articulados, garantizan que la acción punitiva del Estado no resulte arbitraria.

Esta garantía para la persona se establece en el artículo 29 Constitucional que dispone, "*El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas*"; por lo cual tienen plena eficacia cuando se trata de investigar y juzgar sucesos que revistan las características de un delito. Ello significa que el Estado debe respetar la dignidad humana, los derechos y garantías en los procesos judiciales, y para lograrlo se imponen restricciones en las fases procesales asegurando su eficacia, para que de esa manera ninguno de los partícipes sea instrumentalizado por la acción estatal.

Su contenido envuelve principios como el de legalidad, el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal competente, la plenitud de las formas del juicio, el derecho a la favorabilidad penal, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa, el derecho a un debido proceso sin dilaciones, el derecho a presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra, el derecho a la impugnación, la garantía de la cosa juzgada, entre otros.

Ahora bien, para asegurar la eficacia del debido proceso y de las garantías fundamentales que se desprende de aquél, se ha instaurado la institución jurídica de las nulidades procesales, que sanciona las irregularidades presentadas en el marco del proceso y que, atendiendo a su gravedad, obliga a que excepcionalmente se invaliden las actuaciones afectadas. Así, su declaración opera como un control constitucional y legal que garantiza la validez de la actuación procesal y asegura a las partes el derecho fundamental al debido proceso.

Las nulidades procesales fueron consagradas en los artículos 306 y s.s. de la Ley 600 del 2000, como se dijo, para asegurar la corrección de las actuaciones procesales cuando se desconozcan ostensiblemente garantías fundamentales como el derecho de defensa o el debido proceso, y se encuentran regidas por los principios orientadores que el mismo ordenamiento previó en el artículo 310 *ibídem*.

El artículo 306 prevé los motivos de nulidad y dispone que solo procede por: (i) falta de competencia del funcionario judicial; (ii) comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso, y; (iii) violación del derecho de defensa. Su declaratoria es viable en cualquier momento de la actuación procesal, conforme reza el art. 308 del C.P.P. de 2000, de oficio o por solicitud de parte en los términos de los arts. 307 y 309.

La normatividad también dispone en el art. 310 *ídem* los principios que las rigen, entre ellos, los de taxatividad, acreditación, protección, convalidación, instrumentalidad, trascendencia y residualidad, con los que se busca limitar la tendencia a invalidar el trámite procesal por la sola existencia de la irregularidad.<sup>5</sup>

Así, por su importancia, quien alegue una causal de nulidad deberá acreditar que se desdibujó la finalidad de la actuación que se tacha de viciada, puesto que el numeral 1º del art. 310 *ídem* enseña que "no se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para la cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho a la defensa".

---

<sup>5</sup> Corte Suprema de Justicia, Auto Penal del 18 de abril de 2017, radicado 48965.

Este principio indica, que únicamente se consideran como nulidades aquellas irregularidades que impiden la realización del derecho sustantivo protegido con los actos procesales. Es decir, si a pesar de la "irregularidad", el derecho sustantivo –derecho de defensa o contradicción- no se ha vulnerado, mal puede declararse la invalidez de las actuaciones jurisdiccionales.

Consagra, también, el numeral 2º del art. 310 en cita el *principio de trascendencia*, en virtud del cual quien alegue la nulidad está en la obligación de acreditar que la denunciada irregularidad sustancial afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento.

Siendo ello así, la infracción al debido proceso o al derecho de defensa debe ser de bulto, grosera, que pretermita u omita un acto distinguido por la ley y al que obligatoriamente los funcionarios deban acceder para su no conculcación.

Lo anterior, porque la nulidad resulta ser la sanción más grave que se impone por haberse desconocido una norma que establece determinados formalismos procesales o que favorece los derechos y pretensiones de una de las partes y, que trae como consecuencia la invalidez jurídica del acto procesal. Sobre el particular ha dicho la Corte:

*"De igual manera, en virtud del principio de trascendencia que gobierna la declaratoria de nulidad, según la cual, no basta con denunciar irregularidades o que éstas efectivamente se presenten en el proceso, sino que se hace indispensable demostrar que aquellas inciden de manera concreta en el quebranto de los derechos de los sujetos procesales, se hace necesario que el actor evidencie un perjuicio con el yerro in procedendo denunciado, pues, caso contrario, la Corte, por razón del principio de limitación, no puede entrar a complementar al censor."*  
(Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Radicado No. 25664, 13 de julio de 2006, M.P. Jorge Luis Quintero Milanes)

Indicando, en otra oportunidad, que:

*"Dicho de otra manera, no todo yerro in procedendo genera indefectiblemente la nulidad en tanto entre los principios que orientan su declaratoria, se encuentran el de instrumentalidad de las formas y el de trascendencia, según los cuales "no se*

declarará la invalidez de lo actuado cuando el acto cumpla la finalidad para la cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho a la defensa" y "quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento." (Corte Suprema de Justicia Sala Penal, Radicado 20750 del 24 de enero de 2007, M.P. Jorge Luís Quintero Milanés).

De otra parte, el numeral 5º del art. 310 de la ley 600 de 2000, plasma como principio orientador de la declaratoria de las nulidades, el de *residualidad o subsidiaridad*, que enseña que sólo podrá decretarse cuando no existe otro medio procesal para subsanar la irregularidad, ello atendiendo a las finalidades axiológicas del proceso penal, en virtud de las cuales *"los jueces deben lograr la solución del problema planteado, buscando realizar la justicia en el marco de la interpretación de la ley, entendida como la expresión de un proceso democrático en el cual además de su coherencia interna se respeten los fundamentos y valores del estado democrático de derecho"*.<sup>6</sup>

En efecto, la nulidad constituye un mecanismo extremo y residual que sólo opera ante la inexistencia de otro instrumento procesal para subsanar la irregularidad, no corregible sino repitiendo parte de la actuación. En tal sentido se pronunció la Corte Constitucional, así:

*"También, es dable afirmar que no toda irregularidad que llegue a generarse ha de tenerse por nulidad, sin que ello se traduzca en vulneración del Debido Proceso.*

*El Código de Procedimiento Penal consagró dentro de sus normas rectoras la corrección de actos irregulares en los siguientes términos: "El funcionario judicial está en la obligación de corregir los actos irregulares, respetando siempre los derechos y garantías de los sujetos procesales". Resulta claro que dentro de este mismo propósito han de analizarse los principios que orientan la declaratoria de nulidades y su convalidación, así; en concordancia con la agilidad propia del proceso penal y con la ausencia de dilaciones injustificadas se prevé la no declaratoria de invalidez de un acto que "cumpla la finalidad para la cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa"; se prevé, además, la demostración de que la irregularidad sustancial alegada "afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento", para lo cual, entiende la Corte, será indispensable, en primer lugar, precisar las violaciones invocadas en forma tal que le sea posible al funcionario conocer el vicio observado, su profundidad y extensión, y además de ello, en segundo término, indicar cuál o cuáles de las garantías procesales fueron conculcadas, lo contrario sería patrocinar una vaguedad o*

---

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto Colisión de Competencia de marzo 30 de 2005, proceso 23407.

*generalidad inconveniente que lejos de contribuir a la observancia del debido proceso terminaría desvirtuándolo.”<sup>7</sup>. (Negrilla fuera de texto).*

Igualmente, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se expresó en los siguientes términos:

*"En materia penal las nulidades se encuentran regidas, entre otros principios, por el de trascendencia e instrumentalidad de las formas, de conformidad con los cuales no basta con la configuración del vicio de actividad acusado, sino que es necesario acreditar que el mismo resulta sustancial, es decir, que se afectaron las garantías de los sujetos procesales o se desconocieron las bases fundamentales de la instrucción y juzgamiento, y que se desdibujó la finalidad de la actuación que se tacha de viciada.*

*Dicho de otra manera, no todo yerro in procedendo genera indefectiblemente la nulidad en tanto entre los principios que orientan su declaratoria, se encuentran el de instrumentalidad de las formas y el de trascendencia, según los cuales **"no se declarará la invalidez de lo actuado cuando el acto cumpla la finalidad para la cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho a la defensa"** y "quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento". (negrilla fuera de texto).*

*En el supuesto que ocupa la atención de la Corte, además de que el actor no evidenció cómo tal circunstancia afectó las garantías procesales del sentenciado o desquició las bases del juzgamiento, se advierte que la diligencia de audiencia preparatoria celebrada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Riohacha cumplió con su finalidad y el procesado estuvo acompañado por su defensor, protegiéndose de esta manera sus garantías judiciales.”<sup>8</sup>*

Así pues, en materia penal las nulidades se encuentran regidas por una serie de principios en virtud de los cuales no basta la configuración del vicio acusado, sino que es necesario acreditar que el mismo haya afectado las garantías de los sujetos procesales o soslayado las bases fundamentales de la instrucción y juzgamiento, desdibujando la finalidad de la actuación que se tacha de viciada.

## **2. Los problemas jurídicos que plantea el caso concreto.**

---

<sup>7</sup> Corte Constitucional, sentencia C-541 de 1992, MP. Dr. Fabio Morón Díaz

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia Enero 24 de 2007, Radicado 20750, MP. Jorge Luís Quintero Milanés.

Como quedó dicho precedentemente, la Sala debe establecer si se configuró la nulidad prevista en el numeral 2º del art. 306 de la Ley 600, como consecuencia de la aparente vulneración del principio de legalidad en que incurrió la Fiscalía al disponer, en la parte resolutive de la resolución de acusación, que el delito por el que sería juzgado BALTA SANTANA correspondía al consignado en el art. 397 de la Ley 590 de 2000.

De no prosperar el anterior reparo, también será imperioso estudiar si la sentencia de instancia vulneró el derecho a ser juzgado "*conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa*", pues en aquella providencia también se menciona indiscriminadamente el citado artículo 397.

### **2.1. La irregularidad de la resolución de acusación.**

Con fundamento en la causal segunda del artículo 306 de la Ley 600, aduce el apelante que se vulneró el debido proceso de BALTA SANTANA, quien sólo podía ser acusado y condenado por el delito de PECULADO POR APROPIACIÓN previsto en el Decreto Ley 100 de 1980, vigente para la fecha de los hechos, razón por la cual es imperativo declarar la nulidad de lo actuado desde la resolución de acusación, inclusive, toda vez que dicha providencia constituye en el proceso penal un acto sustancial y estructural del debido proceso, a través del cual se delimita de manera clara e inequívoca los extremos personal, fáctico y jurídico de la pretensión punitiva del Estado frente al infractor de la ley penal, por lo que necesario resulta establecer cómo quedaron exactamente en el presente asunto esos referentes.

En la resolución del 4 de junio de 2015, mediante la cual fue calificado el mérito probatorio del sumario, la fiscal del caso adujo que los medios de conocimiento establecían que el comportamiento desplegado por el acusado "*estaba encaminado a la apropiación*" de los recursos girados por INURBE para la ejecución del programa de vivienda "*Cravo Progresas*", pues fue su decisión adjudicarlos a Rogelio Macías en el año 1999 sin mediar contrato alguno para el suministro de los materiales de construcción

que no fueron entregados a los beneficiarios de la política pública, con lo cual ocasionó un detrimento de cuarenta y nueve millones cincuenta y seis mil cuatrocientos dieciséis pesos (\$49.056.416).

El ente acusador, después de referir el contenido de los aludidos medios de convicción, prosiguió con la adecuación jurídica de la conducta fáctica investigada precisando que, por tratarse de hechos acaecidos en el año 1999, el delito cometido correspondía al de PECULADO POR APROPIACIÓN, previsto en el inciso 1° del art. 133 del Decreto Ley 100 de 1980, cuya pena iba de seis (6) a quince (15) años. En detalle expuso lo siguiente:

*"Primeramente debe señalar que los hechos aquí investigados sucedieron para el año 1999, razón por la cual es pertinente aplicar la ley vigente en esa época, que no es otra que el Decreto Ley 100 de 1980*

*TÍTULO III. Delitos Contra la Administración Pública. CAPÍTULO PRIMERO. Del Peculado*

*El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se la haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en 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.*

*Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se disminuirá de la mitad (1/2) a las tres cuartas (3/4) partes.*

*Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad (1/2).*

*Vemos entonces que para el año 1999 el salario mínimo era de \$260.100.00, valor que multiplicado por 50 salarios mínimos legales mensuales arroja un total de \$ 13.005.550. Teniendo en cuenta que el valor apropiado conforme al estudio realizado por el órgano de control asciende a \$ 49.056.416, se procederá por lo señalado en el inciso primero de la norma en cita."*

La anterior recapitulación sobre la concreción de la pretensión punitiva del Estado en este asunto, con sujeción a las reglas procesales de la Ley 600 de 2000 que lo gobierna, evidencian que la censura propuesta por el apelante carece de sustento, en la medida que fue acusado "conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa", pues de manera clara e inequívoca se le dio a conocer que sería juzgado por el delito de

PECULADO POR APROPIACIÓN, descrito en el inciso 1° del art. 133 del Decreto Ley 100 de 1980, vigente para cuando se consumó el detrimento de cuarenta y nueve millones cincuenta y seis mil cuatrocientos dieciséis pesos (\$49.056.416).

Vale la pena recordar que en la sistemática penal la acusación, como eslabón del debido proceso, constituye un acto sustancial donde se definen los contornos fáctico y jurídico de la pretensión punitiva del Estado sobre un ciudadano determinado, de suerte que una vez hecha la respectiva manifestación con las formalidades de ley, ella tiene fuerza vinculante en tanto el acusado adquiere la certeza de que es frente al comportamiento reprochado que debe ejercer su derecho de defensa en el juicio, sin que pueda ser condenado por una conducta distinta a la concretada.

Dicho de otra forma, la resolución de acusación establece el marco conceptual, fáctico y jurídico de la pretensión punitiva del Estado, sobre el cual se soportará tanto el juicio como el fallo, garantía que irradia al derecho a la defensa, ya que el procesado no podrá ser sorprendido con imputaciones que no haya tenido la ocasión de conocer y menos de controvertir.

Desde esa perspectiva, la precisión de la acusación constituye una barrera que le impide al juez agravar la situación del acusado, para sustentar su responsabilidad en hechos o circunstancias no discutidos ni deducidos en forma expresa en ese acto procesal estructural, y por contera no puede modificar el núcleo fáctico de los cargos atribuidos, suprimir circunstancias atenuantes reconocidas acerca de los mismos, incluir agravantes no contempladas para estos o variar el delito endilgado por uno más grave, so pena de infringir el denominado principio de congruencia, que no es más que la estricta correspondencia entre la acusación y la sentencia.

Ahora bien, el art. 398 de la Ley 600 de 2000 dispone que la resolución de acusación contenga, entre otros requisitos, la calificación jurídica provisional, esto es, la descripción típica que en sentir del órgano instructor se configura, lo que cobra sentido en esta etapa procesal por cuanto mediante aquella providencia se da lugar al juicio, con base en unos motivos estimados suficientes por la Fiscalía a la luz de las reglas procesales aplicables

y como resultado de la investigación, pero no se decide con efectos definitivos, lo cual corresponde privativamente a los jueces, de acuerdo con la estructura del proceso penal prevista por la Constitución y las Leyes.

Efectivamente, según el artículo 250 de la Carta, compete a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querrela, *"investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes"*, *"asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal"*, y *"calificar y declarar precluidas las investigaciones realizadas"*. Por eso la resolución de acusación, conforme al requisito previsto en el artículo 442 de la Ley 600, numeral 3º, debe contener *"la calificación jurídica provisional, con señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente al Código Penal"*.

Sobre el particular, debe resaltarse que la calificación jurídica realizada por la Fiscalía es provisional, según lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, adquiriendo el carácter de definitiva sólo cuando es consignada en el fallo. En ese sentido se pronunció en auto del 3 de julio de 2013, Rad. 33790, cuando expresó en su Sala de Casación Penal:

*"De esa manera surge claro, que es con relación a los hechos jurídicamente relevantes de la acusación y demostrados en el juicio, que el Fiscal puede solicitar la condena y el Juez proferir el fallo correspondiente, teniendo en cuenta el carácter provisional de la calificación jurídica de la conducta incluida en la acusación. En este sentido no puede dejarse de considerar que sólo al término del debate probatorio resulta posible afirmar que la calificación jurídica de la conducta es definitiva, toda vez que son los hechos que en el curso del juicio se lograron demostrar por las partes, los que le permiten al juez cumplir con su función constitucional de prodigar justicia, verificando si la adecuación típica propuesta por la Fiscalía como fundamento de la solicitud de condena, coincide o no con lo acreditado en el juicio, y realizando la tipificación definitiva según lo que declare probado en él, a fin de aplicar las correspondientes consecuencias jurídicas"*.

La adecuación típica a cargo de dicho organismo resulta, entonces, provisional o sujeta a correcciones, lo que no deja al procesado en indefensión, *"ya que, no obstante la posibilidad de que se haya preparado para su defensa con base en los datos y criterios iniciales que la hayan inspirado, aquél siempre podrá, supuestas todas las condiciones y garantías del debido proceso, velar por la real verificación de los hechos y hacer efectivos"*

*los mecanismos jurídicos tendientes a la búsqueda de la verdad, con miras a la genuina realización de la justicia”.*<sup>9</sup>

En ese orden de ideas, si la Fiscalía advierte que la calificación jurídica provisional es errada, bien porque se equivocó al formularla o porque un medio de prueba practicado o aducido de manera ulterior así lo evidencia, es posible variarla, pues el artículo 404 de la ley 600 de 2000 prevé, que en la fase del juicio puede ajustarse la adecuación típica a iniciativa del funcionario acusador o por petición o insinuación del juzgador, siempre preservando las garantías del procesado a fin de que cuente con la oportunidad para controvertir la acusación, incorporar nuevos elementos de juicio o suspender el proceso para analizar esa nueva imputación.

Como consecuencia de lo anterior, no puede avalarse que una errada calificación jurídica adoptada por la Fiscalía en la resolución de acusación tenga, por sí sola, la trascendencia para viciar la instrucción y el posterior juzgamiento, como lo sugiere la defensa, porque el carácter provisional de la calificación se aviene con la garantía consagrada en el artículo 29 de la Constitución, toda vez que sostiene la presunción de inocencia del procesado en cuanto al delito por el cual se lo acusa. Si, por el contrario, la calificación fuera inmodificable, se mantendría lo dicho en la resolución de acusación, aunque en el curso del juicio se demostrara que ella, en su base misma, es deleznable, lo cual carece del más elemental sentido de justicia.

Téngase en cuenta, adicionalmente, que si la calificación del fiscal en la resolución acusatoria tuviera un carácter definitivo cualquier inexactitud en que incurriera al proferir dicha providencia llevaría a la nulidad del proceso penal, dando paso a la impunidad, ya que, con arreglo al principio *non bis in idem*, no cabría nueva actuación procesal por los mismos hechos.

En ese sentido, la Corte Constitucional en sentencia C-620 de 2001, al examinar la validez artículo 404 de la Ley 600 de 2000, hizo énfasis en que la resolución de acusación no es definitiva, porque el proceso no se agota en la etapa de instrucción. De ahí que en la fase de juzgamiento el juez pueda modificarla en caso que, luego del análisis probatorio,

---

<sup>9</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-491 de 1996

encuentre que la adecuación típica realizada por la fiscalía no se ajusta cabalmente a la conducta ejecutada por el procesado o es contraria a los postulados del debido proceso, así lo expresó el alto Tribunal:

*"Es inadmisibles entender que la posibilidad de modificar la calificación jurídica vulnera el derecho de defensa, ya que sería absurdo sostener que su protección radica en la permanencia en el error o la omisión en que haya podido incurrir el fiscal al proferir dicha providencia. Adicionalmente, la provisionalidad de la calificación responde a la necesidad de garantizar el derecho al debido proceso, toda vez que protege la presunción de inocencia, la cual sólo se desvirtúa con la sentencia condenatoria.*

*De esta forma, la calificación inicial sobre el delito no puede ser invariable, ya que el objetivo de todo proceso, en especial los procesos penales, es esclarecer los hechos, los autores y partícipes con fundamento en el material probatorio recaudado, para administrar justicia con apoyo en la verdad y en la convicción razonada de quien resuelve. De ahí que el funcionario o corporación a cuyo cargo se encuentra la decisión final debe estar en condiciones de modificar, parcial o totalmente, las apreciaciones con base en las cuales se inició el proceso.*

*La Corte no comparte entonces el criterio de la demandante y del Procurador, cuando afirman que al facultar al juez para declarar la nulidad de la resolución de acusación se estaría violando el ámbito de competencia del fiscal, pues de sostenerse que la decisión del fiscal debe quedar incólume, es decir, que sea inmodificable por el juez, se caería en el absurdo de avalar la permanencia en el error con la excusa de estar protegiendo los ámbitos de competencia del juez y del fiscal.*

*Por el contrario, esta Corporación encuentra perfectamente lógico y ajustado a derecho que el juez, como director del proceso, pueda corregir los errores que se cometan en el transcurso del mismo, de modo que se proteja el fin del proceso penal, esto es, el esclarecimiento de los hechos, la búsqueda de la verdad y la justicia material, así como los derechos fundamentales de quien está siendo procesado por la comisión de un hecho punible. Esto responde también al principio varias veces mencionado de la colaboración funcional, según el cual los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines (art. 113 de la C.P.)."*

Basta sugerir, a título de ejemplo, lo que acontecería si calificado el hecho punible bajo un determinado tipo legal en la resolución de acusación y hallado en el curso del proceso que el sindicado no cometió ese delito, sino otro, plenamente probado, fuera imposible para el juez proferir el fallo de condena en cuanto le estuviera vedado modificar la calificación jurídica inicial. El delito, entonces, por mal calificado, quedaría impune, frustrándose el postulado constitucional que obliga al Estado a realizar un orden justo.

De esa manera, si se asumiera que efectivamente la fiscalía acusó a BALTA SANTANA del delito de PECULADO POR APROPIACIÓN, consagrado en el art. 397 de la Ley 599 de 2000, por hechos acaecidos con anterioridad a su vigencia, no es posible concluir sin más que tal acto está viciado, ya que la calificación es apenas provisional y, en consecuencia, corregible.

Con todo, lo que en el asunto bajo examen se advierte es que, a pesar de haber consignado en la parte resolutive que la descripción típica del delito de PECULADO POR APROPIACIÓN correspondía a la prevista en el artículo 397 de la Ley 599 de 2000, la fiscalía precisó detalladamente, en su parte motiva, que por tratarse de hechos acaecidos en el año 1999 el delito correspondía al de PECULADO POR APROPIACIÓN tipificado en el inciso 1º del art. 133 del Decreto Ley 100 de 1980, cuya pena iba de seis (6) a quince (15) años, cumpliendo de esa manera con la finalidad sustantiva del acto procesal en cuestión, pues indudablemente le permitió al procesado preparar su defensa.

Como se aprecia, la fiscalía sostuvo detalladamente que la calificación jurídica provisional correspondía a la descripción típica del delito de PECULADO POR APROPIACIÓN consagrada en el artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980, puesto que los hechos por los que el procesado sería juzgado ocurrieron en el año 1999, de tal suerte que a pesar de la inconsistencia con la parte resolutive el acusado no vio frustrada la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa a plenitud, si se piensa que nunca cuestionó que aquella autoridad haya incumplido con la carga de determinar exacta, circunstanciada y concretamente la conducta, mientras que en párrafos precedentes se ha dejado en evidencia que se precisó la adecuación típica momentánea a la que estaba obligado el representante del ente acusador, permitiendo al acusado a BALTA SANTANA conocer el contenido normativo del tipo penal por el cual sería juzgado en principio.

Por contera, al contrastar el contenido del tipo penal del artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980 con el del original artículo 397 de la Ley 599 de 2000, se advierte que el acusado no pudo caer en error, puesto que la descripción normativa del delito de peculado por apropiación es idéntica en ambas disposiciones, tanto en los elementos

estructurales como en las sanciones a imponer, tal y como se desprende de su lectura textual:

Artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980	Artículo 397 de la Ley 599 de 2000
<p><b>Peculado por apropiación.</b> El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se la haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en 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.</p>	<p><b>Peculado por apropiación.</b> El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.</p>

En ese orden de ideas, deviene incontrastable que a pesar de la inconsistencia con su parte resolutive, la calificación jurídica provisional realizada por la Fiscalía en la parte motiva de la providencia, que llamó a juicio a BALTA SANTANA, cumplió con los fines sustantivos para los cuales ha sido prevista, en la medida que le permitió conocer con precisión los hechos jurídicamente relevantes y los elementos típicos por los que sería juzgado, razón por la cual la anotada contradicción carece de relevancia para fundar la nulidad deprecada en el recurso de apelación.

## **2.2. La adecuación típica de la sentencia de instancia y la aparente vulneración del principio de legalidad.**

Por otra parte, la Sala procede a establecer si la sentencia de instancia vulneró el derecho a ser juzgado "*conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa*", pues en aquella providencia también se menciona indiscriminadamente el art. 397 de la ley 599 de 2000. Recuérdese que el principio de legalidad tiene una doble connotación, pues funge como rector tanto del ejercicio del poder en general como del derecho sancionador. Como

principio rector del ejercicio del poder implica que no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley. De ese modo, exige que todos los funcionarios del Estado actúen siempre sujetándose al ordenamiento jurídico, que establece la Constitución y desarrollan las demás reglas jurídicas.

En materia penal, dicho principio garantiza no solo la seguridad jurídica y la libertad general de acción, al indicarle al ciudadano qué comportamientos ameritan reproche punitivo, sino que además correlativamente impone deberes a las autoridades públicas sobre la expedición y aplicación de las normas procesales y sustantivas. En desarrollo de esta connotación, la doctrina especializada ha reconocido una serie de elementos que define de la siguiente manera:

*"...nullum crimen sine praevia lege: no puede considerarse delito el hecho que no ha sido expresa y previamente declarado como tal por la ley; nulla poena sine praevia lege: esto es, no puede aplicarse pena alguna que no esté conminada por la ley anterior e indicada en ella; nemo iudex sine lege: o sea que la ley penal sólo puede aplicarse por los órganos y jueces instituidos por la ley para esa función; nemo damnetur nisi per legale indicum, es decir que nadie puede ser castigado sino en virtud de juicio legal."<sup>10</sup>*

Lo anterior significa que para sancionar legítimamente el Estado deben respetar las garantías fundamentales del debido proceso, destinadas a *"proteger la libertad individual, controlar la arbitrariedad judicial y asegurar la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal"*.<sup>11</sup>

Así, la Constitución Política establece en el artículo 29 que *"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio"*, exigiendo al legislador: (i) definir de manera clara, concreta e inequívoca las conductas reprobadas; (ii) señalar anticipadamente las respectivas sanciones, así como; (iii) la definición de las

---

<sup>10</sup> Luis Jiménez de Asúa, "Tratado de Derecho Penal. Tomo II Filosofía y Ley Penal", Edit. Losada, Buenos Aires Argentina, 1950.

<sup>11</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-653/01 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

autoridades competentes, y; (iv) el establecimiento de las reglas sustantivas y procesales aplicables, con el fin garantizar un debido proceso.

En torno a cada uno de los elementos enunciados se ha precisado el entendimiento que en el ordenamiento jurídico colombiano debe darse al artículo 29 Constitucional, de la siguiente manera:

*"13- El principio de legalidad penal constituye una de las principales conquistas del constitucionalismo pues constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos ya que les permite conocer previamente cuándo y por qué "motivos pueden ser objeto de penas ya sea privativas de la libertad o de otra índole evitando de esta forma toda clase de arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades penales respectivas". De esa manera, ese principio protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial y asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal. Por eso es natural que los tratados de derechos humanos y nuestra constitución lo incorporen expresamente cuando establecen que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa (CP art. 29)[54].*

*14- Este principio de legalidad penal tiene varias dimensiones y alcances. Así, la más natural es la reserva legal, esto es, que la definición de las conductas punibles corresponde al Legislador, y no a los jueces ni a la administración, con lo cual se busca que la imposición de penas derive de criterios generales establecidos por los representantes del pueblo, y no de la voluntad individual y de la apreciación personal de los jueces o del poder ejecutivo.*

*15- Esta reserva legal es entonces una importante garantía para los asociados. Pero no basta, pues si la decisión legislativa de penalizar una conducta puede ser aplicada a hechos ocurridos en el pasado, entonces el principio de legalidad no cumple su función garantista. Una consecuencia obvia del principio de legalidad es entonces la prohibición de la aplicación retroactiva de las leyes que crean delitos o aumentan las penas. Por ello esta Corporación había precisado que no sólo "un hecho no puede considerarse delito ni ser objeto de sanción si no existe una ley que así lo señale" sino que además la norma sancionadora "ineludiblemente debe ser anterior al hecho o comportamiento punible, es decir, previa o preexistente."*

*16- La prohibición de la retroactividad y la reserva legal no son sin embargo suficientes, pues si la ley penal puede ser aplicada por los jueces a conductas que no se encuentran claramente definidas en la ley previa, entonces tampoco se protege la libertad jurídica de los ciudadanos, ni se controla la arbitrariedad de los funcionarios estatales, ni se asegura la igualdad de las personas ante la ley, ya que la determinación concreta de cuáles son los hechos punibles recae finalmente, ex post facto, en los jueces, quienes pueden además interpretar de manera muy diversa leyes que no son inequívocas. Por eso, la doctrina y la jurisprudencia, nacional e internacionales, han entendido que en materia penal, el principio de legalidad en sentido lato o reserva legal, esto es, que la ley debe definir previamente los hechos punibles, no es suficiente y debe ser complementado por un principio de legalidad en sentido estricto, también denominado como el principio de tipicidad o taxatividad, según el cual, las conductas punibles deben ser no sólo previamente sino taxativa e inequívocamente definidas por la ley, de suerte, que la labor del juez penal se limite*

*a verificar si una conducta concreta se adecua a la descripción abstracta realizada por la ley. Según esa concepción, que esta Corte prohija, sólo de esa manera, el principio de legalidad cumple verdaderamente su función garantista y democrática, pues sólo así protege la libertad de las personas y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal".<sup>12</sup>*

En relación con la aplicación de las leyes en el tiempo, merece especial atención la expresión contenida en el artículo 29 de la Constitución Política, según la cual "*nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio*", puesto que las "*leyes preexistentes*" a que se refiere la norma constitucional son aquellas de carácter sustancial que definen los delitos y las penas. De esta manera se incorpora a nuestro ordenamiento el principio de legalidad en materia penal, expresado en el aforismo latino *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*. En este sentido, el artículo 43 de la Ley 153 de 1887, recoge la interpretación expuesta cuando indica:

***"La ley preexistente prefiere a la ley ex post facto en materia penal. Nadie podrá ser juzgado o penado sino por ley que haya sido promulgada antes del hecho que da lugar al juicio. Esta regla solo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos, pero no a aquellas que establecen los tribunales y determinan el procedimiento, la cuales se aplicarán con arreglo al artículo."***

Ahora bien, el principio de favorabilidad también es elemento integrante del debido proceso en materia penal, pues se encuentra establecido en el artículo 29 del Estatuto Superior cuando señala, que "*En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.*"

Así, en el caso de sucesión de leyes en el tiempo, si la nueva ley es desfavorable en relación con la derogada, ésta será la que se siga aplicando a todos los hechos delictivos que se cometieron durante su vigencia, que es lo que la doctrina denomina ultractividad de la ley.

---

<sup>12</sup> Sentencia C-133 de 1999. MP Carlos Gaviria Díaz

La retroactividad, por el contrario, significa, que cuando la nueva ley contiene previsiones más favorables que las contempladas en la ley que deroga, la nueva ley se aplicará a los hechos delictivos ocurridos con anterioridad a su vigencia.

Descendiendo al asunto objeto de estudio, la instancia determinó que existía evidencia suficiente para asegurar que BALTA SANTANA, actuando como alcalde del municipio de Cravo Norte - Arauca, malversó la suma de cuarenta y nueve millones cincuenta y seis mil cuatrocientos dieciséis pesos (\$49.056.416) correspondiente al programa de vivienda "Cravo Progresas", pues la entregó a terceros, en el año 1999, sin cumplimiento de los requisitos legales.

En esas condiciones, la instancia consideró que se había configurado el delito de peculado apropiación descrito en el artículo 397 de la Ley 599 de 2000, en la medida que, además, el acusado ostentaba la disponibilidad de los recursos girados por el INURBE para ejecutar el programa de vivienda, al haber sido para la época el alcalde del municipio de Cravo Norte, y era consciente de la ilicitud de su actuar, como lo reconoció al aceptar su responsabilidad.

Como se aprecia, la instancia profirió sentencia condenatoria por una descripción típica cuya vigencia es posterior a la fecha de los hechos, pues de acuerdo con esa providencia y la resolución de acusación, la apropiación de los dineros se consumó en el año 1999. De ahí que en principio pueda afirmarse que el acusado fue condenado con fundamento en una Ley promulgada con posterioridad a los hechos que dieron lugar al juicio.

Pero ello no significa que se haya conculcado su derecho al debido proceso, pues: (i) como se dijo anteriormente, el contenido de los tipos penales del artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980 y el original artículo 397 de la Ley 599 de 2000, es idéntico, tanto en los elementos estructurales como en las sanciones a imponer; (ii) es posible sostener que el artículo 397 original de la Ley 599 de 2000 es más favorable en la medida que limita la sanción de multa a los cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y; (iii) con todo, la irregularidad cometida no tiene la entidad para

dejar sin efectos todo lo actuado, ya que no satisface las exigencias de los principios que rigen la institución de la nulidad.

Ciertamente, el delito de PECULADO POR APROPIACIÓN se ha mantenido incólume en sus elementos estructurales desde el Decreto Ley 100 de 1980, pues se ha exigido indistintamente que: (i) se trate de un sujeto activo calificado que debe ser un servidor público; (ii) a quien se le ha asignado la administración, tenencia o custodia de ciertos bienes sobre los que tiene disponibilidad jurídica o material, y; (iii) que de manera consciente se apropie de ellos para sí mismo o para un tercero

Inclusive, ambas disposiciones contrastadas son idénticas al señalar que el objeto material del delito corresponde a *"bienes del estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se la haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones"*.

En cuanto a las sanciones, ambos articulados contemplan penas de seis (6) a quince (15) años de prisión, multa equivalente al valor de lo apropiado e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de pena privativa de la libertad, con la salvedad que el artículo 397 de la Ley 599 de 2000 limita el valor de la sanción económica a los cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, de suerte que eventualmente sería más favorable.

De ese modo, que la instancia haya condenado a BALTA SANTANA por el delito de PECULADO POR APROPIACIÓN con fundamento en el artículo 397 original de la Ley 599 de 2000, no vulnera el principio de legalidad y el derecho del acusado a ser juzgado conforme *"a leyes preexistentes al acto que se le imputa"*, en tanto al ser idéntico su contenido conforme a lo dispuesto para ese mismo delito en el artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980, no se vio sorprendido, ya que siempre supo que su conducta estaba penalizada al momento de su realización.

Recuérdese que el principio de legalidad, entre otras cosas, materializa la seguridad jurídica de los ciudadanos, ya que les permite conocer previamente cuándo y por qué *"motivos pueden ser objeto de penas ya sea privativas de la libertad o de otra índole evitando de esta forma toda clase de arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades penales respectivas"*<sup>13</sup>, por lo que en el caso de BALTA SANTANA, a pesar de la inconsistencia sobre la disposición normativa, le fue posible conocer que su comportamiento era perseguido penalmente y las sanciones exactas a las que se exponía por su realización.

Inclusive, como se dejó anotado, la fiscalía en la resolución de acusación precisó detalladamente que la calificación jurídica provisional correspondía a la descripción típica del delito de peculado por apropiación consagrada en el artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980, puesto que los hechos por los que sería juzgado ocurrieron en el año 1999.

De todos modos, la irregularidad censurada por el apelante no afectó las garantías constitucionales del acusado ni las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento, en tanto no se ha visto conculcado el derecho a conocer previamente cuándo y por qué *"motivos pueden ser objeto de penas ya sea privativas de la libertad o de otra índole"*.

Ello porque en virtud del *principio de trascendencia*, quien alegue la nulidad está en la obligación de acreditar que la denunciada irregularidad sustancial afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento, de suerte que la infracción al debido proceso debe ser de bulto, grosera, que pretermita u omita un acto distinguido por la ley y al que obligatoriamente los funcionarios deban acceder para su no conculcación.

Tampoco parece prudente sostener que la inconsistencia anotada sólo pueda subsanarse anulando todo lo actuado desde la resolución de acusación, pues en aplicación del principio de *residualidad o subsidiaridad*, es posible corregir tal desatino en esta instancia

---

<sup>13</sup> Sentencia C-133 de 1999. MP Carlos Gaviria Díaz

precisando que la aceptación de responsabilidad y, en consecuencia, la sentencia condenatoria, se fundamenta en el tipo penal de peculado por apropiación, previsto en el artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980.

Téngase en cuenta que, como corolario de este principio, sólo puede decretarse la invalidez de los actos procesales cuando no existe otro medio para subsanar la irregularidad, ello atendiendo a las finalidades axiológicas del proceso penal, en virtud de las cuales *"los jueces deben lograr la solución del problema planteado, buscando realizar la justicia en el marco de la interpretación de la ley, entendida como la expresión de un proceso democrático en el cual además de su coherencia interna se respeten los fundamentos y valores del estado democrático de derecho"*.<sup>14</sup>

Ciertamente, si BALTA SANTANA aceptó que en el año 1999 malversó la suma de cuarenta y nueve millones cincuenta y seis mil cuatrocientos dieciséis pesos (\$49.056.416) correspondiente al programa de vivienda *"Cravo Progres"*, entregándola a terceros, la solución que materializa de mejor manera la realización de justicia en el marco de interpretación de los principios constitucionales, es modificar la sentencia de instancia para precisar que la condena se fundamenta en la descripción típica vigente para la fecha de los hechos, pues con ello también se asegura que, en puridad, el acusado haya sido juzgado y condenado de conformidad con la ley preexistente al hecho que se le imputó, sin que ello afecte de manera alguna otras garantías, en la medida que la descripción típica que se tuvo en cuenta para allanarse a cargos fue la misma.

Ahora bien, si lo que el apelante perseguía con la nulidad planteada era dejar sin efectos la aceptación de responsabilidad del acusado, debe aclararse que tal posibilidad está condicionada a que la admisión no haya obedecido a un acto voluntario, libre o espontáneo o que fue producto de la violación de garantías fundamentales, sin que nada de ello argumentara al sustentar la alzada. Así lo precisó la Corte Suprema de Justicia<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto Colisión de Competencia de 30 de marzo de 2005, proceso 23407.

<sup>15</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia Penal del 27 de enero de 2016, rad. 47189.

al señalar, que una vez aceptada la admisión de responsabilidad sólo es posible dejar sin efectos tal manifestación cuando concurre un vicio que altere su validez:

*"(...) habiéndose cumplido en la audiencia de formulación de imputación por parte del respectivo funcionario, la labor relativa a constatar el respeto de los derechos y garantías fundamentales del imputado...; no puede ahora pretender el defensor del procesado que el referido control judicial fuera replicado por el juez de conocimiento en la audiencia de individualización de pena y sentencia, a través del interrogatorio al citado, como si la actividad cumplida por su homólogo de garantías no tuviera ningún efecto jurídico.*

*(...)*

*Tal ha sido el criterio expresado por la Corte en plurales decisiones a propósito del cambio de jurisprudencia en torno a la posibilidad que en un principio se admitió, de retractarse de manera pura y simple de la aceptación unilateral de cargos manifestada en la audiencia de imputación, hasta el momento en que el juez de conocimiento procediera a verificar la legalidad de tal expresión de voluntad del implicado<sup>16</sup>, pero que luego se modificó para proscribir la facultad de desdecirse de lo aceptado cuando ello obedece al mero arbitrio del imputado".*

En resumen, la irregularidad censurada por el apelante no afectó las garantías constitucionales del acusado ni las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento, en tanto no se ha visto conculcado el derecho a conocer previamente cuándo y por qué *"motivos pueden ser objeto de penas ya sea privativas de la libertad o de otra índole"*. Además, en virtud del principio de residualidad, la solución que satisface su derecho a ser juzgado conforme a las leyes preexistentes a los hechos investigados, es modificar la sentencia de instancia para precisar que la condena se fundamenta en la descripción típica del delito de PECULADO DE APROPIACIÓN del artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980, pues el acusado aceptó su responsabilidad durante la actuación procesal, sin que se advierta que no haya obedecido a un acto voluntario, libre o espontáneo, o que fue producto de la violación de garantías fundamentales.

### **3. Cuestión final.**

---

<sup>16</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia Penal del 30 de mayo de 2012, rad. 37668.

Ahora bien, debe precisarse lo relativo a la captura de JORGE ALBERTO BALTA SANTANA para dar cumplimiento a la condena impuesta en su contra. Al respecto, ha de señalarse que fue ordenada por el juez de primera instancia, pero como en la actuación no se ordenó medida de aseguramiento para su materialización es imperativo que se encuentre en firme la sentencia, lo que en este asunto no ha tenido lugar, como pasa a explicarse detenidamente.

El recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, mediante la cual se condenó al procesado, se concedió en el efecto suspensivo, razón por la que se suspende su cumplimiento hasta que las diligencias regresen al Despacho de origen, según los artículos 192 y 193 de la Ley 600 de 2000:

*ARTICULO 192. EFECTOS. La apelación de las providencias que se proferan en la actuación procesal se surtirá en uno de los siguientes efectos:*

*1. Suspensivo. **En cuyo caso la competencia del inferior se suspenderá desde cuando se profiera la providencia que lo conceda, hasta cuando regrese el cuaderno al despacho de origen.***

*"ARTICULO 193. EFECTOS DE LAS PROVIDENCIAS APELADAS. Sin perjuicio de lo señalado en otras disposiciones de este código, los recursos de apelación se concederán en los siguientes efectos:*

*a) **En el suspensivo la sentencia** y las siguientes providencias (...)*

En tal sentido, el artículo 188 *ibidem* prevé que la providencias que dispongan la libertad y detención de los procesados se cumplirán de inmediato. Sin embargo, precisa, además que, si en la sentencia condenatoria se niega la suspensión condicional de la pena, solo será procedente ordenar su materialización una vez la sentencia cobre ejecutoria o firmeza, salvo que en la actuación se hubiere proferido medida de aseguramiento de detención preventiva:

*"ARTICULO 188. CUMPLIMIENTO INMEDIATO. Las providencias relativas a la libertad y detención, y las que ordenan medidas preventivas, se cumplirán de inmediato.*

*Si se niega la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la captura sólo podrá ordenarse cuando se encuentre en firme la sentencia, salvo que durante la actuación procesal se hubiere proferido medida de aseguramiento de detención preventiva."*

Como se aprecia, si en desarrollo del proceso no se dictó medida de aseguramiento de detención preventiva, el cumplimiento de la pena impuesta únicamente es viable cuando la providencia se encuentre en firme, lo que sucede tres días después de notificada si no se han interpuesto los recursos procedentes o en el caso de aquellas que resuelve el recurso de apelación el día en que sean suscritas por el funcionario que la dicta, de acuerdo con el artículo 187 de esa codificación:

*"ARTICULO 187. EJECUTORIA DE LAS PROVIDENCIAS. Las providencias quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas si no se han interpuesto los recursos legalmente procedentes.*

*La que decide los recursos de apelación o de queja contra las providencias interlocutorias, la consulta, la casación, salvo cuando se sustituya la sentencia materia de la misma y la acción de revisión quedan ejecutoriadas el día en que sean suscritas por el funcionario correspondiente."*

A partir de la lectura conjunta de esas normas podría pensarse que como en este asunto la condena se impuso en primera instancia y contra esa providencia se interpuso el recurso de apelación, su ejecutoria tiene lugar una vez se suscriba la sentencia que resuelve dicho medio de impugnación, sin que pueda materializarse la privación de la libertad del procesado porque en la actuación no se impuso medida de aseguramiento.

Así se desprendía, también, del entonces texto del artículo 205 de la Ley 600 de 2000, pues se estableció que la casación procedía, entre otras, contra las sentencias ejecutoriadas proferidas en segunda instancia por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial:

*"ARTICULO 205. PROCEDENCIA DE LA CASACION. La casación procede contra las sentencias **ejecutoriadas** proferidas en segunda instancia por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal Penal Militar, en los procesos que se hubieren adelantado por los delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda de ocho años, aún cuando la sanción impuesta haya sido una medida de seguridad. (...)"*

Es decir, de conformidad con el citado texto, la casación sólo procedía contra sentencias de segunda instancia ejecutoriadas, esto es, que hayan quedado en firme o, en otras palabras, hayan hecho tránsito a cosa juzgada y, por consiguiente, no se suspendía la ejecución de la sentencia, lo que reforzaba lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 600 de 2000, en el sentido que las mismas adquirirían esa condición con su suscripción por parte del funcionario judicial.

Sin embargo, mediante sentencia C-252 de 2001 la Corte Constitucional declaró inexecutable el término "ejecutoriadas" del citado artículo 205, al considerar que contrariaba los principios de dignidad humana, presunción de inocencia y debido proceso, pues si la finalidad de la casación es hacer efectivo el derecho material y las garantías de las personas no era lógico ni razonable que antes de resolverse se ejecutara la decisión cuestionada:

*"Consecuente con lo anterior: si los fines de la casación penal consisten en hacer efectivo el derecho material y las garantías de las personas que intervienen en el proceso, y reparar los agravios inferidos con la sentencia, no resulta lógico ni admisible, (a la luz de nuestra Norma Superior) que, en lugar de enmendar dentro del mismo juicio el daño eventualmente infligido, se ejecute la decisión cuestionada y se difiera la rectificación oficial a una etapa ulterior en la que, muy probablemente, el agravio sea irreversible. Nada más lesivo de los principios de justicia, libertad, dignidad humana, presunción de inocencia, integrantes del debido proceso y especialmente significativos cuando se trata del proceso penal.*

*Una sentencia que no ha sido dictada conforme a la ley sino contrariándola, jamás podrá tenerse como válidamente expedida y, mucho menos, puede ejecutarse. Si el objeto de la casación es corregir errores judiciales, plasmados en la sentencia de última instancia, lo que resulta ajustado a la Carta es que esa corrección se haga antes de que la decisión viciada se cumpla.*

*La efectividad de las garantías debidas a las personas que intervienen en el proceso penal, otro de los fines esenciales de la casación, se constituye también en límite al poder punitivo del Estado, pues como lo afirma la doctrina "un sistema penal que no se inspire en valoraciones materiales infranqueables sobre la dignidad del hombre y la tutela de sus derechos fundamentales e internacionales, puede ser el instrumento*

*de la tiranía o del autoritarismo, pero no merece el nombre de derecho penal en el sentido tradicional que a esta expresión se asigna desde su fundación por la filosofía iluminista y libertaria en que se inspiraron las modernas revoluciones francesa, inglesa y norteamericana, que sin duda hace parte del constitucionalismo del que hoy no es posible prescindir."*

*En un Estado de derecho como el nuestro no se puede aceptar que se hagan efectivas decisiones arbitrarias o, lo que es lo mismo, proferidas sin la estricta observancia de la ley y la Constitución, o que infrinjan los derechos fundamentales de la persona humana, pues principios como el de justicia, libertad y dignidad humana impiden hacerlo. La reparación de los daños que con una condena injustamente impuesta se producen, no tiene compensación alguna, especialmente en materia penal en donde está comprometida la libertad, principio fundante del Estado social y democrático de derecho. El tiempo que una persona pueda estar privada de la libertad, por error judicial, ocasiona un daño que jamás puede ser resarcido".*

Lo anterior significa, que la sentencia de segunda instancia solo cobra ejecutoria o adquiere firmeza una vez suscrita la providencia que resuelve el recurso de casación o, en su defecto, cuando no se interpone tal medio de impugnación, lo que condiciona sin duda alguna el cumplimiento de la sentencia de instancia, pues *"la competencia del inferior se suspenderá desde cuando se profiera la providencia que lo conceda, hasta cuando regrese el cuaderno al despacho de origen"*<sup>17</sup>.

Determinación que implica que, si en la actuación no se ordenó medida de aseguramiento de detención preventiva, solo será procedente ordenar la detención del procesado para el cumplimiento de la pena impuesta una vez la sentencia cobre ejecutoria o firmeza, esto es, una vez se resuelva la casación o se agote el término previsto en la Ley para su interposición sin que la parte interesada lo ejercite.

De ahí que en la sentencia de primera instancia se haya dispuesto en el numeral tercero de la parte resolutive que *"se libraré la orden de captura una vez quede en firme esta decisión"*. Por eso, la Sala se abstendrá de ordenar la encarcelación de JORGE ALBERTO BALTA SANTANA para que, de mantenerse la condena impuesta, una vez devueltas las diligencias al juzgado de primera instancia dé cumplimiento a lo citado.

---

<sup>17</sup> Art. 192 numeral 1° de la Ley 600 de 2000.

Sin necesidad de más consideraciones, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca, Sala Única de Decisión, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## **RESUELVE**

**PRIMERO:** MODIFICAR parcialmente la sentencia del 13 de septiembre de 2018, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Arauca, conforme se expuso en la parte motiva.

**SEGUNDO:** SEÑALAR, que la condena impuesta por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Arauca, en la sentencia de septiembre 13 de 2018, a JORGE ALBERTO BALTA SANTANA, correspondiente a la pena de cincuenta y seis (56) meses de prisión y multa de cuarenta y nueve millones cincuenta y seis mil cuatrocientos dieciséis pesos (\$49.056.416), lo es como autor responsable del delito de PECULADO POR APROPIACIÓN tipificado en el artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980.

**TERCERO:** CONFIRMAR en lo demás la sentencia del 13 de septiembre de 2018, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Arauca, conforme se expuso en la parte motiva.

**CUARTO:** Contra la presente decisión procede el recurso de casación que podrá interponerse dentro del término legal.

**QUINTO:** De no ser impugnado el fallo, regresen las diligencias al Juzgado de origen.

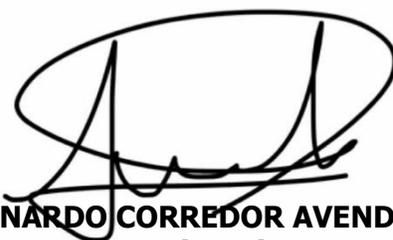
## **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**MATILDE LEMOS SANMARTÍN**  
Magistrada ponente

*Radicado. No. 81-001-31-04-002-2015-00043-01*  
*Proceso Penal ley 600 de 2000*  
*Delito: PECULADO POR APROPIACIÓN*  
*Procesado: Jorge Alberto Balta Santana*



**ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ**  
Magistrada



**LEONARDO CORREDOR AVENDAÑO**  
Magistrado