

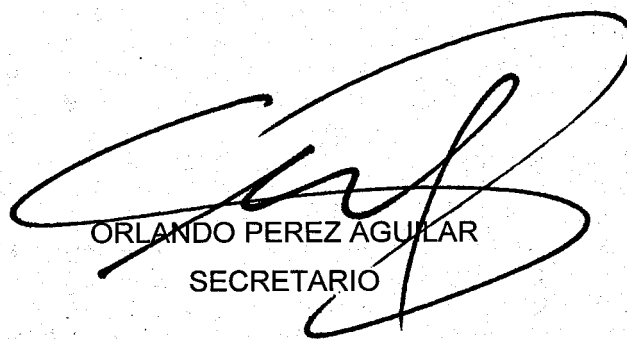
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
SALA PENAL

RADICADO. 2015-01683 (17-546A)
PROCESADO. WILMA CECILIA DUARTE BOADA
DELITO: PREVARICATO POR OMISIÓN - FALSEDAD IDEOLOGICA EN
DOCUMENTO PUBLICO.

TERMINO PARA NO RECURRENTES EN 1ª INSTANCIA:

Se deja la presente constancia para registrar que, en atención al recurso de apelación interpuesto por la Defensa contra la sentencia de primera instancia, conforme a lo normado por el Art. 179 de la Ley 906 de 2004, el término para **NO RECURRENTES** inicia a las 8:00 de la mañana del dos (02) de febrero de 2021 y vence el ocho (08) de febrero de 2021 a las 4:00 de la tarde.

Bucaramanga, febrero 02 de 2021



ORLANDO PEREZ AGUILAR
SECRETARIO

Bogotá D C, enero 13 de 2021

165

Doctora

MARIA LUCÍA RUEDA SOTO

Sala de Decisión Penal (MP)

Tribunal Superior

Bucaramanga

Ref. WILMA C DUARTE BOADA

Prevaricato - Falsedad

Respetada señora Magistrada

Dentro del término de ley, y con destino a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, me permito hacer llegar a esa Corporación la **sustentación del recurso de apelación** interpuesto oportunamente contra la sentencia del 14 de diciembre de 2020 proferida en disfavor de WILMA CECILIA DUARTE BOADA y notificada en estrados el día siguiente, por medio de la cual -en lo que interesa al recurso- condenó a la mencionada ex servidora pública como autora de un delito de prevaricato por omisión, al tiempo que -entre otras decisiones- le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

LOS ANTECEDENTES PROCESALES Y EL FALLO IMPUGNADO

Pretendiendo ser concretos en la presentación de la argumentación en contra del referido fallo condenatorio, este estrado no va a repetir lo bien detallado por el Tribunal en lo que atañe a la evocación de los antecedentes procesales, en tanto que en lo atinente a lo que fue materia de acusación sí se estima procedente ofrecer a la Corte el sustrato de la imputación, para -en ese contexto- deslindar de las absoluciones decretadas el delito por el cual fue hallada responsable mi poderdante, y a su interior por cuál o cuáles de los hechos jurídicamente relevantes se emitió el

juicio de reproche, como que de esa manera las alegaciones de contradicción igualmente podrán ser individualizadas en particular.

Así, ha de destacarse que la encausada fue llamada a juicio por dos actuaciones adelantadas en sendos procesos ejecutivos, en los cuales, según la Fiscalía, en las respectivas diligencias de remate llevadas a cabo el 1 de febrero de 2011 se incurrió en presuntas irregularidades que alcanzaron la actualización de conductas penales. En ellas, DUARTE BOADA fungió como directora del Juzgado 5 Civil del Circuito de Bucaramanga. Los remates se adelantaron dentro de los radicados:

1.- **2007-336**, por cuya participación en la mencionada diligencia, de acuerdo con la acusación se pudo haber incurrido en el delito de prevaricato por omisión, sustentado en tres hechos jurídicamente relevantes, destacados por el *a quo* así¹: (i) no haber cerrado la evocada diligencia una vez vencida la hora de su iniciación (8.30 am), sino de forma tardía. (ii) no haber abierto públicamente los sobres que contenían las propuestas y no leer las ofertas de viva voz ante los postulantes. (iii) no resolver la solicitud de nulidad elevada por la abogada participante SARAY LIZCANO BLUM (quien funge aquí como denunciante), hecho que además no consignó en el acta que suscribió, episodio fáctico este que se le enrostró a título de autora de falsedad ideológica en documento público.

2.- **2006-279**, en cuyo desarrollo presuntamente se desatendieron directrices procedimentales civiles tales como la no apertura en público de los sobres presentados por los oferentes y no leer en voz alta las propuestas presentadas.

La Corporación de primera instancia al resolver sobre el objeto del proceso adoptó una decisión mixta, consistente en (i) **condenar** a la sindicada por el delito de prevaricato por omisión respecto de dos de los tres hechos jurídicamente relevantes atrás reseñados, vale recordar, (i) no haber cerrado la evocada diligencia una vez vencida la hora de su iniciación (8.30 am), sino de manera tardía y (ii) no haber abierto públicamente los sobres que contenían las propuestas y no leer las ofertas de viva voz ante los postulantes. Estas dos referencias vinculadas con el radicado 2007-336.

A su vez, emitió decisión de **absolución** por el cargo de prevaricato atribuido en el radicado 2006-279, así como por el tercer hecho jurídicamente relevante del radicado 2007-336, esto es, por no resolver la solicitud de nulidad elevada por la abogada participante SARAY LIZCANO BLUM y no haber consignado tal circunstancia en el acta que suscribió. Como de este último episodio igualmente se desprendió la imputación por el delito de falsedad en documento público, del mismo modo el Tribunal liberó a la doctora DUARTE BOADA de responsabilidad penal.

En ese marco, desestimando o descartando por carencia de interés jurídico cualquier reproche por las absoluciones (intocables igualmente por el superior ante la condición de apelante único que rodea a la condenada) es claro que el ataque a través de este recurso vertical se debe limitar al prevaricato por omisión y en concreto respecto de las dos referencias fácticas relevantes, ya antes destacadas.

¹ Cfr folio 38 del fallo

164

En este momento hay necesidad de resaltar un específico aspecto cuya presentación, manejo y decisión, observados en la sentencia cuestionada pueden ofrecer algún asomo de imprecisión.

Se refiere la defensa en particular a lo descrito por el Tribunal al mencionado folio 38 en torno al primer 'aspecto' o hecho relevante detectado y descrito así por la Corporación: "*i) que la funcionaria judicial no cerró la diligencia al término de la hora previsto en la norma, sino de forma tardía*", imputación que debió recibir un pronunciamiento expreso y claro de condena o de absolución, dada la inconsistencia que a su alrededor se aprecia entre lo concluido en la parte motiva (que indica a las claras una ausencia de responsabilidad) y en la resolutive (que implícitamente incluye condena por tal hipótesis fáctica al no ser recogida por las situaciones de absolución).

En efecto, al folio 53 de las motivaciones se lee que "*De cara a ello, es preciso señalar que la diligencia se cerró en la medida que pasado el transcurso de la hora no se recibieron más propuestas, tal como puede deducirse de las manifestaciones realizadas en el juicio oral de..., quienes a pesar de que habían realizado el depósito -ordenado en el artículo 526 del código adjetivo civil, acota el Tribunal-, no pudieron presentar su postura en la medida que aceptan llegaron tarde y sobre el tiempo para entregar las respectivas ofertas en sobre cerrado, por lo que no fueron recibidas sus posturas y una de ellas decidió no hacerlo.*

"No obstante, tal aspecto no se materializó en la medida que se omitió la acción que ordena la norma pues transcurrida la hora de haberse declarado la apertura del remate "el juez o el encargado de realizar la subasta, abrirá los sobres y leerá en voz alta las ofertas que reúnan los requisitos", es decir, que el cierre de la diligencia se encuentra compuesto de dos acciones una que se encuentra implícita y que implica que no se pueden recibir más ofertas pasadas (sic) la hora, actividad que sin duda se presentó y otra explícita que impone abrir los sobres..." (destaca la defensa).

En ese marco, para este estrado no cavila el juicio para considerar y tener por cierto que el Tribunal desestimó que aquella primera hipótesis hubiese tenido ocurrencia en la vida real y que por ende debía ser descartada como motivo fundante de un reproche penal. Sólo que al no manifestarlo expresamente abrió paso a la eventual ambigüedad -u omisión, para llamarla por su nombre- que se asoma en la parte resolutive cuando en el numeral 1° emite condena "*como autora del delito de prevaricato por omisión descrito en el artículo 414 del C.P., por el remate del proceso ejecutivo hipotecario 2007-336, a la pena...*", lo cual, en concordancia con lo condensado en el mencionado folio 38 (al determinar 3 hechos jurídicamente relevantes, éste, el primero de ellos) llevaría a pensar que el juicio de reproche cobija también la hipótesis de no haberse cerrado la diligencia en tiempo, sino en forma tardía, mucho más cuando en el numeral 2° se le absuelve expresamente -además de "*en razón al remate adelantado en el proceso ejecutivo hipotecario con radicado 2006-279 y...*"- "*por el tercer hecho jurídicamente relevante por el cual se formuló acusación dentro del proceso ejecutivo hipotecario 2007-336...*", conclusión ésta que da mayor fuerza al argumento para concluir que la condena se emite por los dos primeros hechos jurídicamente relevantes, lo que -como se ha visto- choca con lo concluido

en la parte considerativa respecto del primero de los señalados, esto es, el presunto cierre oportuno de la diligencia.

Y aquí, es necesario plantear una solución procesal, de la que el propio Código General del Proceso se ocupa, normatividad a la cual se acude por integración (art. 25 L 906/04) para demandar respetuosamente de la Corte que dada la apelación presentada por esta parte (la afectada) proceda a complementar la sentencia de primer grado en el sentido de extender o de integrar a las hipótesis de absolución consignadas en el numeral 2° de la sentencia atacada la relativa al primero de los hechos jurídicamente relevantes, esto es, que no existió irregularidad cronológica alguna en la clausura del tiempo legal de una hora, previsto en la norma que se ha estimado violada por mi poderdante. Lo anterior, porque es un aspecto o un punto que de acuerdo con la ley debió ser objeto de pronunciamiento por el *a quo* al integrarse a la acusación como hecho jurídicamente relevante y fundante de una de las premisas del presunto prevaricato, tal como lo reconoce el propio Tribunal². El sustento normativo que se invoca es el artículo 287 del mencionado Código General del Proceso y particularmente lo reglado en su inciso 2:

Artículo 287. Adición. Cuando la sentencia omita resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad.

El juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado; pero si dejó de resolver la demanda de reconvención o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria. (se subraya)

Los autos solo podrán adicionarse de oficio dentro del término de su ejecutoria, o a solicitud de parte presentada en el mismo término.

Dentro del término de ejecutoria de la providencia que resuelva sobre la complementación podrá recurrirse también la providencia principal.

Aclarado este puntual aspecto, debe destacarse que la razón de ser de la condena se estructuró sobre el presunto desobedecimiento de dos mandatos que -según el Tribunal- se hallan consagrados en la norma estimada violada (art 527 del C.P.C.) y que fueron deliberada y conscientemente desatendidos por la ex funcionaria judicial, vale recordar, no haber abierto en público los sobres presentados por los oferentes y no haber leído en voz alta las ofertas allegadas, en torno a las cuales anticipadamente concluyó:

“Acción que claramente fue omitida en el curso del primer remate, pues en la vista pública se acreditó que si bien los sobres fueron abiertos no se hizo de cara a los oferentes al igual que no fueron leídos (sic) en alta voz las ofertas que contenían, al punto que la única acción desplegada fue señalar el mejor postor indicando el valor

² “Descendiendo al caso y atendida se reitera la delimitación fáctica elevada en la acusación se tiene que en la primera diligencia de remate se reprochó que la juez WILMA CECILIADUARTE BOADA, retardó el cierre de la diligencia en la medida que superó la hora prevista en la normativa que regentaba tal trámite, es decir, que se hizo con posterioridad a las 9:30 am” (folio 53)

de su postura y uno (sic) o dos de las posturas más altas que le siguieron a la ganadora”³³.

163

Al rompe se evidencian, entonces, los dos pilares fácticos de la condena, los que al mostrarse escindibles en el tiempo (así se reclame sucesividad de los mismos) y en el espacio, y con autonomía propia (así también formen parte de un acto complejo), permiten y obligan a su análisis individual, tal como lo entendió y procedió el tribunal *a quo*, y conforme igualmente lo hará este estrado.

1.- LA NO APERTURA DE SOBRES FRENTE AL PÚBLICO OFERENTE

Para los efectos de la demostración de tal vicio no hay duda de que debe necesariamente consultarse el dispositivo legal que entendiendo consagra tal mandato, éste fue voluntaria y conscientemente desatendido u omitido, como que el juicio de reproche se asentó precisamente en el desconocimiento del mandato del legislador. Pues bien, ¿qué dice la ley? El artículo 527 ordena en sus dos primeros incisos:

“Llegados el día y la hora para el remate el secretario o el encargado de realizarlo anunciará en alta voz la apertura de la licitación, para que los interesados presenten en sobre cerrado sus ofertas para adquirir los bienes subastados. El sobre deberá contener además de la oferta suscrita por el interesado, el depósito previsto en el artículo 526, cuando fuere necesario.

Transcurrida una hora desde el comienzo de la licitación, el juez o el encargado de realizar la subasta, abrirá los sobres y leerá en alta voz las ofertas que reúnan los requisitos señalados en el presente artículo. A continuación adjudicará al mejor postor los bienes materia del remate”. (negrilla ajena al texto).

Para los efectos de sustentar la condena y demostrar que los sobres no habían sido abiertos de cara al público, la Corporación de primera instancia -luego de predicar que el respaldo probatorio se limitaba en este caso a contenidos exclusivamente testimoniales- se ocupó de confrontar los dos grupos de declarantes que comparecieron al juicio oral, concluyendo que tal situación (la no apertura pública) encontraba suficiente demostración, y con ello la comprobación de la tipicidad objetiva, sin importar que para arribar a una conclusión de tanta trascendencia tuviera que verse forzado a acudir a una *interpretación* del dispositivo legal (por demás extensiva e *in malam parte*) pues el texto gramatical de la norma le impedía frontal y abiertamente apoyarse en él e invocar la regulación normativa, situación de la que se ocupará esta impugnación más adelante.

³³ Cfr folio 54 de la sentencia

En principio destáquese que en relación con el lugar donde se abrieron los sobres el Tribunal dio mayor credibilidad al grupo testimonial que pregonaba que lo fueron en el despacho de la juez. Sin embargo, la prueba no se ofrece tan contundente como para descartar frontalmente una situación diversa. A estos efectos repárese cómo la testigo-denunciante SARAY LIZCANO BLUM en sesión del 31 octubre de 2018 ante pregunta efectuada por el Ministerio Público relativa a que si en el primer remate evidenció concretamente en qué sitio se abrieron los sobres, si dentro o fuera del despacho, respondió la quejosa al 56'21": *"O sea, yo puedo decir hasta donde vi porque la vi a ella que ella se paró a traer los sobres abiertos, pero decir quién los abrió o dónde lo hicieron exactamente, el sitio sí no puedo decir"*.

A su turno, otros testigos de la Fiscalía como GREGORI ANAYA PARRA nada pudo referir sobre este aspecto pues su vivencia se limitó en esencia a presenciar el segundo remate, al paso que DANY DANIEL OJEDA TARAZONA tuvo conocimiento de tal situación por el comentario que le hizo la propia LIZCANO BLUM⁴, en tanto que BLANCA ALICIA CÁRDENAS señala que la juez salió del despacho con los sobres en la mano abiertos, predicando igualmente que no puede afirmar que se abrieran en el despacho, pero que sí se abrieron allí porque era allí a donde los llevaban⁵. A su vez, sólo CRISTIAN RICARDO MARTÍNEZ y JANETH OREJARENA (esta última como prueba de referencia) sí indican -el primero- que *"en ese momento la doctora salió con los sobres abiertos"*⁶, y -la segunda- que *"los sobres los abrió adentro; ella salió pero con los sobres ya abiertos"*⁷.

Enfrentados a éstos, la defensa presentó en juicio a dos atestantes, ambos empleados del Juzgado y participantes en la diligencia, quienes depusieron sobre la mencionada temática: HORANGEL ANAYA PUENTES⁸ quien preguntado por el Ministerio Público si en algún momento los sobres se ingresaron al despacho, dijo: *"No doctora. En la medida que se iban recibiendo ahí mismo; a que todo mundo lo viera en público que se estaban recibiendo"* (2h 41'25"). Y enseguida lo volvió a requerir acerca del trámite seguido a lo largo del procedimiento y precisó que todo su desarrollo se hizo frente al público. Así se lo señaló el testigo a la Procuraduría: *"dentro del cubículo, que todo el mundo se diera cuenta"* (2h43'03"). A un integrante de la Sala que le preguntó en qué parte quedaron resguardados los sobres, contestó: *"al lado del vidrio donde todo el mundo se diera cuenta que estaban los sobres ahí"* (2h45'00"). YAMILE JAIMES quien hacía parte de la comisión que desarrolló las labores relacionadas con el primer remate, fue cuestionado por uno de los magistrados acerca de si a partir de la recepción de los sobres y hasta la apertura de los mismos estos permanecieron en la ventanilla, la testigo respondió que sí; que en la ventanilla (1h50'13").

⁴ Sesión de febrero 6 de 2019

⁵ Sesión febrero 6 de 2019 (53' 41" y 54' 07")

⁶ Sesión idem (1h 36' 00")

⁷ Sesión marzo 27 de 2019 (1h, 07' 35")

⁸ Sesión de septiembre 19 de 2019

Como se ve, la evaluación de la prueba respecto del sitio o las circunstancias en que se llevó a cabo la apertura de los sobres permite u ofrece -en cuanto menos- valoraciones relativas, máxime cuando respecto de los testimonios de los empleados nada se señaló en cuanto a que los moviera algún interés por favorecer a su antigua jefe.

Sin embargo, la discusión que suscita la decisión de la Sala *a quo* y que consecuentemente motiva la impugnación no se detiene en lo que -en sí- pudieran haber afirmado los testigos, sino que se encauza a examinar lo dicho por estos y su alcance incriminatorio frente a la normatividad que se afirma desconocida u omitido su cumplimiento, lo que significa *-mutatis mutandi-* que no empece dándose por demostrado que los sobres se hubieran abierto en el despacho de la funcionaria, y aún por la propia juez, tal comportamiento no es capaz jurídicamente de generar, estructurar o soportar siquiera un juicio de tipicidad objetiva.

En efecto, ya se advertía en los alegatos de conclusión y ahora más que nunca readquiere relevancia el pensamiento de la Sala de Casación Penal, en punto a la forma como debe realizarse el juicio de adecuación típica del delito de prevaricato por omisión. Esa Corporación ha señalado lo siguiente, reiterando un pronunciamiento suyo anterior:

*“...para adelantar el juicio de adecuación típica es útil determinar las normas que defieren la facultad al sujeto agente, la reglamentación del acto a ejecutar y el plazo indicado para su cumplimiento y, luego, comprobar si el servidor público consciente del deber que le asiste, intencionalmente lleva a cabo cualquiera de los verbos rectores del tipo penal...”*⁹. (se subraya)

Lo primero a destacar -y dígame con respeto pero con claridad- apunta al abierto desconocimiento que muestra el Tribunal frente a la redacción y alcance de la regulación del procedimiento que para llevar a cabo una diligencia de remate ha diseñado el legislador, que dicho sea de paso es el único autorizado para reglamentar esa específica actuación procesal. So pena de incurrir en repeticiones vale la pena recordar una vez más cuál es la exigencia legal en torno a la apertura de las propuestas. Así, sin esguinces ni agregados, de manera simple y sencilla, lo pertinente del artículo 527 enseña:

*“Transcurrida una hora desde el comienzo de la licitación, el juez o el encargado de realizar la subasta, **abrirá los sobres** y leerá en alta voz las ofertas que reúnan los requisitos señalados en el presente artículo”* (se resalta).

Como se detecta, sin mayor esfuerzo mental, el dispositivo legal regula el procedimiento a seguir luego de agotada la hora de que disponen los proponentes para presentar sus ofertas, indicándole al director del remate que (i) deberá abrir los sobres y (ii) leerá en alta voz las ofertas que reúnan los requisitos legales. Nada

⁹ SP3753-2018, Rdo 52065, sept 5/18. MP Luis Guillermo Salazar Otero

más, pudiéndose hasta afirmar que esa inicial actividad (apertura) ni siquiera debería estar consagrada en la norma por absolutamente obvia y evidente si se tiene en cuenta que para leer las ofertas necesariamente deben abrirse previamente los contenedores, como que éstos han sido allegados debidamente cerrados, tal como lo señala el inciso anterior del precitado artículo 527: “*para que los interesados presenten en sobre cerrado sus ofertas*”. Si se eliminara mentalmente esa descripción legal (la apertura) se constatará que la norma no cambia de sentido, no se modifica en su alcance y mucho menos varía el procedimiento, lo que permite concluir que -por obviedad manifiesta- resulta innecesaria su consagración en el texto legal, por lo que también válidamente puede estimarse que su inclusión normativa no puede valorarse como un requisito esencial en el desarrollo del trámite del remate.

Pero es que adentrándose un poco más en el análisis del cargo para enfrentar su comparativo con lo ordenado por la norma que se alega desconocida, el juicio de imputación efectuado por la fiscalía -y ampliado por el Tribunal al incluir su extensiva interpretación- no se acompasa o articula de manera cabal con lo exigido por el ordenamiento jurídico que se dice omitido, como debe ser en una imputación por prevaricato por omisión en la modalidad de omitir, pues no ha de olvidarse que este inicial reproche se asienta en que a la doctora DUARTE BOADA se le acusa “**de no abrir los sobres en presencia de los postores**” (cfr f 6 escrito acusación) .

Al respecto nótese cómo el ente acusador y prohijado tal parecer por el *a quo*, asumen el papel de legislador para agregar a lo que dice la ley una circunstancia modal que no existe en el artículo 527 CPC, pues en éste lo que se lee textualmente -y como deber- es que “*el juez o el encargado de realizar la subasta abrirá los sobres y leerá en voz alta las ofertas que reúnan los requisitos*”. ¿De dónde -de cara a ese primer cargo- se exige por la ley (no por la fiscalía y Tribunal) que la apertura de sobres debe hacerse “*en presencia de los postores*”? la letra, el sentido y el espíritu de la ley son muy claros y ni siquiera con una interpretación extensiva y mucho menos porque se considere que así se desprende del texto, puede servir de fundamento a una acusación y mucho menos a una condena penal.

Sin ambages es posible predicar que con un tal razonamiento, acusador y juzgador se apartan de lo que la doctrina de la Corte estima como útil (necesario, sería más adecuado) “**determinar las normas que defieren la facultad al sujeto agente, la reglamentación del acto a ejecutar**”, pues al obrar en aquella dirección se está acudiendo a una norma que como tal no existe y que no tiene reglamentado el aspecto medular que se echa de menos como es el de abrir ante el público los sobres de los proponentes.

El cargo se ha estructurado en la acusación por “*omitir cumplir con lo establecido en el art. 527 del CPC esto es de (i) no abrir los sobres en presencia de los postores*”. ¿En qué inciso del mencionado artículo 527 se encuentra que la apertura de sobres debe ejecutarse *en presencia de los postores*? Este estrado no ha encontrado tal

exigencia luego de muchas lecturas efectuadas al reseñado dispositivo legal. Y entonces, surge el obligado interrogante: ¿esta exigencia de fiscalía y fallador es una formalidad legal o es una simple inferencia del Tribunal? No hay duda de que aquélla corresponde exclusivamente a un criterio, a una interpretación, a una inferencia del *a quo*, mas no a una consagración legal, tal como paladinamente lo consignó en el fallo:

*“Es que dentro de una interpretación holística y en respuesta a la defensa, a pesar de que la norma no dice de forma explícita que los sobres sean abiertos en público el único razonamiento posible es que así sea...”*¹⁰, siendo ésa una “Carga que se advierte impositiva, y de la que se infiere toda debe ser pública, ello bajo una interpretación sistemática y holística...”¹¹. No puede ser ese el único razonamiento posible y atendible, pues también lo es -como se dejó dicho- que esa directriz de abrir los sobres es inútil e innecesaria.

En ese contexto, el desobedecimiento, la omisión, no se predica respecto de lo impuesto o exigido por una norma, sino de cara a una inferencia, a un criterio de interpretación. No hay duda -por lo menos para este estrado- que para la imputación de un prevaricato por omisión -y mucho más para una condena- por incumplir una norma legal, ésta tiene que señalar clara, inequívocamente (como corresponde a la estricta tipicidad que tanto se predica) la acción o la actuación a seguir, no por deducciones o interpretaciones extensivas, porque así como el Tribunal infiere que los sobres deben abrirse en público también es viable inferir (y quizá con mayor alcance por tener respaldo en la norma) que el legislador no previó ex profeso o no consideró necesario ordenar que se abrieran en público, como sí lo hizo al consignar que las posturas sean leídas en alta voz.

¿Cómo estructurar un prevaricato por omisión por incumplimiento de un requisito legal que la norma supuestamente desconocida o incumplida no lo señala, no lo consagra?

La ley, en ese específico aspecto se cumple suficientemente cuando el juez o el encargado de la subasta abre los sobres, actividad que bien puede realizarse legítima y legalmente aún dentro del despacho del juez, o sobre el escritorio del empleado que realiza el remate. Sin más argumentos que una inferencia y añadiendo requisitos a la ley, se pide y se emite una sentencia condenatoria.

En ese contexto, honorables Magistrados de la Corte, esta defensa deprecia respetuosamente un expreso pronunciamiento en el sentido de señalar que la lectura en público de las ofertas de los proponentes es un requisito modal que carece de respaldo normativo, y por esa vía determinar que el prevaricato por omisión no pudo configurarse por imposibilidad legal de haberse omitido esa

¹⁰ Cfr folio 54

¹¹ Cfr folio 61

exigencia, y así, estimar que aquella conducta carece de la potencialidad de servir de fundamento a una condena.

2.- DE LA NO LECTURA EN VOZ ALTA DE LAS OFERTAS

Esta segunda hipótesis, valorada igualmente por el Tribunal como fundamento de la condena emitida, fue condensada -en los términos de ley- en que luego de la apertura de los sobres, el director de la diligencia “...*leerá en alta voz las ofertas que reúnan los requisitos señalados en el presente artículo*”, entendiéndose y consignándose en la sentencia que tal exigencia fue incumplida consciente y voluntariamente por la juez acusada.

Lo primero a advertir es que en relación con esta actividad a desarrollarse en el curso de un remate -a diferencia de la rotura de los sobres **en público**- el legislador sí estimó conveniente y necesario que aquellas ofertas presentadas que reunieran los requisitos legales exigidos fueran leídas “*en alta voz*”, lo que significa -ahí sí- que se hiciera, que lo fuera de cara al público, o en cuanto menos frente a los postulantes presentes.

La corporación de primera instancia realizó un ejercicio comparativo entre las dos corrientes probatorias de naturaleza testimonial aportadas en el juicio oral, con lo cual se buscaba demostrar lo que realmente sucedió, en particular en el remate llevado a cabo ese 1 de febrero de 2011 a partir de las 8:30 am (Rdo 2007-336), arribando a la conclusión “*que no se leyeron en voz alta las 23 (sic) ofertas*”¹², o como se concluyó más adelante “*...se reconoció por los empleados que tuvieron alguna participación en la diligencia que no se dio publicidad a todas las ofertas, es decir, no fueron leídas de viva voz*”¹³.

La anterior, es una deducción que no admite discusión en cuanto que no se dio lectura -y menos en alta voz- a la totalidad de propuestas presentadas, como que tal anuncio se limitó -también hay que reconocerlo, que público- de las tres mejores ofertas, tal como lo precisan tres de los empleados judiciales presentes¹⁴, al igual que lo hace un testigo aportado por la Fiscalía en el juicio¹⁵, aparte de que el juzgador así lo admitió al folio 54 de la sentencia.

En esas condiciones, el reproche penal ha sido estructurado residualmente, vale decir, por no haberse dado pública lectura al resto de ofertas, surgiendo al rompe plurales y obligados cuestionamientos: ¿el incumplimiento **parcial** de esa ritualidad,

¹² Cfr folio 55 del fallo

¹³ Cfr folio 59 ib

¹⁴ Leidy Tatiana Maldonado (sept 19/19. 20'37"). Yamile Jaimes (sept 19/19. 1h, 43' 23"). Jonatan Said Valenzuela (sept 19/19. 1h, 11' 28" y 11' 52")

¹⁵ Dany Daniel Ojeda (febrero 6/19. 25' 07" y 27' 15")

100

de ese formalismo (porque no trasciende de serlo) se muestra de tanta trascendencia como para elevarlo a la categoría de delito? ¿es la lectura pública de la **totalidad** de propuestas una exigencia sustancial que torne inválida o inexistente una diligencia de remate? ¿puede asimilarse la mentada irregularidad a -por ejemplo- el que un proponente no cumpla con las exigencias de ley, como sería la falta de consignación previa cuando esta procede? ¿una lectura pública de las tres mejores ofertas presentadas en el curso de un remate no satisface el interés del legislador, que apunta a que los oferentes conozcan, *in situ*, no sólo el nombre del ganador sino -sobre todo- el valor o el monto por el cual se le asigna el bien? La respuesta a este último interrogante no puede ser más que positiva, pues no hay duda que cada quien conoce mejor que nadie por qué valor ha formulado su propuesta pudiendo de inmediato y sin dilación objetar una posible asignación a quien haya ofertado por debajo de su ofrecimiento.

Para este estrado no cavila el juicio que la teleología de la publicidad y la transparencia de una diligencia de tal jaez se logra, se alcanza, se satisface con el hecho de que públicamente se den a conocer las tres más altas propuestas, tal como sucedió en el caso bajo examen. Y si no, ¿por qué conocido por todos los presentes que la ganadora había sido FLOR ANGELA RODRÍGUEZ con una oferta de \$ 95'100.000.00 nadie (ni aun a título de simple comentario, crítica o rechazo) mostró inconformidad alguna?. Recuérdese que los reclamos se originaron en situaciones distintas: los mismos que sirvieron de base a la imputación, nunca porque no hubieran conocido oportuna y públicamente el nombre de la ganadora y el monto propuesto. Y, además, no puede pasarse por alto que la ley (artículo 527 C.P.C.) en ningún momento exige que sea leída la **totalidad** de las ofertas, sólo aquéllas que reúnan los requisitos impuestos por el mismo Código. Y como en acusación y fallo se impone aquella exigencia, pues no hay duda acerca de que de esa manera se está actuando más allá del querer del legislador, y desafortunadamente en contra del procesado.

Repárese en este sencillo dato: la partícipe en el remate JANETH OREJARENA (traída como testigo en la modalidad de referencia), con obvio interés en la adjudicación del bien, con sólo oír el nombre de la ganadora y conocer el monto por el cual se le asignaba el bien asumió su derrota pues consciente era (como obviamente todos los demás) que la suya -así fuese por escasa cuantía- estaba por debajo de la beneficiada. Así se lee en el documento base de su *testimonio* al preguntársele cómo supo el valor de la postura ganadora:

*"porque la doctora aquí presente salió ante nosotros y dijo que había sido adjudicado a nombre de una señora por el valor de tanto y me dí cuenta que había sido 100 mil pesos más que la oferta mía"*¹⁶

¹⁶ Sesión de marzo 27/19. 1h,19', 43"

Esta evocación, que se expresó en declaración extra juicio y sin que hubiese sido previamente al debate oral contactada por la fiscalía para la *preparación* del testimonio (pues no acudió al juicio), deja ver a las claras que la publicidad y transparencia de la diligencia se cumplieron, vale decir, se alcanzó el propósito de la norma y la filosofía que la inspira, situación que despoja de cualquier ingrediente de ilicitud el comportamiento de la juez acusada cuando dio lectura pública a tres de las 17 propuestas.

La falencia que pudo presentarse en el desarrollo de la cuestionada diligencia de remate no traspasa -en este caso- el lindero de simples irregularidades, despojadas de la trascendencia que en forma mayúscula las ha impregnado el ente acusador y que ha acogido el fallador. No muestran asomos serios de tipicidad en los términos ya expresados y mucho menos aparejan ingredientes serios de antijuridicidad, motivo por el cual se impone -como respetuosamente se depreca- la emisión de un fallo absolutorio, previa revocatoria del condenatorio emitido.

En apuntalamiento del anterior pedimento, dígase, además y conforme lo ya expresado, que la no lectura de la **totalidad** de propuestas en voz alta comporta simplemente una irregularidad en el trámite del remate, la que debió alegarse y solucionarse a su interior conforme lo tiene previsto la propia ley adjetiva civil, bien conocida por la denunciante -conforme lo aceptó- esto es, formularse antes de la asignación del bien. Pero como en el caso de autos fue justamente por la inacción o por la acción tardía de la propia quejosa por lo que un supuesto reclamo de nulidad no podía haber prosperado, como en efecto ocurrió, se acudió -para cubrir su propia incuria- a la denuncia penal, pues ni siquiera se obtuvo un resultado positivo con la impugnación del auto que aprobó el remate, como que tal decisión fue ratificada por la respectiva Sala Civil del Tribunal de Bucaramanga al desatar la alzada¹⁷ dejando con plena validez y despojada de irregularidad alguna la tan reprochada diligencia.

Y es que lo anterior encuentra un fundamento serio y jurídico. En efecto, si el acta de remate debe valorarse como un verdadero documento público (incorporado legalmente a través de estipulación), ha de admitirse que todo lo allí consignado se ajusta a la verdad, mucho más cuando la propia Sala Penal al emitir la sentencia desdeñó el ataque de falsedad que se quiso construir al interior del documento. Y si ello es así -como lo es- pues no puede arribarse a conclusión distinta que en el cuerpo del acta se consigna que la diligencia de remate se cumplió agotando y acatando los mandatos legales que regulan la actuación, por lo que ha sido materia de esta investigación no va más allá de una simple irregularidad que ni siquiera tuvo o alcanzó la entidad de un vicio invalidante.

Ahora, bajo el propósito de buscar una solución jurídica a la irregularidad -planteada como delito por Fiscalía y Tribunal- bien vale la pena (por tener cabida) acudir al

¹⁷ Cfr auto junio 30/11. Sala Civil Tribunal de Bucaramanga, MP Antonio Bohórquez Orduz. Estipulación No 13, invocada al folio 32 de la sentencia impugnada.

principio de intervención mínima como limitador del ius puniendi del Estado, que ha precisado de manera reiterada la Sala de Casación Penal y recientemente reiterado¹⁸, el cual debe ser observado tanto por el legislador, como por los demás órganos encargados de ejercer la función punitiva¹⁹.

De acuerdo con este principio, «(...) el derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes».²⁰

De esta forma, el derecho penal deja de ser necesario para proteger a la sociedad, **cuando la tutela de esos bienes jurídicos puede ofrecerse por otros medios, preferibles**, en cuanto menos lesivos para los derechos de los ciudadanos²¹. Así pues, ha explicado la doctrina, el principio de intervención mínima tiene una doble manifestación: el carácter fragmentario del derecho penal y la subsidiaridad o *ultima ratio*.

Se afirma que el derecho penal posee un carácter fragmentario, como quiera que éste sólo debe intervenir frente a conductas gravemente perjudiciales, lo que se materializa en dos ideas: la primera, que el derecho penal está orientado a la tutela de los presupuestos esenciales para la convivencia social externa, y dos, que sus intervenciones quedan limitadas a los ataques más intolerables frente a estos.²²

A partir de lo anterior, es por lo que se afirma que no todos los comportamientos que afecten bienes jurídicos deben ser sancionados, sino sólo aquellos que por sus características constituyan ataques especialmente trascendentes. De tal forma se impide que el derecho penal regule conductas no suficientemente graves, contra bienes jurídicos no esenciales para la convivencia.

De otra parte, cuando se sostiene que el derecho penal es la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, quiere decir que para proteger los intereses sociales, el Estado debe agotar los medios menos lesivos que el derecho penal, antes de acudir a éste. Al respecto enseña el tratadista español, *Santiago Mir Puig*:

“Deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, como una adecuada política social. Seguirán a continuación sanciones no penales: así, civiles (por ejemplo: impugnabilidad y nulidad de negocios jurídicos, repetición por enriquecimiento injusto, reparación de daños y perjuicios) y administrativas (multas, sanciones disciplinarias, privación de concesiones, etc.). Sólo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente, estará legitimado el recurso de la pena o de la medida de seguridad. Pero también el Estado social puede

¹⁸ Cfr SP 3672-2020. Rdo 57967, septiembre 30/20. MP Hugo Quintero Bernate

¹⁹ Así, entre otros, los principios de utilidad de la intervención penal, subsidiaridad y carácter fragmentario del derecho penal, de exclusiva protección de bienes.

²⁰ *Muñoz Conde F.*, Derecho Penal PG, 8ª Ed., págs. 72 y s.

²¹ *Mir Puig, S.*, Derecho penal. Parte General, págs. 118 y s.

²² *Silva Sánchez J.M.*, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, 1992, p. 267.

conseguirlo si hace uso de sus numerosas posibilidades de intervención distintas a la prohibición bajo sanción –técnica esta característica del Estado liberal clásico”²³

Sobre estas bases y lo que explica y comporta la *intervención mínima estatal* no puede olvidarse que ya la procesada DUARTE BOADA recibió una sanción disciplinaria de destitución, que recogió inclusive hechos por los cuales resultó penalmente absuelta. Con ello, puede entenderse que esa *intervención mínima* ha cumplido su cometido, debiendo analizarse bajo esa óptica la valoración de la presunta (y en el fondo muy poco trascendente y significativa) vulneración del bien jurídico de la administración pública, ejercicio que el *a quo* desatendió al no acudir a su aplicación.

Y como un argumento más que acompaña y robustece la petición de absolución para el presente caso, baste invocar el principio de lesividad, bajo el entendido que la conducta enrostrada como delictuosa no ha puesto real y seriamente en peligro o mucho menos afectado el bien jurídico de la administración pública si se examina no sólo el resultado sino en el fondo la satisfacción que de la publicidad y transparencia del acto exige el legislador al disponer la lectura en voz alta de las propuestas que cumplan los requisitos legales. En ese contexto, articulado con el principio de intervención mínima es procedente invocar el alcance de delito bagatela, que sin duda hace presencia en el asunto sometido a escrutinio judicial, en los términos que la propia Corte Suprema ha acuñado:

“Sobre estos postulados, la Corte ha establecido que ante la insignificancia de la agresión, o la levedad suma del resultado, “es inútil o innecesaria la presencia de la actividad penal, como tal es el caso de los llamados delitos de resultado de bagatela..”²⁴.

Para finalizar, debe destacarse igualmente que en el caso de autos la estructuración de la tipicidad subjetiva falla, en cuanto no resulta viable predicar la intencionalidad de faltar al cumplimiento de la reglamentación señalada por el respectivo dispositivo legal, por cuanto no hay duda que de la juez acusada no es factible predicar la consciencia de querer violar la ley y mucho menos su voluntad de así proceder, como lo pone de relieve -entre otras cosas- el hecho de que nadie pudo percibir en la funcionaria algún asomo de interés por las resultas del remate, como que -al contrario- quienes declararon sobre ese específico tópico lo descartaron, aparte de que el desarrollo de la diligencia estuvo presidido personal y directamente por la funcionaria, cumpliéndose la inmediatez en el curso de la misma, no empece -como lo señala al inicio el artículo 527 C.P.C.- que la ley no obligaba que fuese ella quien -directa, personal y excluyentemente- debiera realizar los trámites pertinentes.

Si -como se dejó explicado- la lectura pública de las tres más altas propuestas permiten inferir (a la defensa también debe permitírsele este derecho) que con ello se alcanzaba o se satisfacía el propósito del legislador respecto de proteger la

²³ *Mir Puig, S.*, Derecho penal. Parte General, págs. 118 y s.

²⁴ Cfr Radicado 38103, abril 30/13. MP Luis Guillermo Salazar Otero

publicidad y la transparencia, y de esa forma cumplir con la teleología del dispositivo legal, pues la conclusión inequívoca a la que se arriba es que la entonces juez DUARTE BOADA actuó bajo ese convencimiento, exento de mala fe e invencible, lo cual, así sea sintéticamente, abre paso a que igualmente se estime haber obrado dentro de un error de tipo, tal como subsidiariamente y de forma respetuosa se depreca de la Sala de Casación Penal una absolución por el cargo endilgado, previa revocatoria de la sentencia condenatoria emitida por el Tribunal de Bucaramanga.

3.- DE LOS MECANISMOS SUSTITUTIVOS DE LA PENA

Si bien se planteó por este defensor la posibilidad de conceder a mi cliente el mecanismo de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, previa aplicación de la *lex tertia* al extraerse de la norma vigente para la época de los hechos uno de sus componentes favorables (la no existencia de prohibición del subrogado para esta especie de delitos) y otro de la legislación actualmente vigente (la pena mínima que se imponga en la sentencia), el Tribunal despachó negativamente tal planteamiento invocando la línea jurisprudencial vigente, adoptada desde 2015, tesis que -no empece conocer lo advertido- la defensa planteó en la mira de encontrar en la decisión del *a quo* una explicación al por qué se soslaya una exigencia normativa consagrada en una norma rectora del Código Penal²⁵, incluida desde la redacción original del mencionado estatuto y que para entonces²⁶ sirvió de fundamento a la Corte de la época para variar su criterio y acoger por muchos años la reseñada *lex tertia* a la hora de aplicar por favorabilidad cambios originados en el tránsito de legislaciones.

Se refiere este estrado al mandato "*sin excepción*" que acompaña, o mejor, que adiciona prácticamente el texto constitucional, pues no cabe duda de que su expresa consagración se explica -y justifica- en el imperativo de que no se interponga cortapisa alguna a la aplicación de la garantía de la favorabilidad, constituyendo sin duda la prohibición de la *lex tertia* una excepción a tan claro mandato. Esa era y esa es la aspiración de este estrado, animado únicamente con la intención que el Tribunal se hubiera pronunciado sobre tan interesante tema o que ahora -como con respeto se demanda- lo haga la Sala de Casación Penal haciendo, como muchas veces ha ocurrido en los últimos tiempos²⁷, una revisión a su criterio y consecuente a ello se conceda el mecanismo reglado en el artículo 63 del C.P.

²⁵ Art. 6, inciso 2 C. P.: "La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados".

²⁶ Cfr sentencia de septiembre 3/01. Rdo 16837. MP Jorge Aníbal Gómez Gallego

²⁷ Recordar, por ejemplo, las diversas posturas doctrinales adoptadas en torno a la necesidad o no del testigo de acreditación para incorporar documentos públicos en el juicio oral.

De otro lado, igualmente se invocó ante la Sala de primera instancia que a la doctora DUARTE BOADA se le concediera la prisión domiciliaria, aplicando el mandato legal vigente para la época de los hechos (artículo 38 C.P.). Ello, acudiendo a la aplicación de la favorabilidad ultractiva del referido dispositivo legal. La respuesta, igualmente, fue negativa, aceptándose expresamente -de una parte- que no surgía obstáculo legal alguno para dar por satisfecho el requisito objetivo pues se trata de un delito cuya pena mínima es inferior a cinco (5) años de prisión, mientras que -de otra- se concluyó que no se cumplía con la exigencia subjetiva demandada por la norma. Esta fue la escueta respuesta a tan importante tema, al parecer sustentado exclusivamente en el que la sentenciada **“no evadirá el cumplimiento de la pena”**, pues así se resaltó en la transcripción de la norma:

“...empero de cara al requisito subjetivo si (sic) encuentra el Tribunal un análisis que no resulta favorable en la medida que se desconoce el arraigo familiar y social de la procesada, nunca compareció al proceso ni acató los llamados de la administración de justicia, pues siempre se ha sustraído del curso del proceso”²⁸.

Lo primero a advertir es que si bien debió haberse hecho referencia al siguiente aspecto en la audiencia reglada en el artículo 447 C.P.P., también lo es que la ley impone al juzgador una carga oficiosa de constatar el arraigo del procesado que se haya verificado durante el trámite del proceso, tal como se lee en el artículo 38B del Código Penal²⁹. Y en esa verificación es constatable que a la doctora DUARTE BOADA se le practicó durante su permanencia en Colombia la verificación del arraigo, debiéndose destacar -dada su excepcional importancia- que el abandono del país (febrero 20 de 2016) no obedeció a un pernicioso desacato a los llamados de la administración de justicia, así como tampoco a una voluntaria sustracción del curso del proceso, conforme se consigna en el fallo.

No. La salida del país de la ex-juez fue forzada, contra su voluntad y fruto de las amenazas recibidas muy probablemente con origen en lazos o vínculos con el gremio de rematadores del que de alguna manera se hizo alusión en el proceso. La Resolución 2016-104628 de mayo 27 de 2016 emitida por la Directora Técnica de Registro de Gestión de la Información de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, que hace parte del proceso pues fue aportada en la audiencia de declaratoria de persona ausente³⁰, así lo acredita, documento que dada su naturaleza de público debe entenderse y valorarse como cierto.

En ese marco, entonces, existió una razón lo suficientemente robusta y plenamente acreditada que justifica el por qué la enjuiciada no se hizo presente en las audiencias llevadas a cabo en el curso de la actuación y que por ello, jamás pueden

²⁸ Cfr folio 79 del fallo

²⁹ “En todo caso corresponde al juez de conocimiento, que imponga la medida, establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo”

³⁰ Llevada a cabo en el Juzgado 10 de Garantías de Bucaramanga el 2 de junio de 2017

tenerse como fundamento de un equivocado pronóstico de que evadirá el cumplimiento de la pena.

157

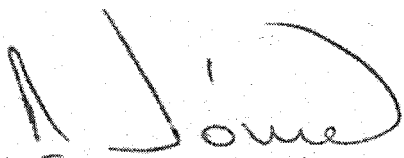
Siendo que la situación actual de la doctora DUARTE BOADA continúa en *statu quo* se muestra procedente y viable concluir que no están dadas las condiciones para regresar al país. Por lo tanto, de ser concedida la prisión domiciliaria que se está solicitando respetuosamente a la Corte, previa revocatoria de la negativa de primera instancia, la residencia de la eventual beneficiaria sería en la ciudad de Miami, cuya dirección exacta se suministraría en su oportunidad, destacándose además que los respectivos controles podrán ser asumidos por el consulado colombiano en la mencionada ciudad.

4.- PETICIONES

En esas condiciones, la apelación va encaminada:

- 1.- a que se revoque la sentencia impugnada en lo que atañe a la condena emitida por el presunto prevaricato por omisión y en su lugar SE ABSUELVA a la procesada por tal conducta.
- 2.- consecuentemente a que se revoque la diferida orden de captura emitida.
- 3.- a que -de ser confirmado el fallo- en subsidio se conceda el mecanismo sustituto de la prisión domiciliaria en aplicación del artículo 38 del Código Penal, vigente para la época de los hechos.

Respetuosamente,



ALFREDO GOMEZ QUINTERO

cc 13'823.411 de Bucaramanga

TP 21028 C Superior Judicatura