

Proceso No 24080

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aprobado Acta N° 25

Bogotá, D. C., veintiuno de febrero de dos mil siete.

V I S T O S

Juzga la Corte en sede de casación la sentencia de segundo grado del 18 de febrero de 2005, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial del Departamento Archipiélago San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante la cual confirmó el fallo proferido por el Juzgado Penal del Circuito de San Andrés, en el que condenó a ERNESTO SMITH FRANCIS en calidad de Director del Hospital “Timothy Britton” como autor responsable de la comisión del delito de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales.

ANTECEDENTES

En San Andrés Islas, mediante investigación adelantada por la Procuraduría y Contraloría Departamental, a través de las órdenes de provisiones estudiaron los contratos de suministros de comestibles y material médico quirúrgico celebrados por el Hospital “Timothy Britton” durante el periodo comprendido entre el año 1998 y principios de 1999, época en la que era director ERNESTO SMITH FRANCIS, cuyos importes fueron

comparados con la lista de la Oficina de control de precios, pesos y medidas, así como los valores facturados de los mismos productos por otros proveedores, lo que permitió establecer sobrecostos en la compra de elementos por una suma equivalente a \$ 5.200.900.

Posteriormente, en un segundo informe de la Contraloría departamental, se estudiaron las facturas para la vigencia fiscal de 1998, y se encontraron sobrecostos por valor de \$ 35.358.486 con relación a los precios del mercado para la época, lo que dedujo un costo adicional promedio del 48% en las compras del Hospital.

ACTUACIÓN PROCESAL

Con fundamento en la documentación enviada por la Procuraduría Departamental de San Andrés, Providencia y Santa Catalina Islas, la Fiscalía Delegada No. 44 ante los Juzgados Penales del Circuito dictó resolución de apertura de instrucción el 6 noviembre de 1999 en contra de ERNESTO SMITH FRANCIS y VIRGINIA VÁSQUEZ SANTANA, a quienes ordenó vincular mediante diligencia de indagatoria.

VIRGINIA VASQUEZ SANTANA rindió injurada el 26 de noviembre de 1999 y ERNESTO ENRIQUE SMITH FRANCIS hizo lo propio el 28 de diciembre de 1999. La situación jurídica les fue definida el 28 de enero de 2000, de la siguiente manera: contra SMITH FRANCIS, medida de aseguramiento de detención preventiva como responsable del comportamiento previsto en el título III, capítulo IV del Código Penal de 1980; y contra VIRGINIA VÁSQUEZ SANTANA, medida de aseguramiento de detención preventiva por conducta establecida como punible en el título III, capítulo VII ibidem.

La calificación del sumario se produjo el 30 de mayo de 2000 con acusación en contra de ERNESTO ENRIQUE SMITH FRANCIS como presunto autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, y contra VIRGINIA VASQUEZ SANTANA como probable autora responsable de la conducta punible de prevaricato por omisión.

La anterior providencia fue apelada por el defensor de los procesados pero posteriormente mediante escrito de 4 de julio de 2000 el impugnante desistió del recurso de alzada, siendo enviada la actuación al juzgado Penal del Circuito de la Isla.

El Juzgado Primero Penal del Circuito de San Andrés Isla, asumió el conocimiento del asunto el 13 de julio de 2000 y ordenó el traslado previsto en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal.

Dentro del trámite de la diligencia de audiencia pública, el Juez de conocimiento decretó la nulidad de lo actuado desde el cierre de la investigación, por considerar que hubo violación al debido proceso al no haberse dado trámite a la recusación formulada contra el perito Francisco Trespalacios Simanca.

Devuelto el expediente a la Fiscalía 44 Delegada ante los Juzgados Penales de Circuito de San Andrés, su titular mediante resolución de 20 de noviembre de 2000, luego de analizar el contenido del escrito de recusación concluyó que la causal aducida para el efecto no hallaba configuración en los autos, por lo que determinó rechazarla para continuar con el trámite de las diligencias.

Con resolución de 4 de diciembre de 2000 fue cerrada la investigación y calificado el mérito del sumario el 14 de febrero de 2001, proveído por cuyo medio acusó a ERENESTO SMITH FRANCIS como presunto autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, y a VIRGINIA VASQUEZ SANTANA como probable autora responsable de la conducta punible de prevaricato por omisión.

La anterior resolución fue notificada de manera personal al defensor de SMITH FRANCIS el 16 de febrero de 2001, en la misma fecha al Procurador Judicial, el día 20 de febrero del mismo año al citado acusado, y el día 26 de febrero a la también procesada VIRGINIA VASQUEZ SANTANA.

Dentro del término de ejecutoria de la resolución de acusación, el agente del Ministerio Público y el defensor del procesado interpusieron recurso de apelación, el cual fue resuelto mediante resolución de 12 de marzo de 2003 en la que el Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Cartagena confirmó de manera integral la acusación dictada contra SMITH FRANCIS y VASQUEZ SANTANA.

Con oficio 057 de 14 de marzo de 2003 dirigido al Coordinador del Cuerpo Técnico de Investigación, la Fiscal Segunda Delegada comunicó la decisión adoptada e informó sobre la vigencia de la medida de detención preventiva sustituida por domiciliaria, quedando sin efecto la libertad provisional y la orden de conducir al procesado SMITH FRANCIS a su domicilio. Mediante oficio 058 esta misma información fue enviada al Coordinador de la USI. Mediante oficio 13/F.2 de 17 de marzo de 2003 el proceso fue enviado al Secretario de la Unidad Seccional de Fiscalías de San Andrés Islas.

Recibido el expediente en el Juzgado Penal del Circuito el 2 de mayo de 2003, se ordenó el traslado previsto para los sujetos procesales en el Art. 400 del C. de P. Penal. Culminada la vista pública, el 31 de agosto de 2004 se expidió el fallo pertinente mediante el cual se condenó a ERNESTO SMITH FRANCIS, en calidad de autor, como responsable de la comisión de un delito continuado de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, a la pena principal de 8 años de prisión, a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, así como al pago de una multa equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la sentencia dicha, fue absuelta VIRGINIA VASQUEZ SANTANA del cargo por el cual fue convocada a juicio.

Impugnada la anterior determinación, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Andrés Islas, la confirmó por la suya de 18 de febrero de 2005, fallo que ahora es objeto del extraordinario recurso.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Primer cargo.

Con apoyo en la causal tercera de casación, el demandante acusa la sentencia de haberse dictado en juicio viciado de nulidad porque, en su criterio, el funcionario que conoció del juicio carecía de competencia para tramitarlo, y con mucha mayor razón el Tribunal que conoció del recurso de alzada que se interpuso contra la sentencia de primer grado.

Para demostrar el cargo, sostiene que la Fiscalía 44 Seccional de San Andrés Islas llamó a juicio al procesado ERNESTO SMITH FRANCIS mediante resolución de 14 de febrero de 2001, providencia que al ser recurrida fue confirmada mediante resolución No. 034 del 12 de marzo de 2003 dictada por la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior de Cartagena, pero esta decisión nunca fue notificada a ninguno de los sujetos procesales, requisito indispensable para que produjera sus consecuencias jurídicas, por lo que el juez de la causa nunca adquirió competencia para conocer de la etapa del juicio.

Luego de citar un fallo de la Corte Constitucional, expresa que con la ejecutoria de la resolución de acusación se da inicio al juicio y adquieren competencia los jueces encargados del juzgamiento, pero esa fase procesal se surte a condición de la ejecutoria previa de dicha resolución; mientras no acontezca, el pliego de cargos no produce sus efectos jurídicos.

Luego, al no haberse notificado la resolución No. 034 del 12 de marzo de 2003 proferida por la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior de Cartagena, la actuación debe remitirse a la Fiscalía Delegada de Cartagena para que la reponga y ordene la práctica de la diligencia en cuestión.

SEGUNDO CARGO.

Con apoyo en la causal primera de casación, el demandante acusa la sentencia de haber violado en forma indirecta una norma de carácter sustancial, al producirse un error de hecho por omitirse una prueba válidamente incorporada al proceso, y suponer como existente una no acopiada.

Para desarrollar el cargo sostiene el recurrente que el Tribunal superior imaginó la incorporación del “listado de precios emanados de la Oficina de Control de precios, pesos y medidas,” el cual nunca se agregó al proceso, medio que constituye el único fundamento de los informes contables de la Contraloría Departamental para determinar la existencia de los sobrecostos en los precios de compra; e ignoró el dictamen técnico elaborado por el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía que señala la inexistencia de una oficina de control de precios en la Isla. Por manera que no existía autoridad que expidiera el listado a que hacían referencia los mensajes del citado ente de control.

Expresa que fueron los informes contables de la Contraloría, los que permitieron dar crédito a las atestaciones de BIANOR JOSÉ JIMÉNEZ y CARLOS IVÁN PÉREZ CÁRDENAS, por cuanto no eran expertos en esa materia; sus comentarios, entonces, son meras suposiciones personales sin fundamento alguno.

Después de transcribir un aparte de la sentencia del Tribunal, indica que las únicas pruebas tenidas en cuenta para condenar a SMITH FRANCIS fueron los informes contables de la Contraloría Departamental que estuvo fundamentado en el supuesto listado de precios de la oficina de Control del ramo; pero como nunca se incorporó al proceso, los testimonios citados devienen inidóneos. Así, el único soporte serían los mismos informes de la Contraloría.

Indica que el tribunal ignoró el dictamen realizado por el Cuerpo Técnico de

Investigaciones de la Fiscalía, en el cual se indica la inexistencia de una oficina de control de precios, pesos y medidas en el territorio insular; no había pues, una autoridad que expidiera el listado a que hacían referencia los informes contables de la Contraloría, en el que se fundamentaban sus conclusiones. En consecuencia, se carecía de instructivos para que las autoridades determinaran los precios del mercado de la Isla, a los cuales debían sujetarse los comerciantes, fenómeno este que a juicio del censor resultaba incontrolable.

Expone que el juez ordenó el dictamen de la Fiscalía para establecer de forma exacta los precios señalados en el expediente y poder determinar los sobrecostos, obteniendo una respuesta negativa, por cuanto en el informe de 30 de enero de 2004, se indicó que no existía un órgano que regulara en el Archipiélago los precios de los diferentes artículos que allí se comercializan, pues son los comerciantes quienes los fijan.

De haberse tenido en cuenta que no existía una oficina que regulara los precios, pesos y medidas en el lugar, se le habría restado valor probatorio a las pruebas en las cuales el juzgador forjó su convicción y, de esta manera, la conclusión tenía que haber sido otra, la absolución de su defendido ERNESTO SMITH FRANCIS. Estas sus razones para pedir que se case la sentencia.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Frente al primer cargo.

El Procurador Primero Delegado para la Casación Penal considera que el reproche carece de vocación de éxito al plantear el cargo por la vía de la nulidad por falta de competencia, en tanto no distingue si proviene del desconocimiento directo de las normas que regulan la competencia, por razón de la naturaleza del delito por el cual se procede, la cuantía, la calidad de los sujetos -activo o pasivo-, o las circunstancias de agravación punitivas deducidas en el fallo, o si surge del desconocimiento mediato

debido a errores en iudicando que lo llevaron a que se declararan probadas circunstancias que no lo estaban, o se dejaron de deducir las que surgían evidentes, o que calificara erróneamente la conducta.

Luego de analizar el contenido de la sentencia C-641 de 13 de agosto de 2002 proferida por la Corte Constitucional, por medio de la cual declaró exequible el inciso 2° del artículo 187 de la ley 600 de 2000, el cual dispone que las providencias “quedan ejecutoriadas el día en que sean suscritas por el funcionario correspondiente” condicionada a que los efectos jurídicos se surten a partir de la notificación de la providencias, señala que la irregularidad invocada por el demandante es intrascendente, pues su finalidad se cumplió en tanto le fue notificada personalmente al procesado ERNESTO SMITH FRANCIS, y solo a partir de esa notificación fue posible obtener el cumplimiento de la orden proferida por la Fiscalía de segunda instancia, con lo que también tuvo la oportunidad de conocer las razones fácticas y jurídicas de la decisión y se garantizó la eficacia, la imparcialidad y la transparencia como elementos del debido proceso y el derecho a la defensa dignos de protección al haber cobrado ejecutoria el día en que fue suscrita, y no tener posibilidad alguna de interponer en su contra ningún recurso.

Muestra que carece de razón al alegar nulidad por falta de competencia del funcionario judicial, por lo que el cargo no puede prosperar.

Frente al segundo cargo.

Sostiene el Ministerio Público que el demandante si bien plantea la violación indirecta de la ley sustancial, no concreta a cual modalidad de error de hecho se refiere y emprende una nueva valoración personal de las pruebas como si se tratara de un alegato de instancia.

Reflexiona que es evidente la falta de claridad, por cuanto no precisó si el error

asumió la forma de un falso juicio de identidad, de existencia o falso raciocinio, pues cada uno tiene su propia técnica para ser alegado.

Agrega que si el demandante pretendía exponer un falso juicio de existencia, ha debido postularlo de forma clara e indicar que el error judicial se configuró porque los falladores omitieron en la sentencia la valoración de la prueba legalmente aportada al proceso, o apreciaron supuestos elementos de juicio que no existían en el expediente y se afectaron gravemente los intereses del procesado en la decisión final.

Plantea que el fallador para condenar solo tuvo en cuenta las pericias contables de la Contraloría Departamental, basadas en un supuesto listado de precios, así como los testimonios de Bianor José Jiménez y Carlos Iván Pérez Cárdenas, estos últimos desprovistos de idoneidad por no ser expertos en la materia, y que de haber tenido en cuenta el informe del Cuerpo Técnico de Investigación en el que se señala que en el archipiélago no existe una oficina que expida la lista de precios referida por la Contraloría, habría tenido que absolver al señor SMITH FRANCIS.

Luego de transcribir un aparte de la providencia sostiene que, contrario a lo afirmado por el demandante, el Tribunal sí valoró el informe del Cuerpo Técnico de Investigación, solo que no le otorgó ninguna credibilidad.

Aclara que tanto el juez de primera instancia como el Tribunal, tuvieron en cuenta el estudio realizado tanto por la Procuraduría como por la Contraloría en punto a “los contratos de suministro de comestibles y material médico quirúrgico celebrados por el Hospital en el año 1998 y principios de 1999”. Destaca entre ellos el celebrado el 5 de diciembre de 1998 con “Frutis Islas Ltda.” y otro celebrado el 2 de marzo de 1998 con CARLOS IVÁN PÉREZ, a través de los cuales el hospital adquirió, muy por encima de su valor, 160 libras de papa negra y 24 cajas de pollo.

Comenta que del testimonio de LUIS GUERRERO HARTEN, destacó que con la posesión de

la nueva jefe del área de suministro, se inició un sistema de compras de contado en los que se detectó sobrecostos en las compras de plaza que superaban el 120% del valor de los elementos comprados a proveedores del interior del país.

Destaca como la Procuraduría cotejó los precios adquiridos por el Hospital con diferentes proveedores, encontrando sobrecostos que alcanzaron entre el 63% y el 67%.

Igualmente destaca la afirmación del A-Quo al precisar que el gerente del hospital debía observar la “normatividad vigente para contratación, que aunque de manera directa debía sujetarse a los principios de selección objetiva, transparencia, planeación y mejor oferta.”

Así mismo, el Ministerio Público hace hincapié en los nombres de los subalternos del procesado, quienes le manifestaron su preocupación por la adquisición de elementos a precios desfavorables, análisis que no fue desvirtuado por el demandante en cuanto simplemente le bastó con señalar que el Tribunal había supuesto un listado de precios expedido por una oficina inexistente en la Isla; afirmaciones estas que no sustentan el error de hecho planteado, el cual, apenas, sí dejó enunciado.

Esas las consideraciones del agente del Ministerio Público para solicitar que la sentencia se mantenga, como quiera que el demandante no logró desvirtuar la presunción de acierto y legalidad con la que arriban a esta sede del extraordinario recurso.

A juicio del Delegado, el cargo debe ser desestimado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

CARGO PRIMERO.

En relación con la inicial censura, no sólo su postulación no atiende a las directrices que

tiene trazada la Corte en materia de técnica casacional en tratándose de irregularidades cometidas en el acto de notificación de las providencias, si no que, además, al demandante no le asiste la razón por carecer de veracidad su afirmación en cuanto a la violación de garantías fundamentales de su asistido, por la pretextada ausencia de notificación a éste -y a los demás sujetos procesales- de la decisión del Fiscal Ad-Quem mediante la cual confirmó la resolución de acusación que se profirió en su contra.

Ciertamente, el planteamiento del cargo debió dirigirlo el censor por los cauces del debido proceso, toda vez que los yerros en que incurre el funcionario judicial en los actos de notificación de las decisiones tomadas en el transcurso de una actuación judicial,

“(...) atañen al desarrollo y la ritualidad propia del proceso, sin desconocer, obviamente, que por regla general tal afectación vulnera el derecho de defensa, aspecto que debe ser objeto de demostración.

“(...) la notificación es un acto reglado y, por lo mismo, sujeto a la observancia de unas medidas legales que condicionan su validez, las cuales, al ser desconocidas, vulneran sin discusión el debido proceso y, consecuentemente, puede conllevar a la afectación del derecho de defensa, máxime si se tiene en cuenta que la notificación es el acto a través del cual se comunican las decisiones judiciales que profiere el funcionario dentro de la actuación a los sujetos procesales que teniendo un interés jurídico intervienen en la actuación.

“Así, entonces, ese carácter de actuación reglada es lo que lleva a concluir que la notificación es evidentemente un acto de comunicación normativizada y, por ende, regido por el principio de legalidad, puesto que sólo si en su ejecución se dio cumplimiento a las normas que lo regulan, tendrá carácter y efectos vinculantes que

materializan el respeto por el debido proceso (...)" 1

Ahora bien, cuando de la vulneración al debido proceso se trata, le es menester al actor, como reiteradamente lo viene pregonando la Sala, indicar la manera en que se resquebrajaron las bases esenciales de la instrucción o el juzgamiento que obligan a rehacer lo actuado. Su transgresión para reclamar la invalidación del respectivo trámite ha de obedecer a los principios que orientan la declaratoria de las nulidades y su convalidación establecidos en el Art. 310 del C. de P. Penal.

Es doctrina pacífica y reiterada de la Sala que el debido proceso como traducción del principio lógico antecedente-consecuente, se relaciona con una sucesión integrada, gradual y progresiva de actos regulados en la ley, que tiene por objeto la verificación de un delito y la consecuente responsabilidad del imputado, orientados al fin de obtener una decisión válida y definitiva sobre los mismos temas. De este modo, el debido proceso se afecta cuando una persona es oída en indagatoria sin haber abierto formalmente la investigación; o se le resuelve situación jurídica sin haberla vinculado legalmente - indagatoria o declaración de persona ausente-; o se califica el mérito de la instrucción sin haberla cerrado previamente y otorgado la oportunidad a las partes para alegar de conclusión; o se inicia el juzgamiento sin que exista una resolución acusatoria en firme; o se dicta sentencia sin haber realizado la audiencia pública.²

Por modo que, la transgresión del debido proceso, por cuanto significa pretermitir un momento procesal expresamente requerido por la ley para la validez del que sigue, o la construcción de un acto procesal sin apego a las previsiones legales que lo regulan, conduce a la declaratoria de nulidad sólo en los eventos y bajo los condicionamientos previstos en el precepto que se acaba de mencionar.

Según el censor, la irregularidad sustancial que aduce consiste en que, a su juicio,

se le dio inicio a la etapa del juicio sin que estuviera en firme la resolución acusatoria porque la determinación que dispuso la confirmación del pliego de cargos no había sido notificada al procesado, situación que en verdad, de haber acontecido y conforme a las nociones que vienen de precisarse, daría lugar a decretar la nulidad de la actuación.

No obstante, ningún esfuerzo argumentativo realiza el actor para dejar en claro de qué manera se afectó la estructura esencial de la instrucción o el juzgamiento, o cómo se vulneró el derecho de defensa al punto de que haya lugar a invalidar lo actuado. Y no podía hacerlo, porque el vicio argüido no se configuró.

En efecto, como bien lo sostiene el Ministerio Público, no le asiste razón al demandante en sostener la indebida notificación de la resolución de segunda instancia No. 034 de 12 de marzo de 2003, obra de la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior de Cartagena, por cuyo medio confirmó la acusación dictada contra ERNESTO SMITH FRANCIS y VIRGINIA VÁSQUEZ SANTANA, al primero por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, y a la segunda por la conducta punible de prevaricato por omisión.

Al respecto cabe anotar: El pliego de cargos dictado en primera instancia por la Fiscalía 44 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de San Andrés Islas, tiene por fecha 14 de febrero de 2001. Dicha resolución acusatoria fue apelada por el agente del Ministerio Público por considerar que el delito de “Contrato sin cumplimiento de requisitos legales” allí imputado a SMITH FRANCIS, concursaba con el de peculado por cuanto con su conducta benefició, a costa del erario, a terceras personas. Y en relación con la también acusada VIRGINIA VÁSQUEZ SANTANA, el recurrente sostuvo que su comportamiento a más de adecuarse al delito de prevaricato, también se ajustaba a la descripción comportamental del peculado culposos, por lo que bien cabía hablarse de la existencia de un concurso de conductas punibles. De esa manera estimó que había lugar, entre otras pretensiones, a la modificación de la calificación provisional impartida a los hechos por el Fiscal A-Quo.

La Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena al resolver el recurso de apelación, negó el pedimento del Ministerio Público al observar que los delitos por los que se debía ampliar la acusación, nunca fueron considerados a través de la investigación, ni tampoco tuvieron soporte procesal dentro del recaudo probatorio; luego -adujo la Fiscalía Ad-Quem-, si el impugnante pretendía una vinculación de los acusados por estos hechos punibles, ha debido solicitar la ampliación de indagatoria e interrogarlos sobre los hechos relacionados, pues en su defecto se conculcarían los derechos y garantías de los sujetos procesales.

Sobre este panorama, la Fiscal Delegada ante el Tribunal confirmó la resolución de acusación y en su numeral segundo ordenó revocar la libertad provisional de la cual gozaba el procesado ERNESTO SMITH FRANCIS; en su lugar ordenó la reactivación de la detención preventiva, sustituida por detención domiciliaria, respecto del antes nombrado.

Fue así como la Fiscal Delegada mediante oficio 057 de 14 de marzo de 2003, comunicó el contenido de la resolución emitida por su despacho al Coordinador del Cuerpo Técnico de Investigación de la Isla, indicándole que había quedado sin efectos la libertad provisional otorgada al procesado ERNESTO ENRIQUE SMITH FRANCIS, en tanto que había recobrado vigencia la medida de detención preventiva, pero en su lugar de domicilio, orden que debía llevar a cabo esa dependencia conduciéndolo a su residencia.

En cumplimiento de dicha orden, el funcionario del Cuerpo Técnico notificó de manera personal el contenido de la referida resolución el 26 de marzo de 2003 al acusado SMITH FRANCIS, como bien cabe constatarse a través del informe que obra a Fls. 145 a 147 del c.o. N° 3, quien enterado de su contenido estampó su rúbrica tal como aparece en el acta correspondiente. Concluida esta etapa, el Juzgado Penal del Circuito de San Andrés dio inicio al juicio el 2 de mayo de 2003.

Con el anterior recuento procesal, se logra verificar que hubo una diligencia de notificación en forma personal de la resolución de segunda instancia al procesado, con lo que se acató la finalidad de hacer cumplir el principio de publicidad respecto al principal sujeto procesal.

Ahora bien, la particularidad de que la notificación no se realizara con el resto de los sujetos procesales, en manera alguna implica una afectación al debido proceso, puesto que el censor debía demostrar, en concreto, de qué manera se produjo una vulneración frente al Ministerio Público y/o al defensor, con la capacidad suficiente para romper la estructura del proceso.

Las simples referencias genéricas a posibles vulneraciones de garantías fundamentales, tiene dicho la Corte, no es argumentación válida para el desquiciamiento de un pronunciamiento judicial que goza del doble atributo de acierto y legalidad; es menester precisarlas y acreditar el perjuicio irrogado en la situación particular de quien así lo aduce, sin dejar de lado la indicación de su incidencia determinante en la decisión censurada, pues, al fin y al cabo, será la decisión final del proceso la que consolide la irregularidad o explique su eficacia o ineficacia frente a las reglas que gobiernan las nulidades, de acuerdo con lo establecido en el artículo 310 del C. de P. Penal, como ya se dejó dicho -principios de instrumentalidad de las formas, protección, trascendencia y extrema razón-.³

Uno de los principios rectores que rigen el proceso penal es el de convalidación, según el cual toda irregularidad en el procedimiento tiene remedio a través del consentimiento tácito o presunto de las partes que resulten lesionadas con el acto procesal cuestionado, de manera específica en este caso, con la diligencia de notificación.

En el caso concreto, durante la celebración de la audiencia preparatoria realizada el 3 de julio de 2003, los sujetos procesales en su orden, fiscal, procesado y defensor, no

plantearon dentro del término de traslado la nulidad por irregularidad en la notificación de la resolución de acusación de segunda instancia, oportunidad procesal en la cual bien pudo alegarse la vulneración al debido proceso y, consecuentemente, al derecho a la defensa, en cuanto que por la señalada omisión no se cumplió con la publicidad del pronunciamiento cuyo conocimiento el censor dice echar de menos.

Sin embargo, en la ameritada diligencia se guardó silencio, actitud registrada en el acta pertinente con la siguiente constancia: “Seguidamente se advierte que dentro del término de traslado ninguno de los sujetos procesales solicitó pruebas ni planteó nulidades”.

El anterior comportamiento procesal muestra conformidad con la actividad judicial surtida hasta ese momento, por manera que al mantenerse en silencio y no atacar esa actividad supuestamente viciada, la indebida notificación que ahora se alega quedó remediada, en tanto se considera que el acto, a pesar de sus pretextados defectos, cumplió con su finalidad, pues los sujetos procesales no mostraron desacuerdo con la decisión adoptada en aquella oportunidad, ni con los efectos derivados de su contenido. En suma, el vicio argüido carece de demostración.

No prospera la censura.

CARGO SEGUNDO.

En cuanto a este reparo, tampoco le asiste razón al libelista al sostener que el fallador estableció la responsabilidad del procesado, a partir de una supuesta lista de precios señalada por la oficina de control de precios, pesos y medidas, documento que nunca fue incorporado al proceso, mientras que ignoró el dictamen rendido por el Cuerpo Técnico de la Fiscalía que indicaba la inexistencia de una oficina de esta naturaleza en las Islas, luego no existía una autoridad que expidiera el listado a que hacían referencia los informes contables de la Contraloría Departamental.

En este cargo, el demandante considera que tuvo presencia la doble comisión de un error de hecho por falso juicio de existencia, el primero por suposición y el segundo por omisión en la consideración de dos documentos, a saber: i) la lista de precios emanado de la oficina de control de precios, pesos y medidas. Y ii) el informe de Policía Judicial no tenido en cuenta que se rindió el 30 de enero de 2004, mediante el cual se estableció la no existencia en el Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, de un órgano que regulara los precios de los productos que se comercializan en la Isla.

Se tiene dicho por la jurisprudencia de la Sala que la omisión como una de las modalidades del falso juicio de existencia, se presenta cuando el juzgador ignora el contenido objetivo de la prueba que legalmente existe en el proceso, y se estructura si el medio o medios de convicción que se dicen desconocidos lo han sido en forma total. En tanto que el falso juicio por suposición se configura cuando el funcionario judicial infiere consecuencias valorativas a partir de un medio de convicción que no forma parte de la actuación por no haber sido incorporado.

Por lo tanto, una alegación correcta de este tipo de error, requiere enmarcar la censura en una argumentación lógica y consecuente que parta de la demostración de la preterición o de la suposición de la prueba, y una vez acreditado tal aspecto, se incursione en el examen de la nueva situación probatoria que se generaría al considerar la prueba que se dice omitida, o excluir la supuesta, a fin de demostrar si el error acabado de evidenciar reviste idoneidad suficiente para modificar el sentido o el alcance de la sentencia, única forma de remover la presunción de acierto y legalidad que reviste el fallo impugnado y de justificar el proferimiento del fallo de sustitución que por esta vía se solicita.

Para el censor hubo suposición de la lista de precios de la Oficina de control de precios, mientras que se omitió el informe de la fiscalía en que se indicaba la ausencia de esta oficina en la isla de San Andrés.

En el asunto sub lite, el funcionario de la Contraloría Departamental en su informe de 23 de noviembre de 1999, al establecer los sobrecostos en los productos adquiridos por el procesado en calidad de gerente del hospital, tuvo como referente las siguientes variables:

“Para llegar a determinar el valor de sobrecostos que resultan en el cuadro comparativo adjunto, he tomado como base principal la comparación de precios pagados por la entidad con los precios que reporta la Oficina de Control de Precios, Pesos y Medidas y los valores facturados de los mismos productos por otros proveedores a la misma entidad, de cuya confrontación obtuve los resultados, que mi opinión aportan una prueba para que su juicio se tome las medidas pertinentes.” -folio 80 del c.o. N° 1A-.

Del informe rendido por el perito se tiene que para la elaboración del cuadro comparativo, concretamente el cuadro de precios de mercado, no sólo tuvo en cuenta el mencionado listado de la oficina de control de precios, pesos y medidas, sino también los valores facturados de esos mismos productos por otros proveedores a la misma entidad, lo que permite comprobar que el cálculo no respondía al capricho del experto, sino que en este cómputo incluyó precios suministrados por otros proveedores, de manera que correspondía al demandante indicar y demostrar que había imprecisión en las afirmaciones del perito al elaborar su cuadro comparativo, o que los precios de referencia distintos a la supuesta lista de la entidad en mención no eran ciertos, o no correspondían a las tasaciones de la época.

Pero, independientemente de la existencia o no de la lista a que hace referencia el libelista, el sobrecosto de los productos pudo establecerse a partir de otros medios probatorios, como la declaración del señor LUIS GUERRERO HARTEN en su condición de auxiliar de suministros de almacén del Hospital, quien en su versión rendida el 28 de noviembre de 1999, sostuvo:

“Generalmente nosotros comprábamos era a crédito -sic- el almacén

desde los laboratorios que producían los elementos que necesitábamos, pero al entrar la Jefe de Suministro nuevo,(sic) INGRID MERCADO, trajo un sistema de compras al contado y la mayoría de compras se hacía aquí en San Andrés. Detectamos por Almacén, que había sobrecostos en dichas compras al contado, como yo manejo kardex, yo revisaba factura por factura, precio por precio por elemento y encontraba que el precio de compra al contado, era mucho muy elevado,(sic) que las compras a crédito. Yo avisé a VIRGINIA VÁSQUEZ que era la Administradora, verbalmente, que por favor revisara bien las cuentas antes de firmarlas, porque me parecían que venían anormales, en más de una ocasión. A la misma INGRID EMRCADO -sic- también, pero ella decía que el Jefe sabía de esto, o sea el Director. Siguieron las compras iguales y aumentando de precio, sabían lo que pasaban y seguían comprando de la misma manera.-[...]Los elementos comprados aquí en plaza, costaban más del 120% que comprado a los proveedores del interior del país.”

De igual manera la sentencia de primera instancia pudo establecer que el procesado no se sujetó a los principios de selección objetiva, transparencia, planeación y mejor oferta, y desatendió las recomendaciones de los subalternos como LUIS GUERRERO HARTEN, ESPERANZA CANO ISAZA, MARTHA LUZ PATERNINA y BIANOR JIMÉNEZ, “(...) quienes en variadas oportunidades manifestaron su preocupación por los exagerados valores que sufragaba el Hospital para procurase provisiones.”

Ahora bien, el informe de la Fiscalía de fecha 30 de enero de 2004 en el cual se consigna que en el Archipiélago no existe un órgano que regule los precios de los diferentes productos que circulan en el mercado, tampoco logra desvirtuar los elementos del hecho punible, toda vez que basta con cotejar la oscilación del precio diario de adquisición de algún producto, para comprobar el alto precio que pagaba la administración por encima del establecido en el mercado.

En este sentido el sentenciador de primera instancia destacó varias de estas adquisiciones con los siguientes guarismos:

“Fruti islas Ltda.” Vendió, el 5 de diciembre de 1998, 160 libras de papa negra al Hospital, por valor de \$ 1750= libra, para un total de \$ 280.000=.En el mercado, el precio por libra en esa fecha era de \$ 350=, y 160 libras costaban \$ 56.000=, lo que significa que el Hospital pagó un sobrecosto de \$ 1.400 por libra, \$ 224.000= por las 160 libras, es decir, del 400% por unidad.

“Carlos Iván Pérez vendió, el 2 de marzo de 1998, 24 cajas de pollo al hospital, por valor de \$ 51.600= caja, para un total de \$1'238.400= En el mercado, el precio por caja en esa fecha era de \$ 27.000=, y 24 cajas costaban \$ 648.000=, lo que significa que el Hospital Pagó un sobrecosto de \$24.600 por caja, \$ 590.400= por las 24 cajas, es decir, del 91.1% por unidad.”

En estas condiciones, la propuesta del demandante carece de fundamento en atención a que la lista de la oficina de precios, pesos y medidas, no constituyó el único elemento probatorio para establecer el pago de un precio por encima del estipulado en el mercado, para la cancelación de los productos adquiridos por el procesado en su condición de ordenador del gasto del Hospital “Timothy Britton” de San Andrés Islas, motivo por el cual el cargo planteado debe ser desestimado.

No prospera la censura.

En mérito a lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

NO CASAR el fallo impugnado.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

MAURO SOLARTE PORTILLA JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

TERESA RUÍZ NÚÑEZ

Secretaria

1 C. S. de J., Sala de Casación Penal, Sentencia de 30 de marzo de 2006, Rad. 24.166.

2 C. S. de J., Sala de Casación Penal, Auto de segunda instancia de 18 de diciembre de 2001, Rad. 17.919.

3 C. S. de J., Sala de Casación Penal, Auto de 23 de julio de 1998, Rad. 13.409, entre otros.