

Proceso No 20212

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente: HERMAN GALÁN CASTELLANOS

Aprobado Acta N° 053

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil cinco 2005).

La Corte resuelve la demanda de casación presentada por el defensor del procesado JORGE NORBERTO ARBELÁEZ CASTAÑO contra la sentencia de segunda instancia proferida el 9 de julio de 2002 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, por medio de la cual confirmó el fallo dictado el 23 de abril de ese año por el Juzgado 6º Penal del Circuito con sede en la mencionada ciudad, que lo condenó junto con NELSON JOSÉ FERNÁNDEZ FELIZZOLA, a las penas de 2 años de prisión, multa de un mil pesos y suspensión por un año en el ejercicio de la profesión, así como al pago solidario de un mil salarios mínimos legales mensuales del año 1996 como indemnización de perjuicios, al hallarlos responsables del delito de homicidio culposo, adicionando el ad quem la decisión en el sentido de que se deben pagar intereses corrientes desde la ejecutoria del fallo a la tasa más baja existente en el mercado para la época en que se haga soluto el pago de dicha obligación o en su defecto los que determine el juez civil durante el proceso ejecutivo correspondiente.

HECHOS

El Tribunal de Medellín precisó los hechos que dieron lugar a la decisión recurrida en

casación por el defensor de JORGE NORBERTO ARBELÁEZ CASTAÑO, en los siguientes términos:

“El día 15 de agosto de 1996, a partir de las 7:00 am, el Dr. JORGE NORBERTO ARBELÁEZ CASTAÑO, médico cirujano plástico, practicó una larga intervención quirúrgica de carácter estético (liposucción o lipoescultura) a la Sra. LUZ MARGARITA MARÍN OCAMPO, de 38 años de edad, contadora de profesión y madre de dos infantes, en la clínica ‘QUIRÓFANOS Y ESPECIALISTAS’, ubicada en la Avenida Jardín, Calle 37 No. 78-47 de la ciudad de Medellín, con la asistencia del médico anesthesiologo JOSÉ FERNÁNDEZ FELIZZOLA. Durante el procedimiento la paciente presentó “colapso cardiovascular”, razón por la cual fue trasladada a la Clínica del Rosario, adonde ingresó hacia las 15:50 horas, bajo el diagnóstico de “muerte cerebral”, falleciendo a eso de las 16:30 horas.

ACTUACIÓN PROCESAL

La Fiscalía abrió investigación penal vinculando con indagatoria a JORGE NORBERTO ARBELÁEZ CASTAÑO y a JOSÉ FERNÁNDEZ FELIZZOLA, a quienes les impuso detención preventiva con derecho a excarcelación, imputándoles el delito de homicidio culposo del que fue víctima LUZ MARGARITA MARÍN OCAMPO.

Cerrada la investigación, la Fiscalía 124 Seccional de la Unidad de Vida de Medellín, calificó el mérito del sumario profiriendo el 11 de febrero de 2000 resolución de acusación en contra de JOSÉ NORBERTO ARBELÁEZ CASTAÑO y JOSÉ FERNÁNDEZ FELIZZOLA, por el delito imputado al momento de resolverles

situación jurídica, providencia que fue confirmada el 5 de julio de 2000 por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Medellín.

La causa correspondió al Juzgado Sexto Penal del Circuito de Medellín, despacho

que luego de celebrar la audiencia pública profirió el 23 de abril de 2002 fallo de condena, confirmado por el Tribunal de Medellín el 9 de julio de 2002, decisiones de cuyo contenido se dio cuenta en el capítulo primero de esta providencia.

La sentencia del Tribunal fue recurrida en casación por el defensor de JOSÉ NORBERTO ARBELÁEZ CASTAÑO, demanda que fue inadmitida por la Sala en providencia del 3 de septiembre de 2003, dado que la impugnación se intentó contra sentencia por delito que tiene señalada una pena de prisión cuyo máximo es de 6 años (artículos 109 Código Penal, 329 del Decreto 100 de 1980), por lo que está excluido de la casación común o genérica de que se ocupa el artículo 205, inciso 1º, del Código de Procedimiento Penal, pues ésta procede por delitos que tengan señalada una pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda de 8 años, aunque la sanción impuesta haya sido una medida de seguridad.

La Corte Constitucional, a instancia de JOSÉ NORBERTO ARBELÁEZ CASTAÑO, mediante sentencia de tutela del 17 de marzo de 2005, invalidó lo actuado desde la decisión arriba referida. Como quiera que la Sala de Casación Penal ya ha establecido en su jurisprudencia ese mismo criterio, aplicando, sin excepción, el principio de favorabilidad, procedió a admitir la demanda, sobre la cual se pronuncia de fondo, una vez obtenido el concepto del Ministerio Público.

LA DEMANDA

1. El censor dedicó un capítulo preliminar a sostener que en este caso debe observarse la preceptiva vigente al momento en que ocurrieron los hechos, anterior al imperio de la Ley 553 de 2000, por cuanto contenía condiciones más favorables para acceder a la casación frente a la de esta normativa, a partir de la cual se exige que el máximo de la pena para el correspondiente delito sea de ocho años de prisión.

La aplicación de la ley vigente al momento de ocurrir los hechos, sostiene el recurrente,

está consagrada en el artículo 29 de la Constitución, en el Pacto Universal de Derechos Humanos (artículo 14), en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículos 8 y 9). La claridad de estas disposiciones llevó a la Corte Constitucional, al revisar la Ley 553 de 2000, cuyo texto fue reproducido en la Ley 600, a declarar la inconstitucionalidad de los preceptos en ellas contenidos que disponían la aplicación retroactiva de las disposiciones relacionadas con la casación, en sentencia C-252 de 2001.

A su modo de ver, el inciso 1º del artículo 6º del Código de Procedimiento Penal es inconstitucional, porque dispone que la ley aplicable es la vigente en el momento de la actuación procesal y no la que estaba en vigor al momento de ocurrir los hechos. Sin embargo, los subsiguientes apartes de la normativa diferencian entre las normas procesales con contenido sustancial, respecto de las cuales obra el principio de favorabilidad, y las de simple trámite, de aplicación inmediata.

Por tales razones, al haber tenido ocurrencia los hechos motivo de juzgamiento con anterioridad a la vigencia de la Ley 553 de 2000, “el requisito de pena aplicable a este proceso para tramitar la casación ordinaria debe ser la norma

vigente en el momento de los hechos que disponía una cantidad de pena de solo seis (6) años”.

Luego de esta introducción, el demandante postuló cinco cargos contra la sentencia de segunda instancia, así:

2. Primer cargo. Nulidad.

Lo propone con fundamento en el artículo 207-3 del Código de Procedimiento Penal, al considerar que la sentencia se profirió en un juicio viciado de nulidad, por quebranto del derecho a la defensa, causado con la deficiente motivación de la misma. por no haberse dado respuesta a las alegaciones de la defensa. La causal de nulidad es la prevista en el

artículo 306-3 ibídem.

Las disposiciones quebrantadas fueron los artículos 29, 229 y 330 de la Constitución, por desconocimiento de los artículos 13, 170 y 171 del Estatuto Adjetivo Penal, los cuales se ocupan de la obligación de motivar las decisiones judiciales, así como del artículo 398, el cual señala el deber de exponer las razones por las que se comparten o no las tesis de los sujetos procesales.

La nulidad se concreta en la fundamentación incompleta que en el fallo de primer grado se dio respecto de los planteamientos defensivos, lo mismo que en la de segunda instancia que no dio respuesta a la impugnación presentada contra aquél. Sustenta su argumentación sobre una extensa exposición teórica, apoyada en jurisprudencia y doctrina, sobre el contenido, alcance y operatividad de las garantías y derechos comprometidos.

Para demostrar la falla alegada, esto es, la indebida motivación de la sentencia por no dar una respuesta integral a los planteamientos de la defensa, extracta un fragmento de la decisión atacada, para señalar que está circunscrita a la fijación histórica de los hechos, pero que carece de análisis jurídico sobre la responsabilidad penal.

Copia otro segmento de la sentencia, para aducir el casacionista que al Tribunal le bastó decir que “contra todo lo expuesto por la defensa” hubo nexo de causalidad entre la cirugía practicada a la occisa y su deceso, lo cual constituye un acto arbitrario de autoridad, por cuanto no hay ninguna alusión a las razones de la defensa para refutarlas, toda vez que la relación de causalidad se predica en concordancia con la violación del deber objetivo de cuidado o de la acción del sujeto social con el resultado lesivo presentado.

En torno al aparte del fallo en el que se alude a las características de la clínica donde

se realizó la cirugía, apunta que no se observa argumento dirigido a establecer la responsabilidad ni a desvirtuar ninguna de las tesis defensivas, ya que el objeto de debate no fue si ese centro tenía o no unidad de cuidados intensivos o banco de sangre, porque, como se sabe, para esa clase de intervenciones, electiva y ambulatoria, no se necesitan.

Sobre las consideraciones del Tribunal referentes al concreto procedimiento quirúrgico, esto es, a la cantidad de grasa extraída a la paciente, que superó la recomendada en relación con la técnica empleada, así como la excesiva duración de la operación, el libelista aduce que el ad quem no se detuvo a analizar las explicaciones probadas y argumentadas por la defensa, como tampoco expuso las razones por las cuales no le resultaban de recibo los argumentos de descargo.

El primer reproche directo de la conducta del médico ARBELÁEZ CASTAÑO dice encontrarlo el censor en el fallo, en la alusión a la prolongada cirugía

en un establecimiento que no contaba con unidad de cuidados intensivos. Agrega que la sentencia hizo referencia a la tesis de la defensa al abordar el tema del nexo de causalidad, pero apenas sobre una de las varias hipótesis planteadas, la que tiene que ver con la teoría de la equivalencia de las condiciones como correctivo de la causalidad de conformidad con las tesis de la imputación objetiva, en el sentido de que, si se elimina la conducta del cirujano, igual se hubiera producido el resultado muerte; al contrario, si se elimina la conducta del anestesista, el fallecimiento no se habría presentado.

Añade, después de transcribir una sección de la sentencia en la que se puntualiza en qué consistió la conducta del cirujano ARBELÁEZ CASTAÑO, que el juzgador planteó su propia percepción sobre la cantidad de grasa extraída, la insuficiencia de las reservas de sangre para la cirugía, la técnica utilizada y la falta de recursos de la clínica en consideración de la duración del procedimiento, acotando que resultó vano “el esfuerzo

dialéctico del acucioso defensor”, referencia con la cual se quiso darle respuesta a todos los argumentos de hecho y de derecho planteados por la defensa.

El casacionista realza, los aspectos del disenso con el fallo de primera instancia, los que hizo consistir en que (i) no está probado el nexo causal entre la conducta culposa imputada a ARBELÁEZ y el resultado muerte; (ii) que está probado que la infracción al deber objetivo de cuidado que se le imputa a éste no le era exigible; (iii) no se demostró la infracción al deber objetivo de cuidado a cargo del cirujano; (iv) suponiendo que estuviera probada alguna o varias infracciones al deber objetivo de cuidado exigible al procesado, no se halla establecida la relación de determinación entre su conducta y el resultado muerte, y (v) que el médico cirujano plástico ARBELÁEZ CASTAÑO obró en legítimo ejercicio de una actividad lícita.

Era deber de la justicia, comenta el censor, desvirtuar cada uno de esos postulados y explicar, en cambio, por qué y cómo se demostraban todos esos tópicos. En cambio de eso, la sentencia de segunda instancia utilizó frases huecas, sin sentido argumental alguno.

Eso se debe, dice, a que el fallo de segunda instancia es un remedo del de primer grado, en el cual el juez no “tuvo a bien contestarle los argumentos que fueron formulados por la defensa”, al punto que u omitió mencionarlos o no les dio respuesta lógica y razonable.

Esta irregularidad dio pie para que la defensa planteara en la apelación la existencia de un vicio sustancial, al proponer también el motivo de nulidad por violación del derecho a la defensa por falta de respuesta a sus alegatos. En ese sentido, hace la transliteración de lo argüido en la apelación sobre la comentada falencia, así como del razonamiento relacionado con el nexo de causalidad entre conducta y resultado, desde el punto de vista fáctico, probatorio y jurídico, el cual fue el único al que se hizo referencia en el fallo

impugnado, sin que se pueda decir que constituye adecuada disertación, porque la respuesta se basó en el criterio unilateral y personal del ad quem, sin que se hubiese descalificado argumentativamente tal propuesta defensiva.

No se puede admitir lo anterior como cabal respuesta, porque la Constitución obliga al funcionario judicial a contestar todas las razones de la impugnación.

De otra parte, destaca las otras razones de la apelación que a su modo de ver no fueron tenidas en cuenta por el ad quem, luego de lo cual afirma que la tesis según la cual dentro de la división de tareas jurídicamente regulada era

función del anesthesiólogo vigilar los signos vitales de la paciente para evitar a tiempo una complicación como la presentada y que generó la muerte, causa inmediata y determinante de ese resultado, merecía una respuesta razonada del Tribunal y no el simple acto unilateral y arbitrario de autoridad. Lo que se pretende no es que se acoja la postura, sino que se cumpla con el deber de explicar en forma ponderada por qué se aceptan o no las premisas planteadas por la defensa.

El mismo ejercicio hace en torno al argumento consistente en que la conducta del cirujano ARBELÁEZ no fue antijurídica, punto en el que extracta lo pertinente de la apelación, por cuanto actuó dentro del ámbito del riesgo jurídicamente permitido, conforme al cual le era lícito confiar en que el otro profesional de la medicina involucrado, el anesthesiólogo, iba a obrar de acuerdo con el cuidado exigido de vigilar los signos vitales de la paciente. La respuesta que a estos planteamientos se dieron en la sentencia del Tribunal fue basada en criterios de autoridad, personales y subjetivos.

Otro tanto ocurre en relación con la duda probatoria esgrimida, aspecto que no tuvo respuesta.

Hace hincapié en que así como a la defensa se le exige formular las razones de la

inconformidad, motivándolas y explicando por qué considera que el fallo apelado es opuesto a la ley o se ha proferido contrariando los medios probatorios -ejercicio realizado por el apelante, quien analizó todos los testimonios y conceptos médicos-, también es obligación del administrador de justicia analizar los alegatos con argumentos jurídicos y con fundamentos de derecho, porque son esas premisas las que constituyen el límite de actuación del fallador de segunda instancia. No es suficiente con que simplemente se enuncien los alegatos, porque cuando no son

valorados ni tienen respuesta motivada, no se preserva ni respeta la garantía vulnerada.

Esa irregularidad es trascendente, porque se cercenó una instancia e impidió que el sujeto pasivo de la relación jurídico procesal conociera la opinión de la segunda instancia en torno a la duda razonable o, si era cierto o no, que la sentencia de primer grado tenía una motivación deficiente o incompleta, o por qué podía sostenerse la presencia del nexo causal pese a que los peritos dijeron que con o sin las supuestas violaciones del deber objetivo de cuidado imputada al médico ARBELÁEZ la muerte se habría producido; o por qué es posible calificar el comportamiento de éste como antijurídico. Tal cercenamiento de la segunda instancia vulnera el derecho a la defensa y el debido proceso.

Las irregularidades revelan que los fallos se basaron en la íntima convicción de los sentenciadores, en lugar de la sana crítica, lo cual los transforma en un acto de poder cuestionable y defectuoso, porque desconoció la garantía del contradictorio. De esta manera, entonces, ¿cómo se podría censurar una sentencia por un eventual yerro al considerarse una duda probatoria planteada por la defensa en la apelación, si el punto no fue tratado en la sentencia?

Así las cosas, si el objeto de la casación lo constituye la violación de la ley, se crea una limitación al acceso de este recurso extraordinario cuando no es posible precisar si hubo

o no esa vulneración en torno a las propuestas defensivas plasmadas en la alegación y que no tuvieron respuesta, o respecto de un error ostensible en la apreciación de las pruebas, si el fallador ni siquiera hizo vaga mención a las que sustentaban las hipótesis defensivas.

Luego el casacionista se adentra en el señalamiento de los puntos que fueron alegados por la defensa ante la primera instancia y que estima no fueron contestados en la sentencia de primer grado, la cual, por ende, también quedó con una indebida motivación.

Detalla que se alegó el tema de la cantidad de grasa extraída así como la técnica empleada al efecto, aspecto basilar en orden a determinar si el médico cirujano faltó al deber objetivo de cuidado, por lo que se discurrió en esa oportunidad sobre las precauciones pre operatorias conforme a los deberes objetivos de cuidado, las que se adoptaron durante el procedimiento quirúrgico, la conducta después de la lipo escultura, el carácter no riesgoso ni audaz de la cirugía, la suficiencia de las reservas de sangre y la no necesidad de unidad de cuidados intensivos para esa clase de intervención, tópicos sobre los cuales se presentaron argumentos basados en la realidad probatoria.

Después de esto, sobre segmentos del fallo de primer grado, asegura que no hubo respuesta completa a esos planteamientos, lo cual hace emerger como la razón de la apelación, incluida la solicitud de nulidad que no fue atendida por al ad quem, como tampoco lo fueron los otros puntos planteados como le era exigible.

Por esas razones, el casacionista solicita se case la sentencia y, en consecuencia, se decrete la nulidad de todo lo actuado a partir de la sentencia de primera instancia por violación del derecho a la defensa.

3. Segundo cargo. Nulidad

Acusa la sentencia, con base en el artículo 207-3 del Código de Procedimiento Penal, de haberse proferido en un juicio viciado de nulidad porque la resolución de acusación, en sus dos instancias, contiene una imputación confusa e imprecisa, debido a que no permite saber las causas o circunstancias que produjeron la muerte de la paciente, ni los aspectos conductuales o circunstanciales constitutivos de la culpa.

Además, se incurrió en anfibología, ambigüedad e imprecisión en lo atinente a la responsabilidad, porque sucesivamente se habla de imprudencia, negligencia e impericia.

La vaguedad y ambigüedad de la acusación se advierte porque el procesado ARBELÁEZ CASTAÑO fue acusado de incurrir de modo sucesivo en esas tres formas de culpa, las cuales se rechazan entre sí. Es tan clara la anfibología, que los falladores hicieron juicios de responsabilidad por factores distintos a los analizados en los cargos, así como del mismo modo se atribuyeron varios nexos causales como determinantes de la muerte de la paciente.

Para demostrar la imprecisión de los cargos, procede a transcribir apartes de las resoluciones de primera y segunda instancia, en las que afirma se incurre en confusión acerca de la causa de la muerte de la occisa, haciendo referencia a las diversas manifestaciones de la culpa, ubicándolas de modo indistinto como cadenas causales de ese resultado. Tanta es la ambigüedad, dice, que ninguno de los funcionarios encargados de la acusación y de la sentencia supieron cuál fue la verdadera causa de la muerte, y siendo esto así, era imposible que se dictara sentencia condenatoria contra ARBELÁEZ, porque no había certidumbre sobre ese aspecto.

De esa manera, copia un segmento de la resolución de primera instancia, en la cual se atribuye la causa fundamental del deceso al anestesiólogo por no haber estado atento a los signos vitales de la paciente y por no haber repuesto de manera oportuna los líquidos que se iban perdiendo durante la intervención, profesional a quien le correspondía esa

tarea por determinación de la ley y por la naturaleza de sus funciones, respecto de lo cual cita la normatividad pertinente y doctrina sobre el ámbito de competencia del anesthesiólogo.

Así, señala que en las circunstancias probatorias tan precisas, la acusación debió ser dirigida exclusivamente contra el anesthesiólogo FERNÁNDEZ FELIZZOLA, pero se hizo una doble imputación que también comprendió al cirujano ARBELÁEZ.

Sobre un fragmento de la resolución de segunda instancia, destaca las que considera son afirmaciones incompresibles o contradictorias, respecto a las referencias que allí se hace a la imprudencia, negligencia, impericia y violación de reglamentos, amalgama imposible, desde el punto de vista fáctico y teórico, en cuanto esos factores surgen de elementos diferentes, motivo por el cual la acusación es errónea, porque ni siquiera se precisa cuál es la conducta que genera la imprudencia, negligencia o impericia.

Cuestiona que en la acusación se haya enrostrado al cirujano la realización de la operación electiva y ambulatoria de liposucción, como un audaz experimento, porque riñe con la ciencia médica al tratarse de una intervención aceptada por las más reconocidas organizaciones médicas del mundo. Por esta razón discurre sobre lo que es un experimento, para concluir que no existe en el proceso ningún elemento probatorio que permita afirmar que esa cirugía era experimental.

Lo anterior denota la confusión teórica y fáctica de los funcionarios judiciales encargados de la acusación y de la sentencia, porque no se determinó con claridad cuál fue la conducta culposa que produjo el resultado.

A continuación, hizo unos comentarios acerca de la imputación por la demora en trasladar a la paciente a un establecimiento con mayores recursos científicos, pues señala que ante los signos que presentaba de grave daño cerebral, habría sido una verdadera imprudencia desconectarla del oxígeno y de las mangueras que le suministraban

los líquidos vitales, para pasarla a una ambulancia que no cuenta con los medios técnicos de una sala de cirugía. Además, esto es un factor pos causal, porque el evento que causó la muerte finalmente ya se había producido, tal como lo afirman los peritos, siendo ésta una de las razones por la que la imputación sólo debió comprender a FERNÁNDEZ FELIZZOLA.

Después de señalar los aspectos incidentes que consideró la sentencia de primera instancia para atribuirle el resultado de la muerte de la paciente al cirujano, comenta el censor que existe una confusión porque se habla de circunstancias relacionadas con la culpa negligente y con la imprudente, confusión evidenciada de la misma manera en la acusación.

Por esa razón, explica por qué son desatinadas las consideraciones consistentes en que no hubo planeación de la cirugía, que no se le informó a la paciente los métodos de la intervención, ni que se le solicitó consentimiento, para concluir que los juzgadores imputaron hechos que no son ciertos o que no pueden constituir causa del deceso, al punto de que en la sentencia de primera instancia se creó un cargo novedoso y sin tener fundamentación científica, por no haber estado comprendido en la acusación.

Se trata de no haber realizado una evaluación y medición constante del material extraído, cuando no existe dentro del proceso prueba que señale a este hecho como causal. Además, que de haber existido, es responsabilidad del anestesiólogo. Este punto no puede ser tenido como circunstancia causal, porque los recipientes que reciben tal material tienen una capacidad determinada, siendo suficiente que el anestesiólogo, encargado de la reposición de líquidos, lo mire para calcular la cantidad succionada.

A pesar de eso, se le trasladó a ARBELÁEZ CASTAÑO la responsabilidad por esa circunstancia al indicarse que también le incumbe estar atento a los signos vitales, preguntar y constatar el estado de la paciente, cuando esta es una responsabilidad

fundamental e inherente al anestesiólogo, por mandato profesional y legal. De tal modo que al terminar la primera cirugía y disponerse a cambiarse de ropa para realizar la segunda -la rinoplastia- sin indagar por el estado de la paciente, ninguna culpa le cabe al cirujano, porque si el anestesiólogo nada le dijo, era porque nada había sucedido hasta ese momento.

Para resaltar la confusión sobre las causas determinantes del fallecimiento, comenta que las pruebas fueron interpretadas de manera curiosa, como la declaración del anestesiólogo ALFONSO PALACIO VELÁSQUEZ, quien fue paciente de ARBELÁEZ en tres ocasiones, en cada una de las cuales le extrajo un promedio de 12 litros de grasa, y además intervino en esa calidad en más de 500 liposucciones, en muchas de las cuales se sacaron más de 3 litros, porque se atendió lo que resultaba contrario a los intereses del procesado, en lugar de tomarse el testimonio en su integridad.

Señala que en unos apartes se endilga la conducta descuidada de los médicos y en otros se enrostra la imprudencia, pero de manera genérica,

porque no se concreta cuál fue la conducta descuidada por parte de ARBELÁEZ CASTAÑO, por qué debía estar pendiente de medir la grasa extraída, de controlar los signos vitales y de reponer los líquidos, si eran obligaciones del anestesiólogo.

El censor recuerda que se le imputó al procesado haber realizado un procedimiento audaz y experimental, demostrativos de imprudencia, pero al mismo tiempo se le atribuye el resultado por descuido y negligencia.

Agrega que en la sentencia de segunda instancia también se pueden encontrar confusiones, ambigüedades y anfibologías. Así, contrario a lo plasmado en la acusación y en el fallo de primer grado, se reconoció que la clínica donde fue operada la señora MARÍN OCAMPO sí reunía las condiciones técnicas y científicas para esa clase de operación.

De esa manera, sobre un fragmento del fallo demandado en el cual se hace alusión a las características y condiciones de la clínica 'Quirófanos y Especialistas', comenta que se hace referencia a la cantidad de grasa extraída como nexos causal del resultado, con la adición de la "técnica seca" empleada, la cual, estima el Tribunal como más riesgosa, así como al hecho de no pedírsele a la paciente su consentimiento frente a los riesgos que asumía, lo cual hace referencia a negligencia antes que a imprudencia.

El casacionista hace ver que en apartes de la sentencia se asegura que el resultado fue producto de negligencia y descuido antes que de simple confianza por parte del profesional, y en otro, de modo inconsistente, se afirma que hubo un exceso de confianza sobre las condiciones generales en las que se practicó la operación, en cuanto a la agresividad y excesiva duración de la cirugía, aserto que ya alude a una imprudencia en lugar de negligencia.

Del mismo modo, es anfibológico el fallo porque, si se sostiene que el anestesiólogo incurrió en negligencia porque no manejó a tiempo los factores de la duración y agresividad de la intervención, no hay razón para dictar juicio de responsabilidad en contra de ARBELÁEZ.

Luego hace unas consideraciones acerca de por qué la "técnica seca" y la cantidad de grasa extraída no son métodos y medios inusitados y contrarios a las recomendaciones científicas, de modo que si en el lenguaje médico existe el vocablo "megalo escultura", es porque dentro de los procedimientos para realizarla existe la posibilidad de que se extraigan cantidades de grasa superiores a tres mil gramos.

Añade que es inconsecuente que se le atribuya al cirujano ARBELÁEZ no haber estado pendiente de la medición de la grasa extraída, porque esta es una tarea cuya responsabilidad está radicada en el anestesiólogo.

Fue tal el afán de elaborar diferentes causas originadas en la conducta del galeno,

que en la sentencia se le atribuyó una que no se había mencionado antes, esto es, el haberle extraído a la paciente una unidad de sangre el mismo día de la operación, lo cual incrementó el riesgo de un shock. También se estableció como novedoso nexo causal haberse programado para inmediatamente después de la liposucción una segunda cirugía a la paciente, la rinoplastia, lo cual es absurdo porque esta segunda intervención no se realizó, ya que la crisis se desencadenó cuando la paciente era preparada para llevarla a cabo.

En virtud de esas confusiones y ambigüedades, solicita se case la sentencia y se decrete la nulidad de la actuación a partir de la providencia calificatoria de primera instancia.

4. Tercer cargo.

Está formulado con apoyo en la causal segunda, porque la sentencia no guarda consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación, por cuanto, unas fueron las circunstancias constitutivas de culpa imputadas en ésta y, otras, las que sirvieron de fundamento a aquélla.

A partir de ese enunciado, destaca, con la correspondiente transcripción, los factores a los que aludió la resolución de acusación de primera instancia como generadores de la culpa.

Reitera que la conducta del procesado, de esa forma, se calificó como imprudente, negligente, descuidada, incompetente, omisiva, sin diligencia, pero sin que se logre concretar la calificación genérica de la conducta del procesado, porque se dice que fue por su actuar culposo, pero con referencia a los dos imputados, como si la actuación de ambos fuera predicable en los mismos niveles de culpabilidad. Lo propio hace respecto de lo declarado a ese respecto en la resolución de acusación de segunda instancia, en la sentencia de primer grado y el fallo del ad quem.

Luego de confrontar las citadas providencias asegura que en los fallos se dedujeron cargos nuevos que no habían sido analizados en la acusación, los cuales detalla y compara en relación con los que sí fueron formulados en la calificación del sumario.

Esa falta de consonancia es grave y trascendente, porque fueron tales novedosas imputaciones las que sirvieron de fundamento para establecer la

relación causal entre la intervención quirúrgica, la conducta de ARBELÁEZ y el resultado muerte, como lo destaca con la transcripción de los fragmentos pertinentes.

Frente a esa circunstancia, considera inadmisibles que se plasmen cargos en la sentencia que no fueron contemplados en la resolución de acusación.

Aunque podría decirse que la sentencia se mantendría porque hay cargos en la resolución de acusación que sí guardan congruencia con aquélla, eso no es así porque los que encierran una verdadera causalidad son los que se dedujeron de manera sorpresiva en los fallos.

Para demostrar el anterior aserto, el censor hace el ejercicio de analizar los cargos que sí guardan consonancia entre acusación y sentencia, para establecer que no se puede deducir la existencia de nexo causal entre la conducta realizada u omitida y el resultado muerte, destacando que en punto de la reposición de líquidos, de la vigilancia del estado de la paciente, de las condiciones de hemodinámica, la responsabilidad recae en el anesthesiologist.

Añade que si bien en la sentencia de primera instancia se imputó la realización de la cirugía en una clínica que no tenía los medios científicos adecuados, tal cargo desapareció en la providencia de segundo grado que aceptó que la clínica sí tenía el equipamiento técnico necesario para esa clase de intervenciones.

También discurre, para controvertirla, sobre la imputación consistente en la demora en trasladar a la paciente a un centro asistencial con mejores recursos, porque lo prudente era realizar maniobras de resucitación y sólo disponer el traslado cuando estuviera estable, todo lo cual estaba bajo el criterio del anestesiólogo.

Sobre la imprevisión por no tener las suficientes reservas de sangre, comenta que la prudencia obliga a los seres humanos, de acuerdo con la ciencia, la lógica y la experiencia, a prever lo normalmente previsible, como en este caso que la paciente había sido calificada como de muy escasos riesgos, considerada su edad y sanidad, motivo por el cual la provisión de sangre que se calculó era la normal. Cuando se solicitó una mayor cantidad de sangre de la prevista, la paciente ya había sufrido los más graves daños. Así, entonces, entre la terminación de la lipo escultura y la salida del procesado del quirófano para cambiarse de ropa y su regreso, de 5 a 7 minutos, no existe relación causal con la muerte, porque si la crisis se presentó poco antes de terminar la intervención, ese tiempo era suficiente para que se produjeran los daños cerebrales. En ese período de tiempo, el responsable de vigilar a la paciente era el anestesiólogo.

Por las anteriores razones, solicita se case el fallo demandado y se dicte el de reemplazo, de naturaleza absolutoria.

5. Cuarto cargo.

Con base en el apartado 2º del artículo 207 del Código de Procedimiento Penal, acusa la sentencia de segunda instancia de incurrir en un error de hecho por falso juicio de identidad en la apreciación probatoria, lo cual originó una vulneración indirecta del artículo 329 del Código Penal derogado, por medio del quebranto de los artículos 232 y 238 del Código de Procedimiento Penal vigente.

Se trata de un falso juicio de identidad, porque al momento de analizar y valorar la prueba

el juzgador la distorsiona y la pone a decir lo que no indica. Al respecto, cita algunas jurisprudencias de la Corte sobre la naturaleza de la falencia alegada.

Del mismo modo, hace algunos comentarios, respaldados en doctrina foránea, sobre las teorías acerca de la concurrencia de culpas frente a la existencia de un equipo médico interdisciplinario que trabaja de manera conjunta en un tratamiento, una terapia o una intervención quirúrgica, el cual funciona sobre los principios de división del trabajo y de confianza.

Pese a que los dictámenes médico legales deslindaron con claridad las responsabilidades de cirujano y anestesiólogo, y a que en sus declaraciones vertidas en la audiencia pública los peritos reconocieron que si se excluían las posibles fallas en que pudo incurrir el primero, el resultado de todas maneras se habría producido, mientras que si sólo se excluían las posibles fallas del segundo la muerte no habría ocurrido, con lo cual se demuestra que el nexo causal que produjo la muerte de la paciente fue consecuencia de la actividad negligente y descuidada de este último profesional, los juzgadores cercenaron la prueba para determinar que la responsabilidad era conjunta.

Con base en la extensa doctrina citada, el censor pregona que la responsabilidad de cada uno de los miembros del equipo médico es autónoma e independiente, correspondiéndole al anestesiólogo asumir la que le corresponde por no realizar oportuna y diligentemente las tareas que por ley tiene a su cargo.

Trascribió apartes del dictamen pericial sobre el acto anestésico, sobre la verificación de recursos disponibles para cirugía, el registro de signos vitales y su importancia, el monitoreo de los mismos y el manejo de aparatos, el registro anestésico, las funciones propias del anestesiólogo, las consecuencias de no reponer líquidos y sangre, la importancia del reemplazo de líquidos, y fines de la anestesia hipotensiva controlada; así como sobre la responsabilidad del anestesiólogo en el

cambio de posición del paciente, en su reanimación y traslado; lo mismo que sobre las fallas sobre el choque hipovolémico y la extracción de más de 3.000 cc de grasa.

Del mismo modo, transcribe las preguntas formuladas a los peritos y las respuestas de éstos durante el acto de audiencia, relacionadas con la exclusión de la conducta y posibles fallas del cirujano, lo mismo que con la eliminación de los errores del anesthesiólogo. Eso le permite afirmar que la causa eficiente del resultado se encuentra en la actividad del anesthesiólogo, en su incumplimiento al deber objetivo de cuidado, porque si hubiera estado vigilante de los signos vitales y de la reposición de líquidos, el shock hipovolémico no se habría presentado y, por tanto, la muerte tampoco.

Está demostrado que si la crisis hubiera sido detectada a tiempo, habría sido posible tomar las medidas para evitar el shock que finalmente produjo la muerte, lo mismo que tal evento no se hubiera presentado si a la paciente se le hubiesen repuesto los líquidos a medida que los iba perdiendo.

En esas condiciones, se debe concluir que la muerte se produjo como consecuencia de la violación del deber de cuidado por parte del anesthesiólogo, por incumplir en el acto operatorio funciones que le eran propias.

Las instancias cercenaron y distorsionaron el contenido del dictamen al momento de valorarlo. Si hubiese sido analizado en su integridad, otras habrían sido las conclusiones, es decir, el juicio de responsabilidad sólo habría recaído en el anesthesiólogo. Ese falso juicio de identidad tuvo como consecuencia la sentencia condenatoria en contra del cirujano JORGE NORBERTO ARBELÁEZ CASTAÑO, quien hubiese sido absuelto de no ser por ese error judicial.

Por los motivos anteriores, solicita se case la sentencia y en consecuencia se dicte la de reemplazo en la que se absuelva al procesado ARBELÁEZ.

6. Quinto cargo.

Está propuesto con apoyo en la causal 1ª del artículo 207 del Código de Procedimiento Penal, por violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida del precepto que debió ser aplicado en relación con la condena al pago de perjuicios.

Al hacerse esa condena se tuvo en cuenta la norma actualmente en vigencia, la de la Ley 599 de 2000, cuando debió ser considerada la vigente al momento de ocurrir el hecho, esto es, la del Decreto 100 de 1980, con lo cual se terminó condenando al procesado ARBELÁEZ a una suma superior de perjuicios.

El precepto indebidamente aplicado fue el artículo 96 del Código Penal vigente, error que condujo a la inaplicación del artículo 106 del derogado.

Afirma que en materia penal, salvo el principio constitucional de favorabilidad, la norma aplicable es la que está en vigencia al momento de ocurrir los hechos, de modo que frente a un tránsito de legislación debe operar la que sea más favorable bien sea retroactiva o ultraactivamente.

Los falladores no tuvieron en cuenta que la norma vigente para la ocurrencia de los hechos contemplaba una indemnización máxima de mil gramos oro, mientras que la que impera en la actualidad habla de mil salarios mínimos legales mensuales.

De esa manera, como el gramo oro para el momento de los hechos, 15 de agosto de 1999, tenía un valor de \$12.413,18, frente a \$172.000, del salario mínimo legal mensual, si se hubiese tasado los perjuicios de acuerdo con la normativa en vigor para esa época, la condena al pago de perjuicios sería de máximo \$124.131.800 en lugar de \$172.000.000 a que fue condenado por ese concepto.

Por tanto, es evidente que se desconoció el principio de favorabilidad porque ha debido ser

aplicada la normativa vigente al momento de ocurrir los hechos, luego se concreta de esa manera la violación directa por indebida aplicación del artículo 96 de la Ley 599 de 2000.

Agrega que si bien este punto no fue alegado por la defensa al momento de apelarse la sentencia de primera instancia, condición exigida por la jurisprudencia para acceder a la casación, debe considerarse que la estrategia defensiva siempre ha sido la de propender por la absolución del procesado ARBELÁEZ, luego habría tenido muy mala presentación que al tiempo de buscar esa finalidad se estuviera sosteniendo una condena en perjuicios disminuida, en tanto son propuestas antagónicas.

Esa misma circunstancia estaría presente en sede de casación, pero ha de recordarse que las normas que regulan el recurso extraordinario permiten que se propongan cargos excluyentes.

Como también ha sido reconocido por la jurisprudencia que las sentencias de primera y segunda instancia forman unidad inescindible en lo que no se opongan, y en virtud a que aquélla fue confirmada en su integridad por ésta, la condena en perjuicios puede ser objeto de ataque en casación porque está integrada al fallo de segundo grado.

Por esas razones, de manera subsidiaria solicita se case la sentencia y en su lugar en la de reemplazo se condene al procesado al pago de perjuicio con base en el patrón gramos oro, que era el previsto al momento de ocurrir los hechos.

NO RECURRENTES.

Plantea la parte civil, en el término de traslado de los no recurrentes, la incompetencia de la Corte, dado que por la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000 y el aumento del máximo de la pena establecido para la viabilidad del recurso, en este caso resulta improcedente la impugnación extraordinaria.

En cuanto a los cargos formulados a la sentencia de segunda instancia, con base en la causal tercera de casación, sostiene que deben desestimarse, puesto que los funcionarios judiciales que conocieron del proceso garantizaron a los sujetos procesales el ejercicio de los derechos fundamentales. Las recriminaciones a la motivación de las decisiones de fondo adoptadas en el proceso, resoluciones que calificaron el sumario y los fallos de primera y segunda instancia, no son más que una estrategia defensiva sustentada sobre argumentos infundados.

La incongruencia que se predica de la decisión del Tribunal y la acusación no corresponde objetivamente a la realidad procesal, en la medida en que las providencias mantienen la identidad jurídica, además de que el elemento subjetivo (la culpa) se estructuró en once diversos actos que ratifican o refuerzan las explicaciones de la fiscalía, sin modificar el pliego de cargos.

El falso juicio de identidad vinculado con la prueba pericial no

tiene vocación de prosperidad porque las preguntas 10 y 11 del cuestionario sometido a consideración de los peritos se sustentan en absurdos, en suposiciones.

La violación directa de la ley sustancial por la condena en perjuicios no puede examinarse por falta de interés del recurrente al no haber impugnado la decisión de primera instancia en ese aspecto. De otra parte si de favorabilidad de las normas se trata, las disposiciones sobre indemnización deben operar en pro de la víctima y no del procesado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Segunda Delegada para la Casación Penal, en diligente

concepto, solicita a la H. Corte casar parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín contra JORGE NORBERTO ARBELÁEZ CASTAÑO y NELSON JOSÉ FERNÁNDEZ FELIZZOLA, en relación con el quinto cargo propuesto por el casacionista, desestimando los demás cargos..

Primer cargo. Nulidad. Deficiente y precaria motivación.

Para la Delegada, en un proceso penal, y específicamente de aquellos en los que se ventilan conductas imprudentes, como es el caso de la responsabilidad médica, se ofrecen multiplicidad de cursos causales, unos eficientes y otros no tanto de cara a la producción del resultado. Por tanto, se estima impertinente dar respuesta a “la totalidad” de las alegaciones de la defensa, porque en ocasiones sucede que algunos de los temas abordados no necesariamente deben hacer parte de las consideraciones del fallo, por cuanto que, establecido el nexo causal, ese será el tema cardinal sobre el que debe versar la sentencia:

En el tema de la duda, si el juzgador encontró que el resultado se produjo por algún factor de los que determina la actividad culposa del agente (imprudencia, impericia, violación de reglamentos) y por esa vía fundamenta el reproche a la conducta del agente, resulta superfluo entonces dedicar un capítulo de las consideraciones de la sentencia sobre las razones por las cuales no aplica la duda para emitir una decisión favorable.

La Delegada estima que la crítica del actor en cuando al volumen de grasa extraída, los riesgos de la “técnica seca” en estas intervenciones estéticas y el tiempo que duró la cirugía es intrascendente. Tampoco pueden comprometer la legitimidad de la sentencia los argumentos relacionados con dicha técnica y el incremento del riesgo en el proceso operatorio, como tampoco tienen la entidad para

comprometer el sentido de la decisión los cuestionamientos por la información de riesgos al paciente, el haber obrado el cirujano en ejercicio de una actividad lícita y respecto de las unidades de sangre extraídas a la paciente, además de que, desde tales perspectivas, mal puede el casacionista afirmar que la decisión no fue motivada, o que el fallador acudió a calificativos despectivos al defensor para eludir la responsabilidad de motivar.

Segundo cargo. Nulidad.

La delega pone de presente los desaciertos técnicos en los que incurrió el demandante en el desarrollo del cargo, pues involucró cuestionamientos con la aplicación de las reglas de la lógica, la experiencia o la ciencia en la apreciación de las pruebas, lo cual no corresponde a la vía de ataque escogida.

También yerra el casacionista al argumentar por indebida motivación la deducción en el fallo de cargos que no fueron imputados en la acusación, aspecto que no cabe en la causal de casación invocada, sino en la segunda relativa a la incongruencia entre la acusación y el fallo.

El casacionista confunde la argumentación ilógica, insuficiente o ambivalente con la ausencia de razón del fallador en sus apreciaciones jurídicas. Olvida que aunque el sentenciador pueda discurrir equivocadamente en torno a los alcances de determinadas figuras jurídicas ello no necesariamente implica que el discurso argumentativo carezca de lógica, claridad y precisión.

El fallo sí establece cuál de todas las cadenas causales llevó al resultado al precisar que la muerte fue ocasionada por un shock hipovolémico causado por pérdida sanguínea durante la operación (fl. 1502, p. 61 de la decisión el a-quo).

La sentencia es clara al mencionar los comportamientos constitutivos de descuido o exceso de confianza y de inobservancia de mandamientos científicos que condujeron a la pérdida sanguínea que produjo la muerte. Que el censor estime que las conductas tenidas en cuenta por el juzgador no configuran factores determinantes de la culpa, es asunto que no toca con la estructura lógica del error atribuido al fallo.

No puede sostenerse que la motivación sea a tal punto insuficiente que se haga imposible la determinación de la imputación por cuanto que, de manera detallada, el sentenciador delimitó cada uno de los comportamientos atribuibles a los procesados y generadores de alguno de los factores determinantes de la culpa. Ni es ambivalente la decisión de condena porque, suficientes argumentos se presentaron para explicar que la responsabilidad de cada uno de los procesados no excluye la del otro, sino que, por el contrario, concurren, ni el sentenciador distorsiona, a tal punto los referentes jurídicos del fallo, que sea incomprensible o infundada la decisión.

Para el Ministerio Público el cargo de nulidad por indebida motivación no puede prosperar en razón de los errores cometidos en su formulación, los cuales llevaron al censor a apartarse del objetivo y presupuestos de la vía de ataque escogida y a la omisión en la demostración e inexistencia de la nulidad invocada y un perjuicio trascendente.

Tercer cargo. Inconsonancia.

No existe la mentada incongruencia puesto que desde la acusación se le dedujo al sindicado responsabilidad penal por el delito de homicidio a título culposo y en esa calidad fue condenado. Es decir, siempre supo cuál era la calidad jurídica que se le imputaba y ejerció su defensa bajo esa perspectiva.

Cotejadas las consideraciones del fallo condenatorio con las de la acusación, corresponden a un único ámbito de imputación culposa traducida en imprudencia y negligencia atribuible a ARBELÁEZ CASTAÑO, concretado en la realización de un procedimiento quirúrgico riesgoso en el cual no se previeron consecuencias susceptibles de presentarse por la modalidad de operación empleada, que condujo a que la paciente se desangrara, ocasionándose una coagulación intravascular diseminada que la llevó a la muerte. Y la negligencia se presenta porque una vez que se advirtieron las complicaciones, no se abordaron como la ciencia médica lo indicaba.

Cuarto cargo. Violación indirecta de la ley sustancial.

Lo que en principio se vislumbra es que el actor no está de acuerdo con la apreciación que le dio el ad quem a las respuestas de los peritos a las preguntas 9ª y 10ª y, por ello pretende que se absuelva al procesado porque según los peritos si se eliminaran los errores del cirujano y permanecieran los del anestesiólogo de todos modos se habría producido el resultado muerte, pero en sentido contrario si se eliminaran los errores del anestesiólogo y permanecieran los del cirujano el resultado muerte no se habría producido.

Desde esa óptica resulta equivocado denunciar un cercenamiento cuando tales apartes si fueron estudiados por el sentenciador y si no estaba de acuerdo con el mérito probatorio asignado conforme a las reglas de la sana crítica debió plantear la censura no con fundamento en el error de hecho por falso juicio de identidad sino con base en el error de hecho por falso raciocinio.

Las preguntas efectuadas a los peritos se basan en situaciones hipotéticas e ideales, por eso mismo, estos profesionales, al contestar precisaron que emitían sus respuestas advirtiéndolo que se trataba de suposiciones.

Es importante destacar que aún en esas situaciones hipotéticas los peritos siempre mencionaron que el cirujano tenía obligaciones como la de hacer las reservas de sangre en una cantidad adecuada y que tanto el cirujano plástico como el anestesiólogo debían estar determinando la cantidad de grasa perdida para poder hacer los reemplazos de dicho fluido de acuerdo con los volúmenes de grasa cuantificados extraídos de la paciente, las que ya se ha demostrado no cumplió violando el deber objetivo de cuidado que le correspondía (cfr. Fol. 1078 y 6 f. 1090).

En este orden de ideas, se sugirió la improsperidad de la censura.

Quinto cargo. Violación directa de la ley sustancial.

La Delegada considera que al casacionista le asiste interés para recurrir sobre el tema, pues de cara a la identidad temática, es evidente que el recurso de apelación interpuesto por el defensor de ARBELÁEZ CASTAÑO contra la sentencia de primera instancia no se ocupó del tema de la condena en perjuicios, pero no puede entenderse por ello que estaba conforme con lo allí decidido, concepto que expresa apoyándolo en el criterio de la Corte a ese respecto.

Al realizar la conversión de los 1.000 gramos oro por concepto de perjuicios morales y 4.000 por concepto de los materiales -la sentencia globalizó la indemnización frente a esos dos tópicos-, acorde con el valor establecido para aquella época por el Banco de la República por gramo oro (\$12.413.18) se tiene que los mismos equivalen a \$62.065.900, cantidad inferior a la de \$142.125.000 impuesta en los fallos de instancia y a la calculada por el casacionista, por lo que en definitiva aquella es favorable a los intereses de los procesados.

Se advierte entonces, que la condena por daños morales y materiales irrogada a los procesados resulta más favorable si se impone en el equivalente a gramos oro siempre que no supere el máximo señalado en la legislación

derogada que resulta más favorable. Estima la Delegada que le asiste razón al recurrente en el yerro denunciado y por ende solicita a la Corte casar parcialmente la sentencia para imponer condena solidaria en perjuicios en los términos señalados.

Refiriéndose la Delegada al no recurrente, sostiene que los aspectos a los que se refiere la parte civil se responden con los argumentos expuestos al contestar los cargos de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Advertencia Preliminar.

La Sala de Casación Penal, por mucho tiempo, sostuvo a propósito de la admisibilidad de la demanda de casación, que si el objeto de este recurso extraordinario se concretaba en una sentencia de segunda instancia acusada por errores in iudicando o in procedendo, la ley que rigiera al momento de este acto procesal relevante debía ser la del recurso, no así la vigente al consumarse la conducta punible que originaba el proceso penal, puesto que, dicha conducta constituía sí el objeto de las dos instancias procesales, mas no el del debido proceso propio de la casación, que, por no constituir una tercera instancia, tendía a realizar un juicio, no ya sobre el caso sino sobre la constitucionalidad y o legalidad de la sentencia de segundo grado que lo hubiera juzgado

En aplicación de esta jurisprudencia, sobre la demanda antes reseñada existió ya un pronunciamiento de la Corte, que debió hacer tránsito a cosa juzgada, en el sentido de inadmitir la demanda por no concurrir el factor de procedibilidad consistente en el “quantum” punitivo que hacía inaccesible el recurso de casación interpuesto. Empero, dentro de la comprensible evolución de la

jurisprudencia y luego de importantes debates, atendiendo primordialmente al ámbito del principio de favorabilidad, varió su criterio la Sala en el sentido de aceptar procedente el recurso de casación, tanto por la ley vigente al momento de consumarse la conducta punible que origina un proceso penal, que le otorga a quien es imputado y posteriormente acusado de su comisión el derecho a los recursos en ese momento consagrados, como por la ley que rija a la fecha de la sentencia de segunda instancia, objeto de la casación, teniendo en cuenta, además, las constantes variaciones que el legislador suele introducir en el límite de las penas.

La acción de tutela interpuesta por el aquí procesado y la correspondiente decisión de la Corte Constitucional, que coincide con la nueva postura de la Sala de Casación Penal, le ha permitido examinar, primero, la admisibilidad de la demanda y, ahora, la procedencia o improcedencia de los cargos en ella formulados, no sólo en aplicación del aludido principio de favorabilidad, sino también en consideración a la esencia misma de la juridicidad que, como debe ser bien sabido, no responde sólo a un acto de voluntad, sino, fundamentalmente a uno de razón, que legitima la validez de la aplicación de la ley por parte del juez.

Los actos de justicia, se ha dicho, no son simplemente actos de autoridad, puesto que, como tales, deben ser productos de la sabiduría que emerge de la razón, o de la razonabilidad y ésta, no se concibe sino dentro del ámbito de la coherencia que, sistemáticamente, se obtiene dentro de una dinámica, constante, consultando los principios, los valores, los fines del derecho y su integración con la comunidad y, claro está, mediante el ejercicio de la interpretar la ley, con sus antecedentes legales y jurisprudenciales, como de sus cambios, adoptados siempre en beneficio de sus destinatarios con una ineludible exigencia de equidad.

Por lo expuesto, la Sala sin más consideraciones, analizará en derecho la Demanda propuesta conforme al orden de los cargos que fueron formulados.

Primer cargo.

1. Se demanda la nulidad de la sentencia por violación al derecho de defensa en virtud a que por la deficiente e incompleta motivación de la decisión no se dio respuesta a las alegaciones de la defensa.

2. Este cargo se resuelve sobre la base de los siguientes supuestos:

2.1. La sentencia, como acto que decide el aspecto primordial del debate, implica una información básica y suficiente acerca del sentido de lo resuelto, señalando metódicamente las razones que han permitido conformar la decisión judicial.

El artículo 170 del Código de Procedimiento Penal vigente a la fecha en que se profirieron los fallos de instancia, al ocuparse de la redacción de la sentencia, como pronunciamiento destinado a definir de fondo la causa, exige claro está una motivación, con el fin de que los sujetos procesales puedan conocer los argumentos que se tuvieron en cuenta para la solución del problema propuesto, que les permita, a su vez, la posibilidad de controvertirlos mediante los recursos pertinentes.

Los defectos en la motivación de la sentencia constituyen un error de actividad que ciertamente desconocen el debido proceso, como cuando el fallo carece de fundamentación, o ésta es incompleta, ambigua, aparente, sofisticada o difusa, equívoca o ambivalente, ya, porque no se precisan las causas fácticas, jurídicas y probatorias de la decisión, ora porque a pesar de ello, resultan contradictorias o no permiten definir el fundamento, o cuando a través de una “valoración incompleta de la prueba se construye una realidad diferente al factum para llegar así a conclusiones abiertamente equívocas”¹, o cuando se dejan de analizar los alegatos de los sujetos procesales en aspectos trascendentales para resolver el problema jurídico concreto.

2.2. Si el objeto de la casación es la sentencia de segunda instancia, las acusaciones que

se formulen contra esta decisión deben partir del supuesto de la unidad jurídica que integran con el fallo de primera instancia en todo aquello que hubiese sido confirmado por el ad quem.

3. Los fallos de instancia contienen un examen de la imputación formulada a ARBELÁEZ CASTAÑO y precisan los aspectos trascendentales de conducta investigada, vale decir, i) los medios que comprueban el elemento material del ilícito (inspección judicial al cadáver, álbum fotográfico y diligencia de necropsia), ii) el proceso que desencadenó la muerte, iii) la participación del inculpado, iv) la vinculación objetiva y subjetiva con el resultado típico, v) las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se produjo el suceso, vi) la valoración penal y vii) la responsabilidad penal y sus consecuencias punitivas y civiles.

El censor, cita como fundamento de sus cuestionamientos algunos fragmentos de la providencia recurrida, prescindiendo del análisis integral de la decisión para no tergiversar su identidad, desacierto éste que lo condujo a desarrollar su ataque postulando argumentos que no corresponden a la realidad del acto procesal censurado, como pasa a señalarse.

3.1. La sentencia, en efecto, hizo una exhaustiva disertación para precisar la responsabilidad penal atribuida a JORGE NORBERTO ARBELAÉZ CASTAÑO, desvirtuando la tesis defensiva.

Los fallos de instancia, atendiendo las indagatorias, los testimonios de las enfermeras que participaron en el equipo quirúrgico, el dictamen de medicina legal y sus ampliaciones y la versión de los procesados, descalificaron la

estrategia con la que se pretendía atribuir . de manera exclusiva, a la conducta del anestesiólogo NELSON JOSÉ FERNÁNDEZ FELIZZOLA la autoría y responsabilidad del deceso de LUZ MARGARITA MARÍN OCAMPO, pues, con los elementos de

juicio allegados, se demostró que el choque hipovolémico con coagulopatía de consumo asociada, se derivó del procedimiento quirúrgico, efectuado por el cirujano plástico y el anestesiólogo, dada la pérdida de volumen sanguíneo no restituido y la cantidad de tejido graso removido a la víctima. (fls. 1502, 1507,1579,1580).

3.2. En la argumentación del demandante se alude a que no fue objeto de debate si la clínica tenía o no unidad de cuidados intensivos y banco de sangre, pues por tratarse de una intervención electiva y ambulatoria no se requería ni de lo uno ni de lo otro.

Esta afirmación del censor no conduce a la demostración de una motivación incompleta en la sentencia acusada, además, no corresponde al registro procesal, pues por las informaciones suministradas por los procesados, como por las enfermeras y el médico ayudante, así como por los señalamientos hechos por los peritos de Medicina Legal, el juzgador halló fundamentos para atribuir al inculpado un proceder carente de cuidado, al no haber adoptado anticipadamente el cirujano y el anestesiólogo las precauciones necesarias para disponer para el acto quirúrgico de los medios requeridos para superar las posibles crisis que se presentaran, como corresponde a cuidados intensivos o suministro de sangre (fl. 1578). En consecuencia, tales aspectos si fueron objeto de debate procesal, a los que se sumó la agresividad del procedimiento quirúrgico, al pretender succionar materia grasa en niveles superiores a los recomendados por los indicadores especializados adoptados por el Colegio de Cirujanos de Antioquia, lo cual permitió considerar que la intervención de menor riesgo se transformó en un incremento indebido del riesgo, elementos de juicio que fueron fundamento de la responsabilidad penal declarada, además, la pericia médico-legal refirió que tales elementos, como para la crisis que se les presentó a los procesados, eran soportes indispensables para los trabajos de liposucción a realizar (fl. 420).

3.3. La providencia, a decir del actor, dejó de explicar por qué no era de recibo la tesis de la defensa, al señalar que el fundamento del máximo extraíble de 3.000 gramos

grasos correspondía a una recomendación emitida 10 años atrás por una asociación médica y una tesis de grado.

Esta es otra crítica del recurrente que no consulta las decisiones de instancia, dado que, el ad quem, no obstante reconocer que en estricto sentido no se trata de prohibiciones, sino de recomendaciones, lo cierto es que, la Sociedad América de Cirugía y varios profesionales que acompañaron anteriormente al procesado en intervenciones quirúrgicas, como el doctor ÁLVARO OSPINA DE LOS RIOS, aludieron a un máximo extraíble de 4.000 gramos de grasa.

Pero, además, el fallo de segundo grado prohió la motivación del a quo en el aspecto citado, providencia en la que se citaron conceptos de profesionales de la medicina especializados en el ramo y al mismo tiempo pacientes del inculpado, los que se confrontaron con los argumentos de ARBELÁEZ CASTAÑO, para concluir que éste consciente y voluntariamente se sustrajo al cumplimiento de lo dispuesto por su colegas en la Asociación de Cirujanos, quienes para prevenir la mortalidad, sancionan a quienes participen en actos quirúrgicos que tengan como objeto extraer más de 5.000 gramos de grasa y, en el caso concreto, el cirujano superó ese guarismo en por lo menos 2.000 gramos (fl. 1507 y 1508).

3.4. El requisito que impone la ley a los jueces al proferir sus fallos es el de analizar los alegatos de los sujetos procesales, deber que no se omite por el hecho de no cumplir con el acto de referir todas sus afirmaciones, lo fundamental es que se aborden y resuelvan los planteamientos importantes, como en este caso lo hicieron los fallos del Juzgado Sexto Penal del Circuito y la Sala Penal del Tribunal de Medellín. No es ajustado a la realidad afirmar que se eludió una hipótesis de la defensa, formulada al tenor de la teoría de la equivalencia de condiciones, con los correctivos propios de la causalidad, cuando lo cierto es que se resolvieron las inquietudes planteadas y que estaban relacionadas con el núcleo de la imputación, eso sí, en sentido contrario a los intereses del togado que

apodera al cirujano JORGE NORBERTO ARBELÁEZ CASTAÑO.

3.5. Se duele el censor, supuestamente, porque los fallos de primer y segundo grado no respondieron los planteamientos de la defensa, relacionados con i) la falta de demostración del nexo de causalidad, ii) la infracción al deber objetivo de cuidado imputada al cirujano plástico no le era exigible, iii) la falta de demostración del deber objetivo de cuidado exigible al cirujano, iv) el no haberse establecido la relación de determinación entre la conducta del procesado y el resultado muerte y v) el que no era dable la atribución de responsabilidad a JORGE NORBERTO ARBELÁEZ CASTAÑO porque en su condición de cirujano plástico obró en ejercicio de una actividad lícita.

Pues bien, ninguna de las negaciones que hace el recurrente son ciertas, los juzgadores dieron respuesta fáctica, probatoria y jurídica a cada una de las hipótesis a las que se ha hecho referencia, en los siguientes términos:

3.5.1. Al médico cirujano los sentenciadores le atribuyeron negligencia y por ende violación al deber objetivo de cuidado que le era exigible, al

descuidar los signos vitales de la paciente, los que debía controlar mediante los medios que estuvieron directamente a su disposición (como calcular la pérdida de sangre equivalente a la cuarta parte del material extraído, hacer evaluaciones a través de la viscosidad de la sangre, vigilar la presión arterial por medio de los controles sobre los cuales tenía visibilidad directa en la sala de cirugía), el hecho de haber extraído tejido adiposo a través de un método seco, que se caracteriza por el excesivo sangrado, técnica más riesgosa que la de tumefacción, la misma duración de la intervención, el no haber estado atento a la cantidad de grasa extraída, la que debía apreciar no al finalizar la intervención, como aspiraba hacerlo el procesado, según la indagatoria, sino durante el proceso, observando el frasco utilizado, el cual viene con regla de medición, o por los cambios de la forma del área tratada, o la extrema confianza que lo condujo a no disponer

de recursos necesarios para los casos de complicación, amén de que la morbilidad y la mortalidad relacionadas con un procedimiento quirúrgico particular las debe conocer el cirujano, y, si éste debe velar por la salud integral del paciente, la reacción de remitirla a un centro de salud de nivel superior debió al menos sugerirla. Estos postulados los encontró demostrados el fallador en los dictámenes de Medicina Legal y en los registros de la intervención llevados por el anestesiista, en la indagatoria de éste y de las enfermeras del centro “QUIRÓFANOS Y ESPECIALISTAS” que laboraron en el equipo quirúrgico en la fecha de los hechos.

Además, el cirujano dio al anestesiólogo las indicaciones acerca de cómo deseaba que se hiciera la reposición de líquidos, afirmación demostrada no solamente con la versión del procesado FERNÁNDEZ FELIZZOLA, sino también con la exposición del doctor ALFONSO PALACIOS VELÁSQUEZ, quien fue cambiado por el procesado ARBELÁEZ CASTAÑO como anestesiólogo porque no hacía caso a sus recomendaciones sobre el método de reposición de líquidos.

Las premisas fácticas con base en las cuales admitió el juzgador la responsabilidad penal de NORBERTO ARBELÁEZ CASTAÑO, las obtuvo del análisis de las pruebas que hace expresamente a los folios 1576 a 1582, relacionadas con la inspección judicial al cadáver, los testimonios de NORA ELENA JARAMILLO ARANGO, ANAIS PÉREZ, SONIA DEL SOCORRO VILLADA, la diligencia de necropsia, las ampliaciones de los dictámenes de los peritos de medicina legal, el testimonio de profesionales de la medicina (folios 508 a 55), en concordancia con el registro y valoración probatoria que realizó el a quo (fl. 1445 a 1461 y 1501 a 1509).

3.5.2. No es que los fallos de instancia no hayan valorado jurídicamente las pruebas aportadas por el procesado y su defensor, otra cosa es que, el alcance asignado a las pruebas de cargo no satisfizo los intereses del procesado. Así por ejemplo, las versiones de ROSLABA MARÍN, JAIRO DE JESÚS MARÍN, NELSON DE JESÚS MARÍN y MARÍA

MARGARITA OCAMPO DE MARÍN, se desestimaron no bajo el argumento de que poco aportaban, pues si bien esa aseveración se hizo, también lo es, que se expusieron los argumentos que respaldaban dicha conclusión, como el hecho de tener conocimiento solamente sobre el estado de la paciente antes de entrar al quirófano y del resultado final, más no de lo ocurrido durante el procedimiento quirúrgico, porque no estuvieron presentes, condición ésta que determinó al juzgador para que le diese credibilidad a las versiones de los propios médicos implicados y a las enfermeras, en la medida en que sus aseveraciones fueron corroboradas por la prueba documental y científica allegadas a las diligencias.

Las referencias hechas son suficientes para desestimar la pretensión de que no se explicó en las decisiones de instancia el por qué se estimaba probada la violación al deber objetivo de cuidado exigible.

3.5.3. La relación de causalidad, su demostración y la determinación entre conducta y resultado, fueron problemas jurídicas que el sentenciador abordó integralmente, mediante evaluación de los hechos y las pruebas, para encontrar jurídicamente atribuible el resultado a la conducta de ARBELÁEZ CASTAÑO.

Partió el fallador de la conclusión a la que llegó el perito de Medicina Legal, quien señaló que existía una relación directa entre el acto quirúrgico y la coagulación intravascular diseminada que presentó la paciente, para luego ahondar en la causas, encontrando comportamientos exclusivos del procesado JORGE ARBELÁEZ CASTAÑO, que determinaron el cuadro clínico señalado, por lo menos procesalmente así demostradas, como la agresividad del procedimiento quirúrgico, el exceso de grasa extraída, el tiempo del acto quirúrgico, las indicaciones sobre el suministro bajo de reposición de líquidos, la carencia de medios indispensables para afrontar una emergencia, como una sala de cuidados intensivos y un banco de sangre, los riesgos de la técnica seca que implicaban un manejo adecuado y control permanente de todo el equipo

humano quirúrgico en la reposición de líquidos y presencia de signos vitales, conductas imprudentes en las que incurrió el cirujano.

No se equivocó el Tribunal al declarar la responsabilidad penal del cirujano JORGE ARBELÁEZ CASTAÑO y apartarse de la tesis de la defensa que pretendía excluirlo de toda culpa, trasladando el peso de la misma al anesthesiólogo, pues tal decisión consulta acertadamente las orientaciones que al respecto medicina legal señaló, al indicar que en la cúspide del triángulo, el anesthesiólogo debe controlar y advertir los peligros y tiene la vigilancia directa del paciente, pero sin que ello quiera decir, que “los demás miembros del equipo deben hacerse los desentendidos de todo lo que acontece con el enfermo, todo el quipo quirúrgico debe estar alerta de cualquier evento que ponga en peligro la vida del paciente” (fl. 393), agregando los peritos que “El cirujano debe estar evaluando permanentemente la cantidad y calidad de material extraído, sin sobrepasarse (sic)”.

Fue puntual el ad quem al señalar que la confianza indujo a una excesiva duración en el procedimiento quirúrgico, éste y los demás factores señalados en el párrafo anterior, incrementaron injustificadamente el riesgo, lo que permitió al fallo de segundo grado sostener que la conducta del procesado había generado una causa directa para el resultado muerte, la que tuvo condición de determinadora de la misma (fl. 1580), reprochando la tesis de la defensa por pretender la valoración de la violación al deber objetivo de cuidado en un plano figurado, al aislar el comportamiento de quienes participaron en la consumación del ilícito, ignorando su ejecución simultánea sobre un único organismo vivo.

Las afirmaciones del fallador no son entonces simples “frases huecas”, como las entiende la defensa, por el contrario, son oraciones con sentido y contenido, coherentes en su estructura y congruentes con las conclusiones, apoyadas además en las pruebas legalmente incorporadas al proceso.

3.6. Los supuestos de las respuestas a las preguntas nueve y diez formuladas a los peritos en la audiencia pública, en las cuales sustenta el apoderado del procesado la tesis de la equivalencia de condiciones con las modificaciones de la teoría de la condición, fueron examinados y rebatidos en las decisiones del Juez Sexto Penal del Circuito y la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín.

Los fallos partieron del supuesto de la responsabilidad penal individual, analizaron el proceder de cada uno, encontrando que las conductas de los dos profesionales de la medicina que intervinieron en el equipo quirúrgico, actuaron como causas eficientes para el resultado muerte, por las razones señaladas en acápites anteriores, considerando su proceder en el caso concreto, en las condiciones y circunstancias en las que se presentó la emergencia, de ahí que se haya rechazado el argumento defensivo, porque, sin negarse la responsabilidad profesional del anestesiólogo, también se le debía exigir el cumplimiento de la que le es propia al cirujano, como el observar las reglas mínimas de prudencia y previsión que demandaba el acto quirúrgico a cumplir, a fin de proteger la vida de la paciente, objetivo del “equipo humano de cirugía”, premisas estas que el Tribunal encontró avaladas en los testimonios técnicos de los doctores HÉCTOR PALACIO VELÁSQUEZ, LUIS APOLINAR TAMAYO y LUIS CARLOS HENAO y en el dictamen de medicina legal.

Pero, además, se reprocha por el fallador la lógica con la que se quiere explicar el comportamiento del inculpado, en la medida en que las preguntas se hicieron considerando la conducta de los profesionales de la medicina en un plano irreal, eliminando factores reales que concurrieron, provenientes de la conducta de cada uno de ellos, siendo obvio, en sentir del Tribunal, que la respuesta hipotética no resuelve el asunto sub iudice, porque modifica sustancialmente el supuesto fáctico y las circunstancias del acto quirúrgico, lo que necesariamente, en ese plano imaginario, y sólo así, inciden las explicaciones de la defensa en el resultado muerte de LUZ MARGARITA MARÍN OCAMPO.

Además, agrega la Sala, el cuestionario no puso de presente a los peritos, las preferencias y exigencias del cirujano en cuando al suministro de cantidades mínimas para la recuperación de líquidos.

De otra parte, las transcripciones del dictamen que se hacen en la demanda de casación al folio 1537 son fragmentos que involucran al anesthesiologo, omitiéndose incorporar las respuestas que los peritos dieron y que vinculan la conducta concurrente del cirujano, a la que se ha hecho referencia anteriormente y que ahora basta con referir los folios del experticio en los que se encuentran los conceptos a que se hace referencia (Fls. 96, 214, 217, 219 del Cd. 1. y 368, 383, 386, 388, 392, 404, 409, 419, entre otros, del Cd. 2).

3.7. El fallo del Tribunal precisó los alcances de los deberes que le correspondían al anesthesiologo y especialmente los del cirujano, en la intervención quirúrgica que se le practicó a LUZ MARGARITA MARÍN OCAMPO, respuestas que desestiman la opinión contraria de la defensa, quien traslada con exclusividad la causa del resultado muerte a la conducta del primero de los médicos en mención.

El actor trae a colación (fls. 1538 y ss) transcripciones del concepto de los médicos legistas, en las que a propósito no incluye las afirmaciones que comprometen al procesado, en cuanto a los deberes de control de los signos vitales, de ahí que los argumentos en contra del fallo recurridos resulten sesgaos e infundados, para reclamar la motivación orientada a que a partir de sus tesis se construyan las consideraciones, cuando las propuestas no asumieron objetivamente el contenido de la prueba. Así por ejemplo, nada se dijo respecto a lo certificado a los folios 391, 393 y en las sesiones de la audiencia, en donde los auxiliares de la justicia aludieron a que “el cirujano como parte del equipo de trabajo debe velar por la atención integral según las condiciones del paciente” y que “todo el equipo quirúrgico no puede ser ajeno a todo cuanto sucede con el paciente”.

Para los sentenciadores no es una verdad procesal que el cirujano se preocupó durante la intervención quirúrgica por las condiciones hemodinámicas de la paciente, pues no estuvo atento a evaluar el material extraído, a pesar de contar con un frasco medidor, se despreocupó de los signos vitales, exigiendo con riesgo reponer las unidades de sangre al final de la intervención. El cirujano debió permanentemente evaluar y medir y controlar la paciente, no solo preguntando al anestesiólogo sino constatando el estado de la intervenida (fl. 1506), omisiones que los fallos trajeron a colación con base en lo certificado en las ampliaciones del experticio médico legal.

Las exigencias que el cirujano hacía al anestesiólogo en cuanto al suministro de líquidos, que se niegan en la apelación, fueron respondidas en las sentencias, haciéndose referencia a las pruebas con base en las cuales se dio por demostrada esa exigencia de JORGE NORBERTO ARBELÁEZ CASTAÑO, aspectos que fueron tratados en esta providencia en el numeral 3.5.1. Además, va contra las reglas de la lógica y la experiencia admitir que el cirujano y el anestésico entren a una cirugía sin ponerse de acuerdo sobre los procedimientos y técnicas a emplear, tanto que Medicina Legal insistió en sus conceptos que el equipo quirúrgico necesariamente parte del supuesto de una interacción cooperada.

Que la orden de traslado a otro centro hospitalario era del resorte del anestesiólogo, es cierto, pero ese hecho no exonera de responsabilidad penal al cirujano, por cuanto que habiendo podido insinuar la remisión no lo hizo y, porque en últimas, la causa de la muerte no la atribuyeron los fallos de instancia a esa circunstancia (fl. 1580), por lo que el fundamento resulta inane para demostrar la irregularidad sustancial que se le atribuye al ad quem.

En el fondo lo que el recurrente está cuestionado no es la motivación incompleta de la sentencia, el reproche apunta a la valoración de los medios con base en los cuales resultaba de imposible aceptación las tesis del defensor, por lo que el ataque equívoco la

vía para censurar el fallo en casación.

3.8. La Sala del Tribunal de Medellín, respondió las reclamaciones del impugnante, en cuanto a considerar no ajustada a derecho la conducta del cirujano por haber obrado en ejercicio de una actividad lícita, prohiendo las razones que dio el a quo y agregando además, que esa situación per se no lo exime de responder por el cuidado y la prudencia científica, dada su experiencia profesional, al momento de elegir la técnica, ejecutar el procedimiento y evaluar y controlar el mismo, más en este caso, que el proceder del inculcado aumentó el riesgo permitido por la medicina plástica (fl. 1581).

3.9. El examen de la anjuridicidad y del proceder culposos, así como la existencia de prueba que condujo con certeza a condenar, lo hicieron razonablemente los juzgadores al reflexionar sobre cada uno de los puntos que se han mencionado en los numerales 3.1. a 3.9 de esta providencia, facticamente se precisó cuál fue el obrar del cirujano, qué errores cometió, la incidencia de los mismos en la salud de la paciente y el resultado muerte, poniendo de relieve la correspondencia de ese actuar con la ley penal por atentar contra la vida, (artículo 329 del Decreto Ley 100 de 1980), lo que ameritaba el juicio de reproche, y dadas las circunstancias señaladas, correspondía hacer la imputación a título de culpa, pues la prueba valorada tenía mérito para responsabilizar penalmente a ARBELÁEZ CASTAÑO. Estas son la deducciones a las que llegaron el a quo y el ad quem en sus providencias (fls. 1505 a 1509 y 1576 a 1583), por lo que los reclamos de motivación incompleta por los aspectos examinados en este numeral no prosperan.

Ha de entenderse que la declaración de certeza sobre la autoría y responsabilidad penal en los fallos de instancia, por obviedad y ley de los contrarios, ello implica la negación de la demostración de la existencia de la duda razonable, siendo las razones en las que se sustenta la certeza las mismas que sirven de fundamento para reprobar la duda en el caso concreto. En este sentido, le asiste razón a la delegada, cuando sostiene que de admitirse la tesis del casacionista se llegaría

al absurdo de “soslayar que todas las razones estuvieron precisamente orientadas a desecharla, por cuanto el fundamento de la decisión es de responsabilidad, y no existe ningún presupuesto dudoso”.

3.10. Se planteó en la apelación, afirma el demandante, una irregularidad sustancial, por no haberse dado respuesta por el a quo a los alegatos de la defensa, situación que para la Corte no se presentó, pues examinadas las motivaciones y decisiones de los fallos como una unidad jurídica, se encuentra que en cada uno de los párrafos con los que se construyeron las consideraciones, se abordaron los aspectos centrales en los que se estructuraron las reclamaciones del apoderado de JORGE NORBERTO ARBELÁEZ CASTAÑO, según ha quedado registrado en el análisis que se ha hecho hasta ahora, lo cual satisface la esencia de lo ordenado en el numeral 4ª del artículo 170 del C.P., sin que legalmente sea un requisito sine quoniam la destinación de un capítulo especial bajo el título de respuesta a los alegatos de la defensa, es suficiente que las premisas de los planteamientos encuentren respuesta en los temas tratados en la dedición, deber que en este caso cumplieron a quo y ad quem.

3.11. Las propuestas de la defensa para que se proferiera sentencia de primer grado y las reclamaciones que sobre ello se hacen en sede de casación, corresponden a un argumento más de los que se vale el censor para inducir a la Sala a que en sede de instancia haga una revaloración de la prueba, lo que resulta ajeno a la función de la Corporación y el objeto del recurso extraordinario de casación.

Lo cierto es que, acudiendo al examen hecho en los anteriores numerales, la Corte encuentra que el Juez Sexto Penal del Circuito y a Sala de Decisión Penal del Tribunal abordaron las situaciones relacionadas con los deberes objetivos de cuidado que incumbían al cirujano, en cuanto a las precauciones preoperatorias, durante el procedimiento quirúrgico y con posterioridad a la lipoescultura, así como el carácter riesgoso de la cirugía a que fue sometida LUZ MARGARITA MARÍN OCAMPO, el no haberse

provisto de lo necesario y elemental para enfrentar complicaciones previsibles, así se deduce de la lectura de sus fallos, de cuyo contenido se ha dado cuenta en esta providencia.

4. En conclusión, los fallos de primera y segunda instancia, por lo dicho, no solamente presentan una reconstrucción histórica de los hechos, sino que además, precisan el alcance y la credibilidad que merecen los medios probatorios, las razones de las consecuencias jurídicas derivadas, los motivos por los cuales fueron desestimadas las tesis de la defensa y las exculpaciones a las que acudió el procesado en sus injuradas, argumentos que se encuentran en tales decisiones de manera explícita, clara y concreta, condiciones que resultan suficientes a tenor de lo dispuesto en el artículo 170 de la Ley 600 de 2000, para permitir su control a través de la contradicción e impugnación por los sujetos procesales.

Los fallos de instancia no declararon verdades íntimas ni subjetivas de los funcionarios, por el contrario, se apoyaron en lo objetivamente revelado por el contenido material de las pruebas, medios de los que el sentenciador hizo una apreciación ajustada a las reglas de la sana crítica.

El cargo no prospera.

Segundo cargo.

1. La nulidad propuesta por el recurrente se vincula con las resoluciones que calificaron el mérito del sumario en primera y segunda instancia, señalando que hicieron una acusación confusa, imprecisa, por lo no se sabe cuáles fueron las causas o circunstancias que finalmente produjeron la muerte ni los aspectos conductuales o circunstanciales de la culpa, anfibología y ambigüedad que repiten los fallos de instancia, advirtiéndose imprecisión en los cargos que fundamentan la decisión de responsabilidad porque se aduce sucesivamente imprudencia, negligencia o impericia.

2. Técnicamente es desacertado que al amparo de una motivación anfibológica y ambigua del fallo recurrido, se argumente que el juicio de reproche adujo factores distintos a los que “habían sido analizados y tenidos en cuenta en la acusación”, cuando este argumento corresponde invocarse al amparo de la causal segunda de casación por incongruencia de la sentencia con el pliego de cargos.

3. En este cargo, el censor ignora un supuesto básico que determinó el criterio de los juzgadores, el cual había sido señalado por los peritos de medicina legal, en el sentido de que la “paciente presentó un choque hipovolémico con coagulopatía de consumo asociada” (fl. 382), derivado directamente del procedimiento quirúrgico efectuado por el cirujano y el anestesiólogo. Esa fue la causa del deceso reconocida en las providencias que calificaron el sumario y finalizaron la causa (fl. 680, 743, 1502, 1577), por lo que no le asiste razón al impugnante cuando sostiene que existió en tales providencias “incertidumbre sobre cuál fue realmente la causa que produjo la muerte de la paciente”

4. Los peritos anticiparon que la causa de la muerte era producto de un proceso complejo, proporcionando elementos de juicio suficientes para que los jueces admitieran la concurrencia simultánea y directa de las conductas del cirujano y el anestesiólogo en la generación del resultado mortal.

5. Ahora bien, debe llamarse la atención acerca de que las providencias examinaron por separado la conducta ejecutada antes, durante y después de terminada la liposucción por cada uno de los profesionales de la medicina, para calificar su trascendencia, voluntariedad y conciencia con que obraron, su vinculación con el deceso de LUZ MARGARITA MARÍN. En consecuencia, la relación y el examen de la pluralidad de actos ejecutados por el cirujano y que demandaba el proceso quirúrgico, no corresponden a una ambigüedad, ni incertidumbre, por el contrario, implicaron la fijación concreta de las acciones que sirvieron de apoyo para la decisión,

circunscribiéndolos a las circunstancias espaciales, temporales y modales de proceder ilícito, con lo cual en lugar de entorpecer se facilitó el ejercicio de los derechos de defensa, contradicción y de impugnación.

6. Esos actos que merecieron reproche respecto de la conducta de JORGE NORBERTO ARBELÁEZ CASTAÑO y que contribuyeron a generar el choque hipovolémico con coagulopatía de consumo asociada, no se cuestionaron arbitrariamente por los funcionarios que calificaron el sumario ni fallaron las instancias, fue producto de reconocer el mérito del trabajado de investigación que de manera razonable y científica hicieron los peritos de medicina legal y que recibió todo el reconocimiento, dada su fundamentación, claridad, profesionalismo e imparcialidad con que obraron, además del aporte hecho por las enfermeras que participaron en el equipo quirúrgico.

Los actos del procedimiento quirúrgico atribuidos al cirujano exclusivamente en las providencias de fondo, a los que ya se hizo mención al resolver el primer cargo, fueron: a) No se tuvieron los elementos necesarios para una buena práctica quirúrgica y anestésica (fl. 682, 748, 1504, 1582), que en el fallo del ad quem se denomina aptitud del centro (fl. 1577 y 1579), b) Cirugía riesgosa y audaz, que multiplicó el riesgo por los métodos, técnica y cantidad de tejido adiposo sustraído, así como por la cantidad de líquidos perdidos, acompañada del hecho de haberse planeado continuar con una rinoplastia (fl. 682, 1504, 1507, 1508, 1579, 1582), significando para el fallo de segundo grado exceso de volumen de grasa extraída e intensificación de los riesgos (fl. 1578, 1581), a lo que sumó el hecho de haberse extraído el mismo día un litro de sangre a la paciente (fl. 1581), c) Exceso de confianza, pues el procesado admitió que en procedimiento ejecutado el día anterior debió llamarle la atención al anestesiólogo, resultando inexplicable por qué no obró de la misma manera en el caso de la señora LUZ MARGARITA MARÍN (fl. 683, 748, 749, 1579), d) No ofreció a la paciente la atención y cuidado a su estado físico y signos vitales, mintiendo al referir en su indagatoria que había sido el primero que se percató de la situación cuando realmente se encontraba fuera del quirófano, sin que hubiese

indagado al salir por el estado de la paciente, además de que quien se percató sobre las manifestaciones del paro fue la enfermera jefe (fl. 659, 1506), e) Pudo el cirujano y no lo hizo, visualizar el estado de la paciente, la pérdida sanguínea, a través de la cara, los brazos, el grado de oscuridad de la sangre, monitoreando los signos vitales a través del dinamap, oxímetro y el cardioscopio, que estaban a la vista de los dos médicos, (fl. 692, 1505, 1506), de ahí que no supo el cirujano la cantidad de materia grasa retirada (fl.1508) f) El traslado tardío de la paciente a la Clínica del Rosario (700, 748), g) La duración de la cirugía, la que según expertos no debió superar las dos horas, pues cada espacio superior a éste duplica los riesgos (fl. 748), h) La planeación incompleta respecto del trabajo quirúrgico (fl.1504), i) La violación de los reglamentos de la Asociación de Cirujanos de Antioquia (fl. 1507, 1508,,),

Para el demandante, la imputación, en los términos en que lo ha precisado la Sala anteriormente, fue “genérica”, no se concretó “la conducta descuidada” atribuida al procesado, argumento que debe desatenderse, pues una ojeada al párrafo anterior deja sin soporte la afirmación en mención.

7. Los funcionarios no sorprendieron a la defensa, esa cadena de actos ejecutados por JORGE NORBERTO ARBELÁEZ CASTAÑO, ratificados por medicina legal y el testimonio de las enfermeras, nutrieron de razones a los funcionarios judiciales que conocieron del proceso, expresando cada uno con sus propias palabras los fundamentos fácticos de la responsabilidad penal culposa atribuida al procesado, esos hechos probados corresponden a las omisiones, descuidos, falta de previsión de lo previsible, violación de reglamentos, exceso de confianza, aumento del riesgo no justificado y confiar imprudentemente en evitar un resultado fatal, que con estos o con otros vocablos con significado semejante, la fiscalía, el juzgado y el Tribunal, declararon al procesado responsable penalmente por la muerte de LUZ MARGARITA MARÍN.

Los supuestos básicos, los actos examinados, los hechos en los que se sustenta la

imputación, en la resolución de acusación y en los fallos, son los mismos, apuntan a la estructura del ilícito culposo cometido por JORGE ARBELÁEZ CASTAÑO, el hecho de que se les agrupe bajo un título o denominación, usando expresiones que sustancialmente apuntan a lo revelado objetivamente en el proceso, no significa que se esté mutando de providencia en providencia la imputación o la causa de la muerte, máxime cuando las denominaciones a las que acudieron los funcionarios, son de sentido común, no demandan ejercicios intelectuales extraordinarios para su comprensión por los destinatarios de las decisiones.

Por tales razones, las garantías que se denuncian vulneradas al amparo de la motivación anfibológica no fueron quebrantadas, porque las providencias cuestionadas en el cargo no incurrieron en el vicio que se les atribuye. Además, en las instancias, la defensa abordó los supuestos fácticos, desde la óptica de su propuesta, partiendo de la temática de la atribuibilidad del resultado a la conducta del agente por violación al deber objetivo de cuidado exigible y la teoría de la equivalencia de condiciones con las correcciones de la causalidad, y en su oportunidad procesal, conoció y rebatió el contenido de las pruebas y de las providencias, a través de la práctica de pruebas solicitadas y decretadas, así como de los recursos ordinarios y ahora el extraordinario de casación, actos que tuvieron como objeto de debate los diferentes actos enunciados y con base en los cuales se profirió el fallo de condena.

8. A las reflexiones hechas se suma el criterio de la Delega, el que en esta oportunidad comparte la Sala, en cuanto a la ambivalencia que le atribuye a las providencias el recurrente, respecto de la negligencia e imprudencia, asunto sobre el cual conceptuó en los siguientes términos:

“De otra parte, ninguna contradicción existe en la imputación simultánea de negligencia e imprudencia ya que si bien es cierto un mismo comportamiento no puede ser al mismo tiempo negligente e imprudente, ello no descarta que en una actividad tan compleja como

el ejercicio de la ciencia médica pueda predicarse negligencia de algunas conductas observadas por un profesional e imprudencia de otras. En el fallo que se analiza no dice el juzgador que un mismo comportamiento sea simultáneamente negligente e imprudente, sino que ciertas conductas fueron negligentes y otras atribuidas a la misma persona fueron imprudentes pero que todas ellas concurrieron a producir la causa que llevó al resultado”.

9. En este cargo, como en el anterior, más que demostrar el vicio invocado como fundamento de la nulidad, el actor se dedica a censurar el alcance que los operadores de justicia dieron a las pruebas, al precisar que se “increpan cargos constitutivos de culpa, aspectos que no son ciertos o que no podrían ser causales del desenlace fatal finalmente producido”, o encontrar curiosa la “forma como se interpretan y valoran las pruebas testimoniales”.

El error no fue demostrado, por lo que el cargo se desestima.

Tercer cargo.

1. El recurrente, sostiene, con base en la causal segunda de casación, que la sentencia del Tribunal de Medellín es incongruente con la resolución de acusación proferida por la Fiscalía 124 Seccional y la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Medellín, pues los fallos de instancia que condenaron a JORGE ARBELÁEZ CASTAÑO le atribuyeron “cargos nuevos”, aspecto este que la Sala examina seguidamente.

2. El legislador ha exigido, atendiendo la estructura del proceso penal, que la sentencia responda al núcleo básico de la conducta imputada en la resolución de acusación y en su caso, a la variación introducida con sujeción al ordenamiento jurídico durante el juzgamiento², de tal suerte que el desconocimiento de este requisito y que

implique grave y trascendente efecto nocivo a la situación jurídica y a las garantías del procesado, impone al juzgador inexcusablemente entrar a corregirlo.

La Sala señaló, con claridad, en auto de febrero 26 de 2002:

“... sin que se faculte al juez para agravar la responsabilidad del acusado adicionando hechos nuevos, suprimiendo atenuantes reconocidas en la acusación, o incluyendo agravantes no contemplados en el enjuiciamiento o en su variación, pudiendo sólo, acorde con lo acreditado y debatido en la investigación y el juicio, en ejercicio de la soberanía y como interviniente supraparte en el proceso, declarar el derecho sustancial y condenar en consonancia con la acusación o sus modificaciones, absolver, o degradar la responsabilidad imputada en la acusación y condenar atenuadamente, pero actuando siempre con criterios de lealtad, igualdad e imparcialidad, respetando la legalidad y el núcleo central de la imputación que es intangible e indisponible..”

3. En este caso la confrontación de la resolución de acusación con la sentencia impugnada, permite verificar que el Tribunal de Medellín no incurrió, como acertadamente lo señala la Delegada, en el error atribuido a la sentencia en el cargo tercero de la demanda de casación.

Como en la causa adelantada en contra de JORGE ARBELÁEZ CASTAÑO no se presentó variación de la imputación hecha en la resolución de acusación proferida por la Fiscalía 124 Seccional el 11 de febrero de 2000 y la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Medellín el 5 de julio de 2000, las imputaciones fácticas y jurídicas hechas al procesado en dichas providencias constituyen el marco de la imputación que han debido considerar el Juzgado Sexto Penal del Circuito y la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín.

4. Pues bien, corresponde en este caso limitar el examen de la incongruencia denunciada a lo relacionado a si los fallos rompieron o no la unidad fáctica señalada en la resolución de acusación al incluir “cargos nuevos”, como lo sugiere el censor.

La unidad fáctica que dio origen a este proceso lo constituyó la muerte de LUZ MARGARITA MARÍN OCAMPO, ocurrida en la ciudad de Medellín, el 15 de agosto de 1996, en la intervención quirúrgica de liposucción practicada por los médicos JORGE NORBERTO ARBELÁEZ CASTAÑO y NELSÓN JOSÉ FERNÁNDEZ FELIZZOLA, proceso en el que se desencadenó un choque hipovolémico con coagulopatía de consumo asociada, derivado directamente del procedimiento quirúrgico efectuado por el cirujano y el anestesiólogo. Esta situación fáctica dio lugar a que se imputara a los procesados el delito de homicidio culposo previsto en el artículo 329 del Decreto Ley 100 de 1980, sin agravantes.

Los supuestos referidos en el párrafo anterior se mantuvieron en la resolución de acusación y la sentencia; en sus dos instancias no existió variación respecto a ellos. En consecuencia, la incongruencia planteada en el cargo hace referencia a hechos nuevos con base en los cuales, según el censor, se imputó el comportamiento culposo al procesado.

5. Pues bien, la respuesta al cargo, demanda hacer una confrontación objetiva entre las providencias que calificaron el sumario y los fallos de instancia, aplicando para tales efectos, el principio de unidad jurídica que los rige.

5.1. La resolución de acusación de primera instancia atribuyó al médico cirujano JORGE NORBERTO ARBELÁEZ CASTAÑO un obrar culposo, en la ejecución de los siguientes actos:

a) No existió una planeación adecuada (fl. 698), no se hizo una provisión de los elementos necesarios para una buena práctica quirúrgica (fl. 682), no sólo para una cirugía sin complicaciones, sino también para el evento de una crisis, por ejemplo, no se verificó la existencia de sangre en el centro asistencial para eventualidades como las que debieron afrontar el día de los hechos (fl. 698, 748).

b) La cirugía fue riesgosa y audaz, por tratarse de una técnica anestésica hipotensiva

controlada y de extracción de grasa en seco (de excesivo sangrado) multiplicando el riesgo (fl. 682, 684, 702, 748).

c) Al cirujano le era previsible el obrar descuidado del anestesiólogo, porque el día anterior se había dormido en una intervención en la que participaron ambos (fl. 683, 748, 749).

d) Se vulneró la directiva de la Asociación de Cirujanos Plásticos de Medellín al extraer más cantidad de grasa de la recomendable o permitida -5 litros- (fl. 684, 693, 694).

e) No estuvo pendiente de los cambios fisiológicos por importante pérdida sanguínea (fl. 699) y la baja de presión (fl. 684), ni vigiló con atención los cambios del estado físico ni de los signos vitales de la paciente (fl. 685), generados por la extracción de grasa y la no reposición de líquidos (fl.699).

f) No estuvo pendiente de la reposición de líquidos (fl. 684).

g) Salió del quirófano una vez terminó la liposucción sin indagar por el estado de la paciente (fl. 685).

h) No esperó a que se realizara el riesgoso cambio de posición de la mujer, requerido para realizar la rinoplastia (fl. 687).

i) Era su deber estar pendiente de los cambios controlando los monitores que están visibles en la sala de cirugía (fl. 691, 692, 693).

j) La dotación de la clínica solo es funcional para riesgos moderados, por lo que no podía utilizarse como unidad de cuidados intensivos, (fl.695).

k) La terapéutica suministrada fue tardía, el estado clínico de la paciente reaccionaba negativamente generando un choque más intenso, igualmente fue tardío el traslado a la Clínica del Rosario (fl. 700, 748).

5.2. La Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Medellín al resolver la apelación confirmó la decisión del a quo, prohijando los factores señalados en este acápite. Cabe referir, que el hecho de que se haya utilizado la expresión exceso de confianza y atención vigilante no significa adición o modificación del cuadro de actos que permitió la atribución de responsabilidad a título de culpa, pues tales afirmaciones corresponden a los literales b), e), f), h) e i) de la providencia de primera instancia. La audacia en el procedimiento (literal b) la graficó el ad quem con el hecho de haber sometido a la paciente seis horas de cirugía.

5.3. El Juzgado Sexto Penal del circuito sustentó la imputación culposa del resultado muerte al cirujano ARBELÁEZ CASTAÑO, en los siguientes supuestos:

a) No existió una planeación adecuada de la cirugía (fl. 1504), lo que ha debido hacerse a partir de la información a la paciente sobre los métodos de intervención, no se obtuvo el consentimiento informado, de una revisión a los equipos, pues no sonó la alarma del monitor de signos vitales, se requirió sangre y no había, un respirador y no existía (fl. 1506). A ésta situación se refiere el ad quem bajo el título de “aptitud del centro”, pero no para excluir la responsabilidad que le corresponde al procesado por haber elegido el centro donde debía hacerse la intervención, como equivocadamente lo entiende la defensa, sino para subrayar que no “estaba preparada la clínica”, no contaba con “una unidad de cuidados intensivos, ni con un banco de sangre para suplir alguna emergencia”, pues solo se contaba con las dos unidades extraídas a la paciente (fl. 1578, 1579, 1581).

b) Se extrajo más grasa de la debida, superando los límites de lo permitido (fl. 1504), lo cual contribuyó al deceso (fl. 1507). El Tribunal hizo alusión a este aspecto bajo la denominación del volumen de grasa extraída, invocando la cantidad recomendada para que el paciente no entre en shock (fl. 1578, 1581).

c) No se suministraron los líquidos en debida forma, una de las razones radicó en la petición del cirujano, que exigió que las unidades de sangre se repusieran al final de la intervención (fl. 1505).

d) Se eligió un establecimiento de salud que no contaba con los instrumentos para reanimar al paciente, siendo dejada de manera injustificada por varias horas sin los recursos requeridos para recuperar la salud (fl. 1504), factor éste que el Tribunal explicó con el hecho de haber sido inútiles los esfuerzos del envío de la señora MARÍN OCAMPO a la Clínica del Rosario (fl. 1579)

e) Debió estar atento al material extraído, observando los frascos (fl.1505), pero en este caso el inculpado no sabía qué cantidad de grasa estaba sacando (fl. 1508).

f) No realizó una medición ni evaluación constante (fl. 1505) para establecer el estado de salud de la paciente, de ahí que hubiese descuidado el control de los signos vitales (fl.1506).

g) El estado crítico existía en el momento en que terminó la primera cirugía y el cirujano salió del quirófano sin cuestionar por el estado de la paciente (fl.1506).

h) Estimó como suficiente una provisión de dos unidades de sangre (fl. 1504), además de que la extracción de una unidad a la paciente la hizo el mismo día de la cirugía, lo cual es peligroso porque puede entrar en shock (fl. 1507).

i) La complicación por la intensificación del riesgo era previsible (fl. 1506), dados los riesgos de la técnica seca (fl. 1808). El fallo de segunda instancia puntualizó o explicó este tema con base en el concepto de los médicos legistas, relacionado con el mayor sangrado que implicaba el método (fl. 1578), el tiempo de duración de la intervención

quirúrgica (fl. 1579) y la exposición al shock a que se sometió a la paciente, además de exigir una reposición baja de líquidos (fl.1582, 1583). Para el Tribunal la programación de la rinoplastia prolongó “injustificadamente la duración del procedimiento” (fl. 1582).

j) Existe regla que limita la cantidad máxima de tejido adiposo que puede extraerse y en este caso fue desconocida (fl. 1508).

k) Sabiendo de los riesgos expuso a la paciente (fl. 1508). El Tribunal de Medellín se refirió al proceder culposo atribuido con base en este hecho bajo el tema del exceso de confianza (fl. 1579).

5.4. La Sala de Decisión de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, al resolver la apelación confirmó la providencia del a quo, incorporando por ende al fallo en su totalidad los factores señalados atrás como estructurantes de la culpa atribuida al procesado JORGE NORBERTO ARBELÁEZ CASTAÑO. Cabe sí advertir que el ad quem incurrió en un lapsus calami al señalar que la programación de la rinoplastia había prolongado injustificadamente el tiempo quirúrgico, pues, como lo señala el recurrente, dicho procedimiento no se llevó a cabo, desacierto que, no incide en la legalidad y acierto de la decisión, dados los fundamentos en los que se soportó la sentencia de condena.

5.5. Los supuestos fácticos acabados de reseñar en los literales 5.1 y 5.2 constituyen los hechos con base en los cuales la resolución de acusación atribuyó al médico cirujano un obrar culposo, hechos que corresponden a los tenidos en cuenta en los fallos de instancia, referidos en los literales 5.3 y 5.4.

Confrontados los supuestos de hecho de la acusación y los fallos de instancia, se tiene que, hay congruencia entre tales providencias, que no existen nuevos cargos en las decisiones del Juzgado y del Tribunal, que la unidad fáctica se conservó, únicamente se explicaron los fundamentos con diferentes expresiones y giros lingüísticos, pero la esencia

de la imputación se conservó, pues el supuesto de hecho del literal 5.3.a. está contenido en el hecho 5.1.a., y así sucesivamente se puede seguir señalando que el 5.3.i. está comprendido en el hecho 5.1.b., el 5.3.b. en el 5.1.d., el 5.3.e. en el 5.1.e., el 5.3.c. en el 5.1.f., el 5.3.g. en el 5.1.g., el 5.3.f. en el 5.1.i, el 5.3.d. en el 5.1.j., el 5.3.d. en el 5.1.k., el 5.3.h. en la primera frase del 5.1.a., el 5.3.j. en el 5.1.d., el 5.3.k. en el 5.1.k. y el 5.3.i. y 5.3.h. en la audacia del procedimiento a que hizo referencia la providencia de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Medellín.

La comunicación a la paciente sobre los métodos de intervención y la obtención del consentimiento informado (5.1.a.), si bien es cierto que no están consignados en el pliego de cargos, tal situación no incide en la orientación de las sentencias proferidas por el Juzgado Sexto Penal del Circuito y la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, por cuanto que la incolumidad de los demás supuestos efectivamente imputados brinda el soporte exigido por la ley procesal penal para mantener la decisión, por lo que el yerro del ad quem en el sentido indicado resulta intrascendente.

Debe aclararse que la observación de los frascos (5.3.e.), la exigencia del cirujano de reponer los líquidos en volúmenes bajos durante la intervención quirúrgica (5.3.c.), el haberse dejado a la paciente de manera injustificada por varias horas sin los requerimientos requeridos, la provisión de dos unidades de sangre para reposición de líquidos y la extracción de una unidad el mismo día de la cirugía (5.3.h.) no modifican ni adicionan el fundamento fáctico de los cargos formulados por la Fiscalía, son explicaciones a las imputaciones hechas en la resolución de acusación de primera y segunda instancia, descritas en los literales 5.1.a., 5.1.e., 5.1.f., 5.1.j., en otras palabras, simplemente ponen de presente los reproches que en la calificación se hicieron al cirujano por no haber estado vigilante de los cambios fisiológicos, cuyas manifestaciones de anormalidad desde luego se advierten por la extracción de grasa excesiva y la no reposición de líquidos oportunamente, o explican lo tardío que fue el suministro de la terapéutica, desaciertos en los que incidió el comportamiento del médico ARBELÁEZ

CASTAÑO.

5.6. Sostiene el recurrente que la incongruencia denunciada se presentó porque en los fallos de primer y segundo grado se imputaron al inculpaado los siguientes hechos nuevos, no contenidos en el pliego de cargos: a) No planear adecuadamente la cirugía, b) No informar a la paciente los métodos ni la técnica de la intervención, c) No obtener de LUZ MARGARITA MARÍN OCAMPO el consentimiento informado, d) Extraer más grasa de la recomendable, de conformidad con los criterios científicos existentes, e) No medir ni evaluar el material extraído, f) Sacar una unidad de sangre el mismo día de la operación, aumentando el riesgo del shock, como lo afirma HÉCTOR ALFONSO PALACIO VELÁSQUEZ y g) La programación de la rinoplastia prolongó injustificadamente la duración del procedimiento.

Los supuestos de hecho referidos en los literales a), d), e) y f) del párrafo anterior, están contenidos en los literales 5.1.a., 5.1.d., 5.1.e., y 5.1.b., de la resolución de acusación de primera instancia y en la audacia reprochada al inculpaado en la resolución de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal. En cuanto al literal g) se dio la explicación correspondiente en el numeral 5.4.

Las situaciones referidas en los literales b) y c), estén resueltas en el numeral 5.5.

En consecuencia, los fallos de instancia guardan la consonancia exigida por la ley y por lo tanto el cargo no prospera.

Cuarto cargo.

Sostiene el demandante que los falladores al apreciar el dictamen pericial de Medicina Legal incurrieron en falso juicio de identidad al “no haber tenido en cuenta las respuestas a las preguntas 9 y 10” contenidas en la audiencia pública, donde los peritos descartan la responsabilidad culposa del procesado, omisión en la que de no haberse incurrido

habría conducido a un fallo absolutorio.

El fraccionamiento de la prueba para su apreciación, omitiendo parte de ella trascendente en la orientación final del fallo, afecta su identidad, su contenido material, por lo que en tales condiciones, por distorsión, el alcance otorgado al medio no corresponde al sentido que realmente tiene.

El sentenciador no incurrió en el yerro que se le atribuye, esto es, no cercenó el contenido material del dictamen pericial, de ahí que el recurrente equivocó la modalidad de la vía de hecho por la que debió atacar la sentencia de segundo grado en casación.

El ad quem se ocupó de examinar el contenido de las preguntas y respuestas números 9 y 10 del cuestionario formulado a los médicos legistas en la audiencia pública (fl. 1580), advirtiéndole al fallador que la responsabilidad del procesado no se podía atribuir o negar con base en premisas “falsas o ideales”, “ajenas a los extremos fácticos que se analizan”, y a estas situaciones correspondían las hipótesis que partían del hecho de “si elimináramos los errores del cirujano y dejáramos los del anesthesiologo, de todos modos el resultado muerte se habría producido y, en sentido contrario, si elimináramos los errores del anesthesiologo y dejáramos todos los del cirujano, el resultado muerte no se habría producido”.

Las preguntas 9 y 10 a las que se refiere el recurrente parten de la base de eliminar lo que no puede eliminarse, como se dijo en el párrafo anterior, porque al hacerse, la situación real se traslada al plano irreal y, sobre éste, es precisamente que la defensa quiere construir la decisión judicial, tesis que con atinado juicio el Tribunal desestimó, pues la verdad procesal es que “tanto el cirujano como el anestesista” incurrieron en errores graves que se convirtieron en causas eficientes del resultado

muerte.

La sentencia de segunda instancia, refiriéndose expresamente a las respuestas de los peritos a las preguntas 9 y 10, señala que las conclusiones de la defensa con base en ellas “no es lógica” (fl. 1580), porque para este acaso la responsabilidad sobre la vida de la paciente no era exclusiva del anesthesiólogo sino de todo el equipo quirúrgico, conclusión ésta que sustentó con el testimonio de los profesionales HÉCTOR PALACIO VELÁSQUEZ, LUIS APOLINAR TAMAYO y LUIS CARLOS HENAO, pasando el juzgador a exponer razones del por qué resultaban inatendibles la tesis defensivas construidas a partir de las susodichas respuestas, pues si “suprimimos los errores del cirujano, el procedimiento habría sido tan poco riesgoso como era de esperarse, para una cirugía estética ambulatoria y no habría demandado el especial cuidado que tampoco tuvo el anesthesiólogo, por lo que ambas faltas al deber de cuidado, que le era exigible a los dos médicos acusados, actuaron como causas eficientes y determinantes del lamentable resultado final” que desencadenó este proceso penal.

Los fallos examinaron la responsabilidad de los médicos de cara a la tesis de la defensa, que utilizó en su estructura las respuestas 9 y 10 de los peritos en el juicio oral, considerando al equipo quirúrgico en sus funciones interdisciplinarias, pero por sobre todo, para efectos penales, el comportamiento observado por cada uno de ellos en el caso concreto, en las circunstancias en que se presentó en la cirugía de liposucción de LUZ MARGARITA MARÍN OCAMPO el shock hipovolémico irreversible, examen que estuvo ajustado a las reglas lógica, la ciencia y la experiencia.

En esta ocasión resultan pertinentes las razones expuestas en el numeral 3.6 al resolver el primer cargo de la demanda, respecto al interrogatorio a los peritos.

Las respuestas a los cargos anteriores ofrecen razones suficientes para afirmar que

los fallos de instancia no atentaron contra la identidad del dictamen, no solo respecto de las preguntas 9 y 10, sino integralmente considerado su contenido.

El cargo no prospera, no solo por el yerro de técnica en el que se incurrió en su formulación, sino también por resultar infundado.

Quinto cargo.

El fallo del Tribunal de Medellín violó directamente la ley sustancial, por “aplicación indebida de la norma que ha debido ser aplicada con relación a la condena al pago de perjuicios”. Se aplicó el artículo 97 de la Ley 599 de 2000, cuando ha debido ser la norma vigente al momento de la ocurrencia de los hechos, el artículo 106 del Decreto 100 de 1980, lo que generó una condena por cifra superior de perjuicios.

La Sala, no obstante haberse dejado de impugnar por la defensa la cuantía de los perjuicios decretados por el a quo, estima, como lo sugiere la Delegada, que el inculpado no renunció a recurrir en casación las consecuencias civiles de la responsabilidad penal, por el solo de haber cuestionado en la apelación la responsabilidad penal atribuida por el homicidio culposo en LUZ MARGARITA MARÍN OCAMPO3

.

A la razón expuesta, para resolver de fondo el cargo, se suma el hecho de que está de por medio el restablecimiento de la legalidad y la favorabilidad, garantías fundamentales quebrantadas con los fallos de instancia a los inculpados, la que aparece demostrada en el reproche del censor.

El Juzgado Sexto Penal del Circuito de Medellín condenó solidariamente a NELSON JOSÉ FERNÁNDEZ FELIZZOLA y JORGE NORBERTO ARBELÁEZ CASTAÑO al pago de los perjuicios ocasionados con la conducta punible atribuida, unificando para efectos de la cuantía, los perjuicios morales y materiales, imponiéndoles la obligación de pagar una indemnización “equivalente a un mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales, con respecto al año en que ocurrieron los hechos -1996-”, decisión que fue confirmada por el Tribunal de Medellín.

El artículo 97 de la Ley 599 de 2000, vigente a partir del 25 de julio de 2001, autorizaba al juez a condenar por el daño moral o material derivado de la conducta punible, hasta por 1.000 salarios mínimos legales mensuales equivalentes en moneda nacional.

En el Decreto 100 de 1980, vigente para el 15 de agosto de 1996, el artículo 106 facultaba al juez a condenar por el equivalente a 1.000 gramos oro por el daño moral “que no fuere susceptible de valoración pecuniaria”. Y, en el artículo 107 ídem, preveía la legislación penal que “Si el daño material derivado del hecho punible no pudiere evaluarse pecuniariamente, debido a que no existe dentro del proceso base suficiente para fijarlo por medio de perito, el juez podrá señalar prudencialmente, como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta de cuatro mil gramos oro”.

Para determinar cuál de las disposiciones referidas anteriormente resulta más favorable a los procesados, se debe proceder a la liquidación de los perjuicios al amparo de la Ley 599 de 2000 y el Decreto Ley 100 de 1980.

Para tales efectos, se tendrán en cuenta los parámetros que le sirvieron al fallador para optar por el máximo de indemnización permitida en la disposición aplicada por concepto de perjuicios morales y materiales, la edad de la occisa, los gastos y obligaciones por las personas que tenía a su cargo la víctima, los cuales no fueron puestos en tela de juicio por el censor.

Para el 15 de agosto de 1996 un gramo de oro valía \$12.413.18 y el salario mínimo legal mensual equivalía a \$142.125.

En la ley vigente al hecho, el máximo autorizado por perjuicios morales (1.000 gramos oro) y materiales (4.000 gramos oro) en los artículos 106 y 107 del C.P. de 1980 sumaba cinco mil (5.000) gramos oro, cuya equivalencia en moneda nacional es de \$62.065.900.

El máximo autorizado por perjuicios morales y materiales en el artículo 97 de la Ley 599 de 2000, aplicado en los fallos de instancia, es de 1.000 salarios mínimos legales mensuales, que convertidos a la fecha 15 de agosto de 1996, como lo dispuso el a quo, equivalen a \$142.125.000.

En consecuencia, por comparación, fácil es deducir que la aplicación del artículo 97 de la Ley 599 de 2000 resulta para los procesados más gravosa que la disposición vigente a la fecha de los hechos, por lo que el fallo debe ser casado parcialmente, a fin de que se imponga el pago solidario de los perjuicios a NELSON JOSÉ FERNÁNDEZ FELIZZOLA y JORGE NORBERTO ARBELÁEZ CASTAÑO por los conceptos, razones y en los términos en que se indicó en la sentencia de primera instancia, pero con la modificación de que su cuantía corresponde a \$62.065.900 pesos colombianos, más los intereses ordenados en el fallo proferido por el Tribunal de Medellín.

En los términos consignados anteriormente se responde el cargo quinto de la demanda, desestimando los valores sugeridos en dicho escrito, por cuanto incurrió en error aritmético en la conversión e ignoró los parámetros sobre los cuales el fallo declaró a los procesados responsables del pago de los perjuicios morales y materiales.

Debe aclararse que lo resuelto para el cargo quinto de la demanda de casación se hace

extensivo al no recurrente, en virtud de los efectos favorables del mismo y dado que con ello se restablece la garantía vulnerada (artículo 229 del C.P.P.) a los sujetos procesales en mención.

El cargo prospera parcialmente.

Finalmente, ha de señalarse que con el análisis hecho en los considerandos de esta providencia, quedan resueltos los planteamientos de la parte civil.

Al quedar ejecutoriada esta decisión con la firma de la providencia por los Magistrados de la Sala, no procede recurso alguno contra ella.

En mérito de lo expuesto, la Sala de casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Estimar el cargo quinto formulado por el recurrente, casando parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, por haber vulnerado el principio de favorabilidad en la aplicación de las normas con base en las cuales condenó a NELSON JOSÉ FERNÁNDEZ FELIZZOLA y JORGE NORBERTO ARBELÁEZ CASTAÑO al pago de los perjuicios morales y materiales ocasionado con el delito de homicidio del que fue víctima LUZ MARGARITA MARÍN OCAMPO.

En consecuencia, se ordena modificar el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia dictada el 23 de abril de 2002 por el Juzgado Sexto Penal del Circuito con sede en la citada capital, en el sentido de que la indemnización es equivalente a \$62.065.900, suma que sustituye la frase “un mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales”. En lo demás quedan incólumes los fallos de instancia.

2. Desestimar los cargos primero, segundo, tercero y cuarto de la demanda de casación presentada contra la sentencia impugnada, de fecha, origen y contenido consignados en esta providencia.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

MARINA PULIDO DE BARÓN

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
CASTELLANOS

HERMAN GALÁN

Permiso

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO

Permiso

ÁLVARO O. PÉREZ PINZÓN
MILANÉS

JORGE LUIS QUINTERO

YESID RAMÍREZ BASTIDAS
PORTILLA

MAURO SOLARTE

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 C.S.J., Sent. de Cas., 22-05-03, Rdo. 20.756, M. P. MARINA PULIDO DE BARÓN

2 Auto de 2ª. Inst. R. 18874. Febrero 26 de 2002. M.P . FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL.

3 Cfr. C.S.J. Sentencia de 2 de junio de 2004. Rad. 20116. Ms.Ps. Dres. Herman Galán Castellanos, Mauro Solarte Portilla. Providencia en igual sentido C.S.J., Sala Penal, sentencia de agosto 27 de 2003, Exp. 17160.