

Refutación casación número interno 58558 (C.U.I. 41001600058420120005901) AMANDA SILVA DUARTE

David Benavides Morales <benavidesmorales@hotmail.com>

Mié 08/06/2022 15:19

Para: Secretaria Sala Casacion Penal <secretariacasacionpenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co>

CC: Laura Mayoly Blanco Martínez <mayolybm@cortesuprema.gov.co>

Buenas tardes,

En calidad de defensor de confianza de AMANDA SILVA DUARTE, estando dentro del término concedido para ello, me dirijo a Ustedes para hacerles llegar el escrito de refutación de la demanda interpuesta por el representante de víctimas en contra de la sentencia absolutoria de segunda instancia dentro del radicado del asunto.

Agradezco que por favor me confirmen el recibido y quedo atento de la solución de este asunto.

Cordialmente,



David Benavides Morales

Abogado

(+57-1) 7495609 | (+57) 310 349 6925 | d.benavides@bmv.com.co
Cll 26B # 4A - 45 - Ofcs. 302-303 | Torre KLM - Bogotá



BENAVIDES · MARÍN · VALENCIA
— A B O G A D O S —

Honorables Magistradas y Magistrados
Sala de Casación Penal
Corte Suprema de Justicia
E. S. D.

Asunto: Alegatos de refutación de la Defensa.
Ref.: Casación No. Interno 58558
C.U.I. 41001600058420120005901

DAVID BENAVIDES MORALES, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en calidad de defensor de AMANDA SILVA DUARTE, acusada y absuelta dentro del proceso de la referencia, acudo ante Ustedes con el propósito de presentar, conforme al artículo 3 del Acuerdo No. 020 de 2020 emitida por esta Sala, alegatos de refutación frente al recurso de casación alzado por el apoderado de víctimas dentro del proceso de la referencia en contra del fallo de segunda instancia proferido el 7 de septiembre de 2020 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva.

Como se expondrá en detalle a continuación, la defensa considera que los cargos presentados por la representación de las víctimas carecen de fundamento jurídico, toda vez que equipara de forma equivocada la ilicitud administrativa con los elementos normativos de los tipos penales de prevaricato por acción e interés indebido en la celebración de contratos. Asimismo, el ejercicio argumentativo presentado por el casacionista, contrario a sus pretensiones, permite corroborar las conclusiones del *ad quem* en punto de la atipicidad de la conducta. Finalmente, considera esta defensa que el tercer cargo debe ser rechazado por no haber omitido el *ad quem* la valoración de ningún elemento de prueba. Por estos motivos, de forma respetuosa solicito a esta Honorable Sala **no casar** la decisión y, por lo tanto, confirmar la absolución a favor de la señora SILVA DUARTE.

Primer cargo:

Conforme a lo expresado en su recurso de casación (páginas 6 y 8), el representante de víctimas refiere como primer causa de impugnación una supuesta aplicación indebida de dos normas fruto, a su vez, de su errónea interpretación, de conformidad con la primera causal del artículo 181 del estatuto procedimental penal. En esencia, el argumento consiste en señalar como equivocada la interpretación que realizó el *ad quem* de lo dispuesto en los artículos 9 de la Ley 1150 de 2007 y 88 de la Ley 1474 de 2011.

Sea lo primero llamar la atención del evidente plagio que realiza el censor en las páginas 7, 8 y 9 de su escrito, de lo dicho por la Sala en el auto interlocutorio No. AP2428 del 12 de mayo de 2015, proferido dentro del radicado 42.527, puesto que parafrasea algunos apartes y copia textualmente otros, sin señalar de manera expresa la fuente de la cual los obtiene. Sin perjuicio de esto -que probablemente se deba a un error involuntario del censor- esta defensa considera que **hay cuatro argumentos** para desestimar el primer cargo.

En **primer** lugar, la demanda no cumple con las exigencias argumentativas que la misma Sala ha establecido en punto a demostrar que la supuesta indebida aplicación de la norma se debe a su errónea interpretación (es decir, aquellas señaladas, entre otras, en la providencia AP2428-2015). Para el caso concreto, el yerro del censor es tal que parte todo su análisis de una premisa falsa, pues no es cierto que la sentencia de segunda instancia “se amparó en la



interpretación errada de las normas que sirvieron de sustento para habilitar a un proponente” (como lo afirma en la enunciación del cargo, en la página 7 de su demanda).

Contrario al entendimiento que tuvo el censor, lo cierto es que la providencia demandada no parte de dar por cierto el razonamiento y la interpretación que realizó mi defendida de los artículos 9 de la Ley 1150 de 2007 y 88 de la Ley 1474 de 2011. Por el contrario, reconoce que el acto de revocación pudo ser poco común, discutible o incluso desacertado (página 24 del fallo). No obstante, concluye que ello no es suficiente para afirmar que aquel hubiere sido caprichoso, amañado o *manifiestamente* ilegal.

Por lo demás, el censor confunde el motivo por el cual se decidió la revocatoria de la adjudicación. Aunque reconoce que la Resolución No. 046 de 2012 se refiere a dos aspectos distintos, en el transcurso de su argumentación el representante de víctima los mezcla, haciendo de su argumento uno confuso y errado. De un lado, se ordenó la revocatoria de la adjudicación según lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 9 de la Ley 1150 de 2007. De otro, se ordenó habilitar la propuesta del Consorcio Acueducto Pitalito al entender que había sido ilegalmente excluida según lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011.

El casacionista, en cambio, sostiene que el *ad quem* se habría equivocado al permitir que la acusada hubiera revocado la adjudicación con sustento en el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011. Como se puede ver de su simple lectura, el *ad quem* no incurrió en tal error en su providencia, por lo que no hay error alguno en este aspecto en la decisión demandada.

En **segundo** lugar, derivado del primer argumento, el cargo de casación desconoce el alcance dado por la jurisprudencia sostenida de esta Corte al elemento normativo del tipo penal prevaricato por acción al asimilar la contradicción manifiesta con el ordenamiento jurídico exigido con la posible ilicitud administrativa del acto. A pesar de la extensa exposición presentada en derecho administrativo para diferenciar las causales de revocatoria directa del acto de adjudicación de los factores de habilitación y evaluación en los procesos de obra pública, el mismo rigor se echa de menos en el análisis efectuado respecto al alcance específico del tipo penal.

Esta Corte ha reconocido que la expresión ‘manifiestamente contraria a la ley’ ha sido decantada de forma pacífica por la Sala de Casación Penal.¹ Para la comprobación de este elemento típico, ha sido enfática en señalar que no basta la ilicitud de la decisión, sino que es necesario comprobar una disparidad entre el acto y las normas aplicables que “[...] no admita justificación razonable alguna”.² De esta forma, no se trata de cualquier vulneración al derecho, debe verificarse: “[...] que de manera inequívoca [se] violente el texto y el sentido de la norma; por lo que no pueden ser prevaricadoras aquellas decisiones tildadas de ‘desacertadas’ que estén fundadas ‘en un concienzudo examen del material probatorio y en el análisis jurídico de las normas aplicables al caso’”.³

Como consecuencia de lo anterior, la Corte ha establecido que la conducta punible de prevaricato por acción únicamente se configura cuando “[...] las decisiones se apartan **sin argumento alguno** de los preceptos legales, “claros y precisos” o cuando las premisas invocadas no son razonablemente atendibles, en el evento de una ‘motivación sofisticada’,

¹ CSJ, SEP00073-2021, Julio 14, 2021. Rad. 48863.

² CSJ, Agosto 13, 2003. Rad 19303, reiterado en: CSJ, SEP00073-2021, Julio 14, 2021. Rad. 48863; CSJ SP2438-2019, rad. 53651.

³ CSJ, SEP00073-2021, Julio 14, 2021. Rad. 48863; CSJ SP2438-2019, rad. 53651; CSJ, Agosto 13, 2003. Rad 19303.



groseramente ajena a los medios de convicción o por tratarse de una interpretación contraria al nítido texto legal.”⁴ Debe tratarse, entonces, de una resolución producto del simple capricho, la mera arbitrariedad, que **se aparta de forma ostensible y sin razón alguna del ordenamiento jurídico**⁵, posición en plena consonancia con la literatura especializada en la materia,⁶ que incluso fue recogida en la página 21 del fallo.

Independientemente de la discusión propia del derecho administrativo que plantea el casacionista, el fallo de segunda instancia es riguroso al reconstruir la discusión jurídica suscitada entorno al proceso de adjudicación. Del acervo probatorio, el *ad quem* logra reconstruir los argumentos jurídicos confrontados en dicha discusión, llegando a la misma conclusión que el casacionista: parece haber un equívoco en la normatividad administrativa empleada por el equipo jurídico de la señora Silva Duarte. Sin embargo, este es producto de “[...] una discusión exclusivamente jurídica”⁷, en la cual mi defendida presentó una postura que “[...] no es irrazonable, ostensiblemente ilógica o infundada, sino que por el contrario, existieron motivos que llevaron a la procesada a obrar de esa manera”⁸.

Ella, en su momento, adoptó un criterio jurídico que hoy puede no ser compartido por el censor y sus representados, e incluso por el *a quo*, el *ad quem* o la Sala; pero que en ningún caso puede ser tildado de caprichoso. Es esta circunstancia la que elimina, como acertadamente lo encontró el *ad quem*, uno de los elementos del tipo penal de prevaricato por acción, tornando la conducta de mi defendida en atípica.

De esta forma, más allá del estudio de las normas administrativas llamadas a regular el caso, el *ad quem* enfoca su análisis la discusión jurídico-penal planteada alrededor del proceso de adjudicación. Desde este enfoque, opta por evaluar los argumentos presentados por mi defendida, concluyendo que no era manifiestamente contrario a derecho y, por tanto, no era una conducta típica. Ninguna postura toma el fallo de segunda instancia frente a la licitud administrativa del acto de la señora Silva Duarte. En ningún momento toma partido para decantarse por entender que el acto administrativo fue *correcto*. Por el contrario, luego de señalarlo como “discutible y eventualmente desacertado”, el *ad quem* profundiza en los requisitos específicos del prevaricato por acción llegando a la conclusión de que, a pesar de oponerse al concepto de otros intervinientes en la adjudicación, la postura de mi defendida era lógica, no era irrazonable y estaba debidamente fundada (páginas 24 y 32 del fallo), por lo que no cumple con el requisito normativo de contradecir de forma manifiesta el ordenamiento.

En este sentido, el primer cargo de casación no observa el estándar jurisprudencial establecido para el prevaricato por acción, pues se limita a argumentar la ilicitud de la conducta desde el derecho administrativo, mientras que el tipo penal requiere el análisis efectuado de forma correcta por el *ad quem*: establecer si la conducta es manifiestamente contraria a derecho por apartarse de manera arbitraria de la norma aplicable, lo cual no se puede afirmar de la conducta de mi defendida, la cual fue razonable y lógica aún cuando, ex post, se determine que fue una decisión equivocada desde el derecho administrativo.

⁴ CSJ SP, 15 de oct. 2014, rad 43413 (énfasis añadido). Reiterado en: CSJ, SEP00073-2021, Julio 14, 2021. Rad. 48863; 17 jun. 2015, rad. 45622; CSJ SP2438-2019, rad. 53651.

⁵ CSJ, Agosto 13, 2003. Rad 19303, reiterado en: CSJ, SEP00073-2021, Julio 14, 2021. Rad. 48863.

⁶ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *Delitos contra la Función Pública*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 2008. pp. 201 – 204; BULLEMORE, Vivian y MACKINNON R., John. *Curso de Derecho Penal, Parte Especial*. Ed. Lexis Nexis, Santiago. 2007. pp. 192 – 193;

⁷ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, Sala Tercera de Decisión Penal. Sentencia de Segunda Instancia del 7 de septiembre de 2020. Rad. No. 20120005903. pp. 27 – 29.

⁸ *Ibidem*. p. 29.

En **tercer** lugar, a pesar de que el casacionista reconoce que, a la luz de la jurisprudencia de la Corte, un cargo fundado en el artículo 181 “[...] debe abandonar toda discusión en punto de la realidad fáctica declarada en el fallo impugnado [...]”⁹, emplea de forma recurrente referencias al material probatorio del expediente para poner en duda varios hechos probados. Adicional a esto, la argumentación expuesta a partir del material probatorio parte de la premisa antes expuesta: equipara equivocadamente la posible ilicitud administrativa con el elemento normativo ‘manifiestamente contrario a la ley’ del prevaricato para alegar la tipicidad de la conducta.

Contrario a lo pretendido, estas referencias probatorias corroboran la conclusión del *ad quem*, en tanto permiten observar que la resolución emitida por la señora Silva Duarte estuvo fundada jurídicamente y buscó, en todo momento, salvaguardar el debido proceso y la transparencia que corresponde a estos procesos.¹⁰ Todas las referencias efectuadas al Comité Evaluador y sus informes¹¹, así como las actas suscritas por mi defendida, revelan que al interior de la entidad se adelantaron discusiones jurídicas álgidas, producto de las cuales se tomaron las decisiones dentro del proceso de adjudicación. ¿Son estas discusiones objeto de debate? No, y de hecho el censor admite que ocurrieron en los términos en que el *ad quem* lo recogió en el fallo. ¿Aquellas decisiones fueron equivocadas? Según el criterio jurídico que se adopte, tal vez. ¿Fueron decisiones *manifiestamente* contrarias a la ley? Indudablemente no.

El nivel de detalle por parte de la señora Silva Duarte para determinar los cambios que suponía en la licitación las modificaciones legislativos y adaptarlo conforme a las nuevas disposiciones, así como sus esfuerzos para garantizar los derechos de todos los participantes en el proceso resultan incuestionables. Por esto, también resulta incuestionable que las decisiones tomadas por mi defendida distan de forma evidente a una decisión arbitraria o infundada como el elemento normativo del tipo penal exige. De un lado, aunque ex post pueda considerarse errado, en su momento no era absurdo entender que lo que se consideró como confabulación fuera un *medio ilegal* en los términos en que está en el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007.

De otro, tampoco es abiertamente ilógico que mi defendida haya entendido que *la evaluación* a la que se refiere el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011 (cuando señala que “*en los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación*”) cobija el estudio tanto de los factores de escogencia como los criterios de evaluación. Es decir, no solo los criterios evaluables sino también los habilitantes, como a todas luces se deriva del texto del primer inciso del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Con estos entendimientos, se derrumban los reproches del censor en torno al primer cargo.

Por **último**, producto de la confusión entre la posible ilicitud administrativa el ingrediente normativo del tipo penal objeto de acusación, el casacionista omite el principio de intervención mínima o *ultima ratio* que rige el derecho penal y lo equipara al derecho administrativo sancionador. Nada más equivocado pues, como señala con acierto el *ad quem*, sería necesario sancionar penalmente cualquier acto administrativo que sea demandado por esta vía de ser esta aseveración cierta.¹² Incluso, de entender que le asiste razón al censor y que el *ad quem* interpretó de manera errónea y luego aplicó las normas de forma indebida, forzosamente

⁹ GIL RUIZ, Richard. *Sustentación Recurso de Casación*. Rad. No.: 41001600058420120005900. pp. 7 – 8.

¹⁰ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva. *Supra* nota 7. p. 36.

¹¹ GIL RUIZ, Richard. *Supra* nota 9. pp. 18, 27 – 29.

¹² Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva. *Supra* nota 7. pp. 29 – 30.

deberíamos concluir que los Magistrados que suscribieron la decisión habrían incurrido en el delito de prevaricato.

Como ha referido la Corte Constitucional, “[...] la disponibilidad de otros mecanismos jurídicos para prevenir o combatir una determinada problemática social, económica, política o cultural, descarta y desplaza automáticamente la vía penal [...]”¹³ Esta discusión, como la argumentación del recurso de casación muestra, pertenece a la órbita del derecho administrativo y no el derecho penal como pretende el representante de víctimas. Por un parte, bien pudo proceder en contra del acto administrativo por vía de revocatoria directa o acción de nulidad y restablecimiento del derecho para alegar la confusión expuesta. Por otra parte, está disponible el derecho disciplinario sancionador para endilgar responsabilidad a los funcionarios por estos hechos. En consecuencia, este recurso parece ser un esfuerzo por parte de las víctimas por lograr la responsabilidad administrativa empleando la jurisdicción penal, lo cual contraviene frontalmente el carácter residual del derecho penal.

En conclusión, el primer cargo presentado carece de fundamento en tanto parte de una premisa falsa, desconoce el alcance específico del elemento normativo del prevaricato por acción, presenta argumentos probatorios para justificar su postura y, fundado en una clara confusión entre el ilícito administrativo y el ingrediente normativo del tipo, desconoce el principio de intervención mínima que rige el derecho penal, al intentar alegar una ilicitud de naturaleza administrativa ante la jurisdicción penal.

Segundo cargo:

El segundo cargo formulado por el representante de víctimas es alegado en los términos de la causal tercera del artículo 180 (sic), alegando un “[...] manifiesto desconocimiento de las reglas de apreciación de la prueba sobre la cual se fundó la sentencia [...]”¹⁴ respecto a la responsabilidad penal de mi defendida por los delitos de prevaricato por acción e interés indebido en la celebración de contratos. Señala el casacionista que hay error en la apreciación de la prueba, pues *el ad quem* acierta en su escogencia pero, a juicio del recurrente, le otorga un sentido y un alcance equivocados al cercenar unas y tergiversar otras.¹⁵

Respecto al prevaricato por acción, el casacionista parte de la confusión antes advertida para efectuar su análisis, equiparando de forma errada la posible ilicitud administrativa del acto con los ingredientes normativos del tipo penal exigidos para comprobar la existencia del prevaricato. Por un lado, el casacionista busca argumentar que de las pruebas obrantes en el expediente se debe concluir la irregularidad de las causales de rechazo de la convocatoria, la improcedencia del mecanismo de selección empleado, aspectos relevantes del proceso contractual omitidos, entre otros señalamientos que de forma concisa el representante de víctimas resume de la siguiente manera:

“[...] debe recalcar que el fallador de segunda instancia **confunde y desnaturaliza criterios de la contratación estatal**, relacionados con los requisitos habilitantes que no asignan puntaje de aquellos evaluables que si lo hacen [...]”¹⁶

Señala el casacionista que el Tribunal omitió corroborar los errores cometidos por mi defendida respecto a la causales de revocatoria directa, así como las formas de evaluación

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-233 de 2019. Expediente D-12960.

¹⁴ GIL RUIZ, Richard. *Supra* nota 9. P. 31.

¹⁵ *Ibidem*. p. 32.

¹⁶ GIL RUIZ, Richard. *Supra* nota 9. p. 37. Subrayas propias.

de los proponentes, los mecanismos de puntuación utilizados, el orden de elegibilidad, entre otras.¹⁷ Resulta evidente que la confusión no radica en el *ad quem*, sino realmente en el casacionista al pretender revivir la discusión probatoria para demostrar una posible ilicitud administrativa, en la jurisdicción penal.

Según refiere el representante de víctimas, tras hacer el estudio debido de las pruebas obrantes en el expediente, el *ad quem* concluye que los actos administrativos fueron producto de una “[...] motivación organizada, coherente, fundada en interpretaciones jurídicas, basada en normas y citas jurisprudenciales reales y apegada al devenir fáctico de la licitación pública.”¹⁸ El recurso de casación incluso hace referencia al registro de una de las reuniones celebradas por las partes de la licitación en donde mi defendida manifiesta haberse asesorado y consultado lo necesario para tomar la mejor decisión.¹⁹ La argumentación presentada por el casacionista, otra vez contrario a sus pretensiones, corrobora fehacientemente las conclusiones del Tribunal, pues da cuenta del juicioso ejercicio realizado para determinar la inexistencia del elemento normativo del tipo penal de prevaricato, confirmando que la conducta de mi defendida estuvo lejos de ser un acto arbitrario o ilógico.

Paradójicamente, el representante de víctimas decide abordar los criterios jurisprudenciales del ingrediente normativo del prevaricato invocando el cargo probatorio. Adicionalmente, la referencia escogida deja en evidencia la confusión que subyace a la argumentación de la casación, pues refiere que:

“Una decisión es «manifiestamente contraria a la ley» cuando «la contradicción entre lo demandado por la ley y lo resuelto sea notoria, grosera o de tal grado ostensible que se muestre de bulto con la sola comparación de la norma que debía aplicarse». Dicho de otro modo, **no puede ser el resultado de elocuentes y refinadas interpretaciones, complejas disertaciones o intrincadas elucubraciones** y debe develarse coruscante con la sola comparación de la norma que debía aplicarse al momento de realización de la conducta reprochada.”²⁰

En este sentido, en plena conformidad con lo manifestado en este documento, el ingrediente normativo del prevaricato no refiere a una ilicitud administrativa como equivocadamente colige el casacionista, sino que exige una conducta manifiestamente contraria a la ley que ha sido decantada como una decisión evidente, de bulto, ilógica, carente de sentido que, por lo tanto, pueda ser imputable como un acto producto de la arbitrariedad. Claramente señala la Corte en la decisión referenciada en el recurso de casación, que el análisis de tipicidad respecto a este elemento normativo no puede ser el resultado de cincuenta páginas de refinadas y elocuentes interpretaciones, complejas disertaciones de derecho administrativo e intrincadas elucubraciones de derecho contractual.

De existir este elemento de tipicidad, la argumentación del representante de víctimas debería estar encaminado a demostrar el acto de evidente arbitrariedad que generó las diversas decisiones al interior del proceso de licitación. En el esfuerzo de demostrar la ilicitud administrativa, queda demostrada la altísima diligencia con la que se adelantó el proceso de selección para garantizar el debido proceso a todos los participantes. En todo caso, aún aceptando en gracia discusión los argumentos de derecho administrativo planteados por el

¹⁷ *Ibidem*. Pp. 37 – 40.

¹⁸ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva. *Supra* nota 7. p. 24.

¹⁹ Sesión del 14 de diciembre de 2017. Record 01:46:27, referido por GIL RUIZ, Richard. *Supra* nota 9. p. 44.

²⁰ CSJ SP, 8 nov. 2001, rad. 13956. Reiterado en: CSJ sentencias de 25 abr. 2007, rad. 27062, 22 abr. 2009, rad. 28745, 16 mar. y 31 de may. 2011, rads. 35037 y 34112, y 27 jun. 2012, rad. 37733. Referido por: GIL RUIZ, Richard. *Supra* nota 9. p. 50. Subrayas propias.

casacionista, insistimos que estos derivarían, precisamente, en una ilicitud de carácter administrativo que se aleja de forma contundente de la conducta arbitraria exigida para la configuración del prevaricato por acción.

Respecto al **segundo tipo penal** alegado en este cargo, el casacionista se limita a señalar que los supuestos errores valorativos antes analizados “[...] incluso trascendió a demeritar su responsabilidad en el delito de interés indebido en la celebración de contratos [...]”.²¹ Sin embargo, a renglón seguido manifiesta que será un asunto que se abordará más adelante en el recurso sin dar mayor explicación de porqué el supuesto yerro interpretativo deriva en esta conclusión. Por este motivo, reservamos los comentarios relativos a este tipo penal para la siguiente sección del documento.

De esta forma, es posible concluir que el esfuerzo argumentativo presentado por el representante de víctimas consigue sembrar dudas sobre una posible responsabilidad administrativa por los hechos objeto de estudio. Sin embargo, este ejercicio ha confirmado que el proceder de la señora Silva Duarte ha sido diligente, que sus decisiones fueron producto de consulta y reflexión al interior de la entidad, con fundamento jurídico -aunque resulte discutible desde la mirada del derecho administrativo-. Por lo tanto, la conducta dista con creces de poder ser calificado como un acto arbitrario, sin sentido o groseramente contrario a derecho, tal como lo exige el prevaricato por acción para ser configurado, logrando el casacionista corroborar la atipicidad objetiva de la conducta.

En fin, lo cierto es que el *ad quem* no cercenó ni tergiversó ninguna prueba. Su extensa valoración -resumida a partir del último párrafo de la página 26 de la decisión- simplemente es diferente de la postura que defiende el recurrente. Por ejemplo, el estudio de la integridad de la Resolución No. 046 del 26 de enero de 2012 se realizó a partir de la página 22 del fallo; del Acta de evaluación del 21 de diciembre de 2011 y del Acta de evaluación final del 30 de diciembre de 2011 a partir de la página 25; del pliego de condiciones a partir del último párrafo de la página 27; y del testimonio de LUIS EDGAR TOLE YARA en las páginas 33 y siguientes.

Sobre la confabulación, por ejemplo, el censor se equivoca en entender que el *ad quem* valida como correcta su ocurrencia para justificar la revocatoria de la adjudicación. Lo que argumenta el *ad quem* es que tal determinación -a la que incluso califica como eventualmente desacertada- no fue arbitraria. De otro lado, para el censor, mi defendida tenía que conocer previamente que quien fungía como representante de un oferente era la misma persona que hacía parte del equipo de trabajo de otro, por lo que utilizar este hecho como sustento de la revocatoria necesariamente debió ser un ardid. Para el *ad quem*, las pruebas no son suficientes para demostrar más allá de toda duda razonable que mi defendida tenía ese conocimiento que el censor afirma. En sus términos, del análisis íntegro de las pruebas “no es extraño, ilógico, fantástico o descabellado pensar que la señora Silva Duarte hubiese advertido la supuesta confabulación una vez adjudicada la licitación” (p.27 del fallo).

Para el censor, que se tratara de la misma persona no es una causal de revocatoria. Todos estamos de acuerdo. El problema es que de manera tendenciosa el recurrente olvida que la causal utilizada por mi defendida es una que sí estaba consagrada en la ley: el medio ilegal (que se materializó en la confabulación). Otro debate -que además ya se resolvió- tiene que ver con si existió o no tal confabulación. A juicio del *a quo*, no. A juicio del *ad quem*, tampoco. No obstante, ello no es suficiente para estructurar una condena, como bien se reseñó en la decisión de segunda instancia. Los funcionarios públicos son susceptibles de errar, pero, a

²¹ GIL RUIZ, Richard. *Supra* nota 9. p. 49.

menos de que sea grosero, evidente, absurdo, arbitrario, no todo yerro debe conducir a una sanción penal.

Sobre la acreditación de que mi defendida no actuó con dolo vale la pena traer a colación el análisis que hizo el *ad quem* de lo dicho por el testigo Tole Yara, y que extrañamente el censor hecha de menos, cuando en el segundo párrafo de la página 37 de la decisión se explica claramente que, de estar equivocada, mi defendida habría actuado bajo convencimiento “de haber actuado correctamente”. Así que no solo hay ausencia del “*manifiestamente contrario a la ley*” como elemento objetivo del tipo sino también del dolo como elemento subjetivo exigido, como también se desprende del análisis realizado por el *ad quem* en el último párrafo de la página 24, penúltimo párrafo de la página 28, último párrafo de la página 29 y penúltimo párrafo de la página 32 del fallo.

Tercer cargo:

Finalmente, el representante de víctimas presenta como tercer cargo una “[...] violación indirecta al derecho sustancial, al proferirse un fallo absolutorio amparado bajo en un error de hecho por falso juicio de existencia por omisión.”²² A juicio del casacionista, el *ad quem* omitió valorar medios de prueba que constaban en el expediente a la hora de establecer el interés indebido en la celebración de contratos que, de ser evaluados, derivarían en la responsabilidad penal de la señora Silva Duarte.

El argumento del censor padece de serias deficiencias conceptuales que lo hacen improcedente. Según argumenta en su recurso, el representante de víctimas considera que el *ad quem* se equivocó al establecer una relación de causalidad entre el prevaricato por acción y el interés indebido en la celebración de contratos, pues esto llevó a que las pruebas estudiadas minuciosamente para el primer delito fueran omitidas para el análisis del segundo. Sin embargo, una vez analizadas de forma pormenorizada los argumentos, queda nuevamente expuesta la confusión del casacionista entre ilicitud administrativa y penal.

En primer lugar, refiere el representante de víctimas que el Tribunal omitió estudiar la resolución No. 046 del 26 de enero de 2012 y sus actas, en donde consta que la señora Silva Duarte hizo sugerencias a los miembros del comité que no debía hacerle. En segundo lugar, refiere una omisión del *ad quem* a la hora de valorar la ‘falsa motivación’ esgrimida por mi defendida para revocar el acto de adjudicación, la ‘precipitación’ con la cual decidió adjudicar el proceso, así como el testimonio del procurador Tole Yara, en el cual se puso de presente el carácter irregular del proceso y fue supuestamente ignorado por mi defendida.²³

En tercer lugar, el casacionista enlista pruebas que son comunes al delito de prevaricato y que, a su juicio, fueron omitidas a la hora de determinar el interés indebido de contratos. Refiere el pliego de condiciones, en tanto no había incluido la causal de univocidad entre los supuestos de rechazo; los informes de evaluación, dada la modificación realizada a los criterios empleados al momento de efectuar la revocatoria; y la Resolución No. 046 de 2012, en donde se habilita extemporáneamente a un proponente. Parece redundante señalar que cada uno de estos escenarios busca insistir en la misma tesis planteada en el primer cargo, intentando convencer a la Sala de una eventual ilicitud administrativa y omitiendo los aspectos específicos exigidos por el tipo penal.

²² Ibídem. p. 55.

²³ GIL RUIZ, Richard. *Supra* nota 9. Pp. 57 – 59.



Con claridad ha manifestado la Sala Penal de la Corte que, dado el carácter abstracto del tipo penal consagrado en el artículo 410, es imprescindible no desviar la discusión hacia la abstracción de los principios de la contratación, dado el riesgo que ello supone para el principio de legalidad, los derechos de defensa y contradicción, así como la arbitrariedad del funcionario judicial.²⁴ En concreto, se debe probar más allá de la duda [...] la materialidad del efectivo interés, traducido en un comportamiento consecuencial al mismo.²⁵ En este sentido, resulta evidente que el esfuerzo argumentativo del casacionista una vez más desentona con los estándares jurisprudenciales de los tipos penales objeto de discusión. Todos estos escenarios (la habilitación extemporánea, la imprecisión de las causales de rechazo, la falsa motivación, la precipitación), de acreditarse su ocurrencia, son eventualmente reprochables disciplinariamente. Sin embargo, nada indican sobre una indebida motivación del acto, ni dan cuenta de un comportamiento consecuencial que así lo refleje como lo exige el tipo penal.

En todo caso, lo cierto es que los elementos que el censor estima como omitidos sí fueron valorados por el *ad quem*, solo que de manera distinta a la preferida por aquel. No es cierto que en segunda instancia no se haya valorado la Resolución No. 046 de 2012, pero incluso de serlo ello en nada cambiaría el razonamiento de la segunda instancia: es cierto, tal como se encontró probado, que no existió presión alguna sobre los miembros del comité encargado de evaluar la propuesta del consorcio al que a la postre se le adjudicó la licitación. Se echa de menos la trascendencia del yerro que en su demanda debió explicar el censor.

Se afirma en la demanda que el *ad quem* erró al no encontrar “registro, reunión o contacto que permita verificar un acuerdo entre el proponente y SILVA DUARTE”. Por lo mismo, alega que no se valoró “la falsa motivación” que llevó a concluir que existían “medios ilegales” y que permitió la revocatoria de la adjudicación. Se equivoca el censor: el *ad quem* sí valoró la motivación que sustentó la conclusión de que se habían presentado “medios ilegales”, e incluso señaló que la misma, aunque podía haber sido equivocada, no era irrazonable. No se puede atacar, alegando un falso juicio de existencia por omisión, que el *ad quem* haya valorado un medio de prueba de una manera que contraría los intereses del censor. Valoración sí hubo, solo que no la que el representante de víctimas habría preferido, y eso no es reprochable en sede de casación. Ahora bien, incluso de aceptar que el análisis sobre los “medios ilegales” fue insuficiente, ¿de qué manera ello demuestra que existió reunión o contacto entre el proponente y mi defendida? El censor debió explicarlo y no lo hizo, fundamentalmente porque es imposible hallar registro de algo que no existió.

De otro lado, el *ad quem* explicó que, tal como lo presentó la Fiscalía, el prevaricato habría sido el medio para cometer el delito de interés indebido en la celebración de contratos, por lo que ausente el primero se desestructuraba el segundo. Sin embargo, en el fallo de segunda instancia el Tribunal fue más allá para -dejando hipotéticamente de lado todas las consideraciones sobre el prevaricato- explicar porqué no se satisfacían, de ningún modo, las exigencias para proferir una condena por el segundo delito señalado. Al respecto, ver el segundo párrafo de la página 53 de la sentencia.

Lo cierto es que cualquier decisión que mi defendida hubiere tomado (sobre la revocatoria o no) habría favorecido a uno u a otro oferente, sin que ello sea suficiente per se para configurar un interés indebido de su parte en favor de alguno. De aceptar la tesis del censor, deberíamos concluir que, como consecuencia de haber tomado la decisión contraria, mi defendida hoy estaría enfrentando el mismo proceso penal, por los mismos hechos, pero con diferente víctima. No en vano en el mismo fallo el Tribunal apela a razones de elemental lógica para

²⁴ CSJ, SP. Julio 17, 2019. SP2653-2019. Radicado N° 53479

²⁵ Ibídem.



preguntar “¿por qué adelantar un trámite tan complejo y tan engorroso como adjudicar la licitación a otro oferente para luego revocarla y ganarse así la crítica de los participantes del proceso y la vigilancia de los entes de control?” (último párrafo de la página 54 de la decisión).

Lo anterior nos permite, si en gracia de discusión se aceptara la equivocada tesis del censor, concluir que no hay prueba más allá de toda duda razonable sobre los elementos objetivo (interés indebido) y subjetivo (dolo) del segundo tipo por el que fue correctamente absuelta mi defendida. Habla también el censor del “afán desmedido por proseguir [...] y así beneficiar a uno de los proponentes”, olvidando la urgencia e importancia de la ejecución pronta del objeto contractual para beneficio de la comunidad. Si, en cambio, en su momento mi defendida hubiere actuado con lentitud, hoy se le estaría reprochando su falta de agilidad para solucionar una problemática existente y delicada como aquella que se solucionó con la contratación reprochada.

Finalmente, conviene detenerse a la referencia que hace el representante de víctimas a los testimonios rendidos por el señor Tole Yara, que se traen como medio de prueba para el interés indebido de mi defendida aduciendo que este funcionario puso de presente las irregularidades del proceso y esta circunstancia fue omitida por la señora Silva Duarte. Sin embargo, al confrontar el fallo de segunda instancia es claro que el estudio es pormenorizado y no se limitó al prevaricato por acción. Por el contrario, el Tribunal profundizó en las distintas versiones de sus testimonios y llegó a la conclusión de que, si bien en testimonios tardíos afirmó haber comunicado la existencia de una irregularidad, esto no pudo ser comprobado en los audios de las reuniones celebradas. Adicionalmente, el testigo manifestó que el debate era uno eminentemente jurídico y confirmó que la señora Silva Duarte actuó bajo la plena convicción de estar obrando conforme a la ley, “[...] convencida de haber actuado correctamente.”²⁶, enfatizó el testigo.

De esta forma, los elementos materiales probatorios supuestamente omitidos por el Tribunal demuestran, contrario a lo pretendido por el casacionista, que el interés con el que obró mi defendida fue el de atender en ejercicio de sus funciones la aplicación rigurosa y transparente de la ley. En caso de llegarse a concluir que se incurrieron en posible irregularidades técnicas, insistimos que estas derivarían en una eventual responsabilidad administrativa, pues no logran satisfacer los requisitos típicos de los delitos objeto de la acusación.

Solicitud:

En atención a los argumentos anteriormente presentados, de manera respetuosa le solicito a esta Honorable Sala Penal **DESESTIMAR LOS CARGOS** y, en consecuencia, **CONFIRMAR EL FALLO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE NEIVA** que declara la absolución de la señora SILVA DUARTE.

Atentamente,

DAVID BENAVIDES MORALES
C.C. No. 1.094.882.097 de Armenia
T.P. No. 174.207 del C. S. de la J.

²⁶ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva. *Supra* nota 7. p. 37.