

Proceso No 33.920

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

APROBADO ACTA N°. 74-

Bogotá, D.C., siete (7) de marzo de dos mil doce (2012).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Examina la Sala las bases jurídicas y lógicas de la demanda de casación discrecional presentada por el representante de la parte civil contra la sentencia dictada el 18 de noviembre de 2009 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Nominado Adjunto de Cali, que revocó el fallo emitido el 27 de mayo del mismo año por el Juzgado Primero Penal Municipal de esa ciudad, que había condenado a Manuel de Jesús Caicedo por el delito de lesiones personales culposas.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. El 22 de julio de 2003, en la Clínica Santillana de Cali, Dolly Maricel Bastidas Lenis se sometió a una intervención quirúrgica de implantación mamaria, inyección glútea y lipoescultura, la que practicó el cirujano estético Manuel de Jesús Caicedo.

Como quiera que para el tercer día del postoperatorio Dolly Maricel exhibía extensas zonas de enrojecimiento y úlceras de la piel del abdomen (eritema y epidermólisis), a las que sumó un intenso dolor, fiebre, vómito y malestar general, su hermana y una amiga llamaron telefónicamente al cirujano, quien después de varias horas acudió al domicilio de la paciente y tras auscultarla le informó que se trataba de un proceso normal de recuperación, sin ninguna otra especificación que limitarse a ordenar diez (10) sesiones de cámara hiperbárica.

El proceso de sufrimiento de la piel que inició probablemente con el trauma causado por la liposucción superficial que habría ocasionado la ruptura de los vasos sanguíneos de los planos superiores del abdomen, se agudizó durante la fase postoperatoria y avanzó hacia una necrosis tisular de gran tamaño y a una infección grave producida por *staphylococcus aerus* y *pseudomonas aeruginosa*, patologías que no recibieron tratamiento distinto por dicho galeno, a la orden de otras diez (10) sesiones de terapia hiperbárica, la receta de un medicamento que no comportó cubrimiento antibiótico adecuado en tanto no se dispuso el cultivo pertinente para identificar el germen infeccioso y, el desbridamiento de la piel ampliamente necrosada, tardío y no controlado mediante hospitalización.

La falta de atención completa y oportuna de tales padecimientos por parte del doctor Caicedo, obligaron a la señora Bastidas Lenis a consultar a otros profesionales de la salud, especializados en las áreas de dermatología e infectología y a acudir al servicio de urgencias de Comfenalco, siendo tratada hasta obtener completa cicatrización de sus heridas.

Como consecuencia de las lesiones causadas, se dictaminó una incapacidad médico legal definitiva de 45 días y secuelas consistentes en deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente.

2. Por estos hechos, el 30 de enero de 2004, Dolly Maricel Bastidas Lenis formuló denuncia ante la Dirección Seccional de Fiscalías de Cali¹.

3. El 3 de febrero del mismo año, la Fiscalía 25 Local de la misma ciudad dispuso la apertura de investigación previa².

4. Practicadas varias pruebas, el 28 de junio de 2006 se declaró formalmente abierta la investigación y se dispuso la vinculación mediante indagatoria de Manuel de Jesús Caicedo³.

5. Por resolución del 27 de febrero de 2007 se declaró cerrada la investigación⁴ y el 7 de mayo siguiente, se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra el indagado por la conducta punible de lesiones personales culposas (artículos 111, 112 inciso segundo, 113 inciso segundo y 120 de la Ley 599 de 2000)⁵.

6. El 6 de julio de 2007, el Juzgado Primero Penal Municipal de Cali asumió conocimiento del asunto y dispuso correr el traslado de que trata el artículo 400 de la Ley 600 de 2006.

7. La audiencia preparatoria se celebró el 31 de agosto siguiente⁷ y la de juzgamiento se llevó a cabo el 13 de abril de 2008.

8. El 27 de mayo de 2009 el Juez profirió fallo condenatorio contra Manuel de Jesús Caicedo en calidad de autor del delito de lesiones personales culposas, le impuso las penas principales de cuatro (4) meses, veinticuatro (24) días de prisión, multa en cuantía de cinco punto dos (5.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes y las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la sanción privativa de la libertad y de inhabilitación del ejercicio de la medicina por un (1) año. También lo sentenció al pago de \$149.360.610 -los que deberían ser actualizados con intereses corrientes o indexados hasta que se produzca el

pago- y ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales por concepto de perjuicios materiales y morales, respectivamente. Del mismo modo, le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena⁹.

9. Recurrida la decisión por la defensa, el 18 de noviembre de 2009, fue revocada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cali Nominado Adjunto, en el sentido de absolver al enjuiciado del cargo imputado¹⁰.

10. Contra la providencia de segundo grado, la parte civil interpuso¹¹ y sustentó el recurso extraordinario de casación¹².

11. En el traslado a los no recurrentes, la defensa del acusado presentó el alegato correspondiente¹³.

12. El proceso fue remitido a la Corte y asignado al magistrado ponente¹⁴.

13. La demanda de casación discrecional inicialmente se admitió por auto de ponente del 20 de mayo de 2010¹⁵ y una vez recibido el concepto de la Procuraduría General de la Nación¹⁶, pasó al despacho para emitir el fallo de rigor.

14. Mediante auto del 1º de marzo de 2012 la Sala de Casación Penal declaró la nulidad del referido auto admisorio para que fuera la colegiatura en pleno la que decidiera si hay lugar a conocer del recurso, razón por la que ahora esta Corporación se apresta a emitir la decisión correspondiente.

LA DEMANDA

En un primer memorial, al amparo del artículo 205 de la Ley 600 de 2000, el representante de la parte civil invoca la casación discrecional para el desarrollo de la jurisprudencia, específicamente en punto de la omisión al deber objetivo de cuidado

y la posición de garante de los médicos durante la fase del postoperatorio.

Al respecto, destaca que la Corte ha estudiado el tema de la imputación objetiva del resultado frente a la atención del paciente durante la intervención quirúrgica (sentencia del 22 de mayo de 2008, radicación 27.357) y que el Tribunal Nacional de Ética Médica conoció de una apelación (decisión del 18 de agosto de 2009 dentro del radicado 715) en la que confirmó la suspensión de un médico por descuidar una paciente sometida a liposucción durante el postoperatorio; pero es imperativo que la Corporación se pronuncie sobre el particular, como máximo tribunal de casación.

Para el censor también es trascendente que la Sala se pronuncie sobre “la libertad probatoria en relación con los testimonios de las personas allegadas a la víctima y a quienes les consta el deterioro de la salud por los signos y los síntomas visibles”¹⁷, así como frente “al consentimiento que debe firmar el paciente previa la información sobre los riesgos del procedimiento quirúrgico”¹⁸.

Por su parte, en la demanda una vez el impugnante hace una síntesis de los hechos y de la actuación procesal e identifica las partes y la sentencia impugnada, enuncia como pretensiones las de admitir el libelo, casar el fallo absolutorio para en su lugar, anularlo y proferir el de reemplazo “reviviéndose el de primera instancia”¹⁹ y, subsidiariamente, casarlo para condenar al procesado por el delito de lesiones personales culposas.

Enseguida, postula dos cargos; el principal, conforme a la causal tercera del artículo 207 de la Ley 600 de 2000 por la comprobada existencia de una irregularidad sustancial que afectó el debido proceso y el subsidiario, por violación indirecta de la ley sustancial en el sentido de falso raciocinio.

1. Primer cargo (principal).

Acusa el censor la sentencia de segunda instancia de haber sido dictada en un juicio viciado de nulidad por cuanto el juzgador de segundo nivel le dio plena validez a la historia clínica de la paciente aportada por la defensa durante el curso de la audiencia pública, en la que se daba cuenta de las ocasiones en que ella fue atendida por el acusado, pese a que el juez de primer grado manifestó sobre ese tópico que se abstenía “de hacer pronunciamiento alguno frente a los documentos aportados por ser pruebas extemporáneas”²⁰ y a que esta decisión no fue impugnada.

Resalta que al tenor del artículo 232 de la Ley 600 de 2000, los medios probatorios deben ser legal, regular y oportunamente allegados a la actuación. Así, explica que conforme a los artículos 401 y 403 ejúsdem, en la audiencia preparatoria le corresponde al juzgador decidir sobre las nulidades y pruebas a practicar en la audiencia pública o por fuera del despacho, según el caso.

Lo anterior, con el fin de facilitar el ejercicio del derecho de contradicción.

Así mismo, luego de aludir a los requisitos jurisprudenciales para denunciar en sede de casación la afectación de la estructura del debido proceso o de las garantías de las partes e intervinientes y a la causal de nulidad prevista en el artículo 306.2 ejúsdem, afirma que la nulidad que pregona, de carácter insubsanable, afectó los derechos fundamentales de su mandante en calidad de víctima en tanto corresponde a un asunto de seguridad jurídica, pues “si no hubiera tal enmienda cada fiscal y juez actuarían sin sujeción a dichas exigencias”²¹.

Cita el aparte del fallo de segunda instancia en el que se apreció la referida historia clínica y concluye que la irregularidad propugnada afectó sustancialmente el debido proceso y los derechos a la justicia, a la verdad y a la reparación de la señora Bastidas Lenis, en tanto “ese equivocadísimo e invalidado juicio de valor proveniente de la valoración de esa prueba ilegal, por ser extemporánea, fue soporte fundante para

erigir el fallo absolutorio”²².

Remata solicitando decretar la nulidad, aunque precisa que tratándose de un error in iudicando se debe proferir fallo de reemplazo que mantenga vigente la sentencia condenatoria de primera instancia, en los términos del artículo 217.1 ejúsdem.

2. Segundo cargo (subsidiario).

Al tenor de la causal primera, cuerpo segundo del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, el demandante acusa el fallo de segundo grado de incurrir en violación indirecta de la ley sustancial producto de falsos raciocinios que ocasionaron la aplicación indebida de los artículo 23, 25, 111, 112, 113, 117 y 120 del Código Penal, 232 del Código de Procedimiento Penal, a la falta de aplicación de los artículos 2, 7, 16 y 20 ejúsdem y 29 de la [Constitución Política](#) y a la violación intermedia de los artículos 232, 233, 137, 238, 244 a 247, 266, 277 y 284 a 287 de la Ley 600 de 2000.

Tras precisar que el reproche lo estructuraría desde el hecho indicador para demostrar que el examen probatorio del juez penal del circuito fue errado, el censor inicia el disenso asegurando que se desconoció el principio de libertad probatoria previsto en el artículo 237 ejúsdem pues si bien a efecto de “establecer la preexistencia de patologías o de perturbaciones funcionales o psicológicas o consecuencias somáticas, después de una intervención quirúrgica”²³ es relevante la prueba pericial médica, resulta equivocado sostener que a través de prueba testimonial -no experta- no es posible comprobar “las consecuencias visibles del deterioro de la salud de quien se encuentra en un proceso postoperatorio con síntomas y signos visibles”²⁴, como lo son las náuseas o el malestar que impide levantarse.

Después de citar los apartes pertinentes del fallo impugnado, el libelista acusa al juzgador de especular cuando afirmó que “el estado deplorable de la paciente era normal”²⁵, siendo que su delicado estado de salud la obligó a consultar con una dermatóloga y un

infectólogo. En ese orden, considera que la falladora desatendió las reglas de la experiencia pues si la perjudicada hubiera “contado con el cuidado y el apoyo del médico tratante, no habría presentado las complicaciones que se tradujeron en los síntomas destacados y declarados por las personas que estuvieron con ella en ese período posterior a la operación”²⁶.

A continuación, destaca que la juzgadora reconoció la infección severa que padecía su prohijada y luego de aludir a algunos apartes de la denuncia y a la ampliación de la misma en los que se sostuvo que para el galeno todo era normal, a las fotografías de la paciente, a las historias clínicas, al dictamen médico legal y a los testimonios de Nubia Lenith Bastidas, Ángeles Lemos Riascos y Floresmilda Vivas Castro (hermana, amiga y empleada doméstica de la víctima, en su orden), indica que ninguna de esas evidencias “le merecieron análisis al Juzgado de segunda instancia”²⁷, pero precisa que el ataque no lo enruta por el sendero del error de hecho por omisión de prueba sino por el del falso raciocinio pues asegura que “el examen global lo hizo virtualmente al arribar a las erróneas conclusiones que determinaron el fallo absolutorio”²⁸.

Concluye frente a este aspecto que de haberse valorado la prueba testimonial y documental conforme a las reglas de la sana crítica, en especial, “de la experiencia consistentes en que las personas cercanas a la víctima presenciaron directamente su acelerado deterioro de la salud física y psíquica; y las leyes de la ciencia derivadas de los informes, historias clínicas y peritazgos de los expertos de Medicina Legal”, se habría arribado a una sentencia condenatoria, al comprobar que el inculpado violó el deber objetivo de cuidado en el postoperatorio.

También la sentenciadora incurrió en un “errado análisis”²⁹ –dice el libelista– porque afirmó que se debía revisar el procedimiento antes y durante la cirugía, siendo que si bien uno puede depender del otro, se impone fraccionar cada una de las fases porque tienen un escenario independiente. En esa medida, “[e]l postoperatorio fue crucial

para el resultado antijurídico por la actitud del médico que dejó abandonada a su paciente víctima”³⁰. Así mismo, considera que si el procesado era una persona muy calificada, le era exigible un mayor deber objetivo de cuidado.

Predica la existencia de otro falso raciocinio derivado de que la juzgadora dijera que a la paciente se le ofreció “información sobre los riesgos del procedimiento quirúrgico, conjurándose con ello resultados típicos, antijurídicos y culposos en [su] humanidad”³¹, cuando lo cierto es que el cumplimiento de dicho deber no exime al médico de la responsabilidad que le asiste durante el postoperatorio.

Agrega que, “[l]as consecuencias de un postquirúrgico son científicamente predecibles y previsibles”³² a partir del estudio previo y concomitante a la intervención, de acuerdo con el deber objetivo de cuidado del médico, por lo que a juicio del recurrente, además de quebrantar los postulados de la lógica, es “paradójico con la evidencia y poco deferente con la víctima, afirmar que ella fue responsable de su suerte y alegremente y sin fundamento jurídico alguno liberar al sindicado de su compromiso con la paciente en la atención necesaria y urgente en ese proceso ulterior de la operación”³³.

Asevera que nada en el proceso indica que hubiera sido la falta de higiene en la casa de la perjudicada lo que ocasionó la infección, máxime cuando ella se preocupó por acudir a la dermatóloga y al infectólogo al evidenciar el abandono por parte del cirujano.

Cita el testimonio del médico general William Bejarano Iguita y concluye que contrario a lo deducido por la falladora, la ofendida sí se estaba cuidando, pero el tratamiento que siguió no le sirvió y tampoco tuvo la atención del enjuiciado para que le cambiara los medicamentos para conjurar la infección y sus efectos nocivos.

Cuestiona a la Ad quem por dejar de valorar integralmente el testimonio del referido galeno, también inferir que la negligencia fue suya y no de su procurada y por emplear el Internet para especular y desconocer la prueba obrante en el expediente

que prueban la existencia de las lesiones y la causa de ellas.

Igualmente, asevera que pese a que el testimonio de la doctora Martha Elena Campo Jiménez (dermatóloga) fue importante para el esclarecimiento de los hechos, apenas fue valorado en un tercio de hoja en el que por lo menos, aceptó que trató a su prohijada con antibióticos y medidas locales para el proceso infeccioso.

A partir de esta desprevenida declaración era posible establecer que “la situación patológica luego de la operación no era normal en ese tipo de cirugías”³⁴ y que hubo omisión al deber objetivo de cuidado durante el postquirúrgico pues fueron necesarios otros antibióticos.

Similar reparo formula en relación con el testimonio del médico infectólogo César Arango Jaramillo, el que asegura no fue examinado científicamente en su unitario contexto. Enseguida cita la declaración en sus apartes más sobresalientes.

Remata reiterando que i) la consulta en Internet “parece más una transcripción escueta carente de todo análisis con detrimento”³⁵ de la prueba recaudada, ii) la juzgadora pareciera abogar porque la perjudicada soportara el abandono de su médico y la imposibilidad de consultar a otros médicos, iii) la falladora incurrió en contradicciones al afirmar que la paciente pudo adquirir las bacterias en el quirófano pero que ello no se demostró.

Por último, achaca a la Ad quem el error de haber manifestado que contra la sentencia de segundo grado no cabe recurso alguno.

ALEGATO DEL NO RECURRENTE

El defensor de Manuel de Jesús Caicedo se opuso a la admisión de la demanda porque a su juicio el recurso de casación se interpuso de forma extemporánea como quiera

que la notificación al procesado de la sentencia de segunda instancia se surtió el 27 de noviembre de 2009, cuando venció el término de fijación del edicto (artículo 180 de la Ley 600 de 2000) y aquel no se intentó dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación, esto es, antes del 13 de enero de 2010, toda vez que el doctor Carlos Enrique Estela Suárez presentó dos escritos, uno el 26 de noviembre de 2009 y otro el 12 de enero de 2010 pero ninguno de ellos allegó en legal y debida forma con las ritualidades propias de la casación discrecional previstas en el artículo 205 ejúsdem, es decir, anunciando el fin que se persigue con el mismo, ya sea el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales.

Subraya así mismo, con apoyo en el auto del 24 de agosto de 1994 -no enuncia la radicación-, que cuando quien interpone el recurso es abogado, debe ser claro y contundente en su interposición, so pena de vulnerar el rigor que exige tal acto. El togado no cumplió con aquello porque en el primer memorial pretende que la Corte valore de nuevo las pruebas y en el segundo, invoca la vulneración de la ley sustancial y material.

De otra parte, destaca que no coincide el motivo de casación indicado por el referido abogado y por el doctor Eudoro Echeverry Quintana quien lo sustituyó, pues este invocó la casación discrecional para desarrollar la jurisprudencia, lo que significa que “no hay identidad temática desde la formulación del recurso”³⁶.

En todo caso, estima que la demanda no demuestra la necesidad de intervención de la Corte en el caso concreto ya que es mentira que el procesado haya abandonado a su paciente pues lo que sucedió fue que ésta se sustrajo voluntariamente al tratamiento y cuidado postoperatorio indicado por aquél, amén que no asistió a las citas de control respectivas.

Señala que las normas citadas por el censor no ofrecen ninguna duda frente a su interpretación. Además, lo descalifica por violentar los postulados de “coherencia, no

exclusión y no contradicción”³⁷, al invocar el principio de libertad probatoria y a la vez, admitir que no ignora la necesidad de la prueba técnica, la que justamente, excluye ese postulado en materia científica.

Desconoce el demandante –dice el togado- que en la sentencia de la Corte citada en el libelo, ella se pronunció respecto a cuándo un médico ostenta o no la posición de garante.

En cuanto al primer cargo, indica que el vicio pregonado no ocurrió pues fue cuando durante la audiencia pública el juez de conocimiento requirió al acusado para que manifestara si existían nuevos hechos relevantes al proceso que no hubiera dado a conocer en la indagatoria, que el encartado ejerció el derecho a la defensa material de carácter irrenunciable. Además, el representante de la parte civil tuvo la oportunidad de contradecir los hechos o contrainterrogar al enjuiciado pero no lo hizo.

Frente al segundo cargo, afirma que corresponde a un alegato de instancia y que no hizo una análisis de todas las pruebas que obran en el proceso, de tal forma que “a su amaño y conveniencia escoge algunas de ellas y a su vez oculta otras”³⁸.

En concreto, señala que el demandante se limitó a transcribir fragmentos de la prueba testimonial y a citar las historias clínicas, el dictamen médico legal y otras pruebas documentales guardando silencio sobre su contenido científico. Así mismo, lo culpa de no presentar la contraevidencia científica que permita criticar las consideraciones del fallo impugnado y de desatender la declaración rendida por el procesado en la audiencia pública y la historia clínica de la víctima.

Por último, concluye que el libelista “no realizó el nuevo análisis de la totalidad del acervo probatorio que obra en el plenario, tampoco efectuó confrontación alguna entre ellas, ni valoró las pruebas por él omitidas, ni indicó los postulados científicos correctos ni las leyes de la ciencia aplicables la (sic) caso específico”³⁹.

En consecuencia, solicita inadmitir la demanda y, en caso de serlo, no casar la sentencia acusada. Igualmente, pide tener en cuenta un memorial que obra en el cuaderno original de segunda instancia. Finalmente, destaca que el abogado Carlos Enrique Estela Suárez no tenía la calidad para sustentar a favor de la víctima el recurso de casación mediante escrito del 1º de marzo de 2010.

CONSIDERACIONES

1. Oportunidad del recurso extraordinario de casación.

1.1. Como quiera que el defensor del procesado alega en calidad de no impugnante que el recurso extraordinario de casación impetrado por el representante de la parte civil es extemporáneo, uno de los primeros propósitos de la Sala es determinar si este mecanismo fue interpuesto y sustentado oportunamente a favor de la víctima, pues, de lo contrario, la Corte no podría estar habilitada para conocer de fondo el asunto.

Con tal cometido, al verificar el expediente se advierte que proferido el 18 de noviembre de 2009 el fallo de segunda instancia, fue notificado personalmente al apoderado de la parte civil el 23 de noviembre de 2009, y a las demás partes, por edicto fijado el 25 del mismo mes y año, y desfijado el 27 siguiente. Ello significa que el término de quince (15) días para interponer el recurso -conforme al artículo 223 del Decreto 2700 de 1991, vigente para esa época en razón a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 210 de la Ley 600 de 2000 (y por obvias razones sin la modificación del artículo 101 de la Ley 1395 de 2010)- vencía el 12 de enero de 2010.

Por su parte, se observa que el recurso fue interpuesto por el abogado de la víctima Carlos Enrique Estela Suárez el 26 de noviembre de 2009, incluso cuando todavía se estaba surtiendo la notificación por edicto, lo que contrario a lo sugerido por el sujeto procesal opositor es perfectamente válido pues, el recurso de casación, en una interpretación concordada del artículo 223 ejúsdem con el 186 de la Ley 600 de 2000, se

puede interponer desde la fecha en que se haya proferido la providencia y hasta que hubieran transcurrido los quince (15) días siguientes a la última notificación de la sentencia de segunda instancia.

Ahora bien, la manifestación de impugnación fue del siguiente tenor:

“(…) INTERPONGO RECURSO DE CASACION para que ante la Honorable Corte Suprema de Justicia se valoren de manera más objetiva las pruebas OPORTUNAMENTE allegadas al plenario, ya que considero en esta segunda instancia se analizó el acerbo (sic) únicamente desde el punto de vista del sindicado, desconociéndose las pruebas técnicas y especializadas obrantes desde la etapa de Instrucción;

Por lo anterior, y aunque en la providencia de segunda instancia aquí atacada, se indica que contra al misma no procede RECURSO alguno, INSISTO en que a la ofendida lesionada se le están vulnerando esenciales aspectos y principios de derechos que ameritan una CASACION ESPECIAL del caso, a efectos de que bien apreciado el material probatorio debidamente discutido en cada instancia o etapa se case la irregular sentencia de segunda instancia”⁴¹ (Negrilla de la Corte).

Así mismo, mediante memorial de fecha “agosto 21 de 2007”⁴², pero presentado el 12 de enero de 2010 el mismo profesional del derecho aclaró que “el recurso que se interpone contra la sentencia de 2ª instancia No. 013, es el RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION, que de manera excepcional se debe conceder en el presente asunto por vulneración a la ley sustancial y material en las partes considerativas y resolutivas de la providencia en mención”⁴³. (Resaltado no original).

Puestas así las cosas, se tiene que tanto el memorial de impugnación como el de aclaración presentados por el apoderado de la parte civil fueron allegados a la actuación dentro de la oportunidad legal para interponer el recurso, en los que de forma diáfana e inequívoca se manifiesta la intención de este sujeto procesal de acudir al mecanismo

extraordinario de la casación excepcional.

Ahora, aduce la defensa que no era viable entender oportunamente interpuesta la impugnación, toda vez que en el documento respectivo no se hizo expresa referencia a los fines que se perseguían con la casación discrecional, procedente para delitos cuya pena sea inferior a ocho (8) años por virtud del artículo 205 de la Ley 600 de 2000.

Sin embargo, considera la Sala que una interpretación tan restrictiva cercena el núcleo esencial del derecho al acceso a la administración de justicia y no se justifica dentro del marco del Estado social y democrático de derecho que nos rige, en el que el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal garantiza a los asociados mínimas condiciones de justicia y equidad.

En el mismo escenario, no puede distraerse la atención en cuanto a que no resultaba indispensable que existiera absoluta consonancia entre el motivo de casación expresado en el memorial de interposición, el de aclaración y de sustentación, pues no solo el ordenamiento jurídico no consagra semejante ritualidad sino que es lógico pensar que siendo los actos de interposición y sustentación, dos fases perfectamente diferenciadas cuyo sentido y propósito es distinto, no cabe exigir al casacionista que la argumentación lógico jurídica del recurso se ciña a la dirección inicial consignada en la interposición de la impugnación, que seguramente podrá ser corta atendiendo que para ese instante pueden no ser completamente evidentes para el sujeto procesal los aciertos o yerros del fallo censurado, máxime cuando, como en este caso, ha operado el cambio de mandatario judicial entre los dos momentos procesales y que, de acuerdo con el principio de fundamentación debida, la demanda se debe construir con estricto apego a ciertos criterios técnicos de obligatorio cumplimiento.

Se debe significar entonces que ningún reproche podría endilgarse a los actos de

interposición y sustentación por no guardar exacta correspondencia entre la manifestación de la intención de acceder al recurso y la concreción de la misma en la sustentación del mecanismo por vía de demanda.

Tampoco era posible imponer al libelista que bajo una fórmula sacramental hubiera consignado en el memorial de interposición que se acudía desde ya al sendero de la casación excepcional o discrecional, lo que, en todo caso, se explicó en el escrito de aclaración allegado en término, pues lo que por vía jurisprudencial se ha venido exigiendo es que sea en el libelo que se concrete la ruta de ataque: ordinaria o discrecional y que de escogerse esta última, se indique y fundamente si lo procurado es el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales. Bastaba, pues con la mera manifestación de interposición del recurso de casación para que se entendiera debidamente agotada esta etapa.

Finalmente, no se remite a duda que el libelo respectivo fue allegado a la juzgadora de segundo grado dentro de los treinta días siguientes a que fuera concedido el recurso. En verdad, se percibe que por auto del 14 de enero de 2010⁴⁴ la juez de conocimiento concedió el recurso, que el término de traslado para sustentarlo se corrió por la secretaría entre el 15 del mismo mes y el 25 de febrero siguiente⁴⁵ y que tanto la “solicitud de casación excepcional o discrecional”⁴⁶ como la demanda propiamente dicha se presentaron el 25 de febrero de esa anualidad⁴⁷.

Por manera que, la denunciada extemporaneidad del recurso extraordinario no se consolidó frente al acto de interposición y, mucho menos, del de sustentación, lo que condiciona el rechazo de la pretensión de la parte no recurrente en el sentido de que se declare que la impugnación no fue oportuna.

1.2. Otro asunto que preocupa a la defensa es la incapacidad del abogado Carlos Enrique Estela Suárez para sustentar mediante escrito del 1º de marzo de 2010 el recurso de

casación a favor de la ofendida. Sin embargo, sobre tal inquietud, a la Sala le basta decir que este es un aspecto que quedó suficientemente clarificado antes de que el expediente arribara a esta Corporación.

Ciertamente, reemplazado el representante de la víctima conforme al poder legalmente conferido por ella al doctor Eudoro Echeverry Quintana y aportado a la actuación desde el 18 de febrero de 2010, era a éste y no a aquél a quien le compelia el deber de sustentar el recurso, tanto así que, de un lado, es el mismo doctor Estela Suárez quien mediante memorial allegado al proceso el 24 de marzo siguiente⁴⁸ aclara que era su “intención RETIRAR y/o solicitar NO TENER EN CUENTA”⁴⁹ el escrito que allegó el 1º de marzo del mismo año y, de otro, mediante auto del 25 de marzo de esa anualidad la sentenciadora accedió a esta petición porque advirtió que “el citado profesional del derecho fue desplazado en virtud del nuevo poder otorgado por la ofendida DOLLY MARICEL BASTIDAS LENIS, al doctor EUDORO ECHEVERRY QUINTANA a quien conforme a los términos del mandato conferido se le reconoció personería para actuar según lo dispuesto en auto de sustanciación del diecinueve (19) de febrero de la calenda”⁵⁰.

1.3. Una advertencia más. Solicita a la Corte el defensor que tenga en cuenta para los fines y efectos a que se contrae su alegato en calidad de no recurrente, un memorial que obraría a folios 450 a 470 del cuaderno original II segunda instancia.

Al respecto, una vez se constata que el documento al que hace referencia, es a la sustentación del recurso de apelación⁵¹, imperioso resulta precisar que no es posible acceder a su pretensión por la potísima razón de que los fines constitucionales y legales de ese mecanismo de impugnación son distintos a los del recurso de casación y que, en esa medida, la Corte solo se puede atener a los argumentos consignados por el demandante en su libelo y por el sujeto procesal no recurrente en su alegato correspondiente.

2. Sobre el examen lógico formal de la demanda.

2.1. En orden a derruir la doble presunción de acierto y legalidad que recae sobre el fallo de segundo grado, el recurso extraordinario de casación debe ser elaborado respetando las formalidades técnico jurídicas previstas en la ley y la jurisprudencia, según se trate de cada una de las causales establecidas en el artículo 213 de la Ley 600 de 2000.

En ese sentido, la demanda debe ser íntegra en su formulación, suficiente, clara y precisa en su desarrollo y eficaz en la pretensión, de tal suerte que se debe soportar en los principios que rigen el recurso extraordinario, en especial, los de claridad, precisión, fundamentación, prioridad, no contradicción y autonomía, sin que sea viable argumentar a la manera de un alegato de instancia. La proposición de los cargos exige escoger adecuadamente la causal y el sentido de la violación y, concretar el disenso en términos de trascendencia.

2.2. Verificado el libelo se advierte que en principio, la demanda no satisface íntegramente los presupuestos previstos en el artículo 212 del mismo Estatuto.

En efecto, no es viable acudir al motivo de la nulidad cuando quiera que el presunto error se estructure bajo la base de la valoración de un medio probatorio respecto al cual se haya quebrantado alguna de las reglas de producción o incorporación al expediente, o se hubiere dejado de apreciar por el juzgador aduciendo defecto de esa laya, siendo perfectamente válido.

Un error como el descrito sólo puede ser atacado por la ruta de la violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho en el sentido de falso juicio de legalidad por cuanto comporta un defecto in iudicando del sentenciador que se remedia con la exclusión de la prueba del acervo probatorio y, jamás uno que lesione la estructura del proceso o las garantías fundamentales de las partes o intervinientes y haga necesaria la invalidación del proceso.

En ese orden, el vicio que el censor atribuye a la valoración de la historia clínica aportada por el acusado, se debió alegar conforme al falso juicio de legalidad y no por el sendero de la nulidad.

Así mismo, la concreción de un error de hecho por falso raciocinio requiere la demostración de un ejercicio valorativo del funcionario judicial trasgresor de los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o las reglas de experiencia, es decir, de los principios de la sana crítica como método de apreciación.

Con tal fin, el libelista debe señalar con exactitud el medio de prueba sobre el que recae el yerro, identificar aquello que expresamente dice y se deduce de él, el mérito persuasivo otorgado al mismo por el juzgador, indicar y desarrollar con exactitud la regla lógica, la ley de la ciencia o la máxima de la experiencia o del sentido común mal aplicada por el juzgador al realizar el proceso valorativo de los medios de prueba, así como la que en debida forma le debió servir de apoyo, la norma de derecho sustancial que de forma indirecta resultó excluida o indebidamente aplicada o interpretada y por último, demostrar que de no haberse incurrido en el defecto, el sentido de la decisión adversa habría sido sustancialmente opuesto.

Esta metodología no fue cabalmente abordada por el censor pues aunque plantea algunas premisas que estructuran reproches de raciocinio por violación de las leyes de la sana crítica, como cuando aduce el desconocimiento del principio de libertad probatoria frente a la prueba testimonial no técnica, en otras ocasiones exhibe postulados de los que no se puede predicar universalidad o generalidad para ser consideradas como reglas de la lógica, de la experiencia o de la ciencia aplicables al caso concreto.

2.3. No obstante lo anterior, la Sala superará los defectos lógico argumentativos que exhibe el libelo, no solo porque atendiendo los fines de la casación, esto es, los de procurar la efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las personas que

intervienen en la actuación penal, la unificación de la jurisprudencia nacional y la reparación de los agravios inferidos a las partes con la sentencia demandada, en este caso, eventualmente a la víctima de la infracción penal, el asunto examinado resulta ser de gran relevancia jurídica, en la medida que la demanda deja ver los que podrían constituir posibles yerros in iudicando por parte del sentenciador de segunda instancia, sino dado que tratándose de una demanda que se enruta por la vía discrecional el conocimiento del asunto se impone para cumplir con los fines del inciso tercero del artículo 205 ejúsdem.

En verdad, se tiene que el mérito del sumario fue calificado con resolución de acusación por el delito de lesiones personales culposas, el cual está descrito en los artículos 111, 112 inciso segundo, 113 inciso segundo y 120 de la Ley 599 de 2000, adecuación típica que fue acogida en el fallo de primera instancia.

La conducta señalada tiene prevista una pena de 4.8 a 21 meses de prisión, supuesto objetivo que determina la improcedencia de la casación ordinaria en el caso concreto y que por lo tanto, obligaba al censor a acudir a la ruta excepcional, como en efecto lo hizo en escrito separado a la demanda, en el que procura la admisión de la misma para desarrollar la jurisprudencia en punto de la violación al deber objetivo de cuidado y la posición de garante de los médicos durante el postoperatorio, la aplicación del principio de libertad probatoria respecto de testigos no expertos o técnicos y la relevancia jurídica del consentimiento informado en asuntos relativos a la responsabilidad penal médica.

Tal como lo hace ver el demandante, es cierto que si bien la Corte se ha ocupado en varias oportunidades de estudiar el fenómeno de la infracción al deber objetivo de cuidado en asuntos concernientes al ejercicio de la medicina, entre ellos, en la sentencia del 22 de mayo de 2008, radicación 27.357, resulta del todo pertinente elaborar un concienzudo examen dogmático sobre el régimen de imputación penal en tratándose

de delitos culposos o imprudentes, causados por la creación o incremento del riesgo permitido -protocolo terapéutico- en la atención médica prestada por los médicos durante la fase del postoperatorio o postratamiento.

También, a efecto de precisar la metodología para establecer el riesgo permitido o jurídicamente desaprobado en la práctica médica, se ofrece oportuno revisar la importancia normativa del consentimiento informado que todo paciente o su acudiente debe suscribir, previo a someterse a una intervención corporal por parte de su médico tratante.

Igualmente, si bien no parece ser un tema novedoso el referido a la obligación del juzgador de emplear el sistema de persuasión racional con fundamento en el postulado de la libertad probatoria, para la Corte es oportuno reiterar el alcance de la prueba testimonial directa pero no experta frente a asuntos de naturaleza médica.

Por último, aunque el recurso de casación no constituye una instancia más en la que sea posible reabrir el debate probatorio ni emitir juicios de reproche propios de los jueces de conocimiento, la función de control constitucional que le es inmanente obliga a la Corte a verificar si el juicio de legalidad elaborado por el fallador de segunda instancia en el caso concreto, se aviene a la ley sustancial, especialmente, a los parámetros de valoración de la prueba que informan la sana crítica, ello con el fin de establecer si el derecho material se efectivizó en el asunto sometido a examen.

En consecuencia, se admitirá la demanda promovida por el representante de la parte civil.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

Primero. Admitir la demanda de casación presentada por el representante de la parte civil dentro del proceso penal tramitado contra Manuel de Jesús Caicedo, contra la sentencia del 18 de noviembre de 2009 proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Nominado Adjunto de Cali.

Segundo. Córrase traslado al Procurador Delegado en lo Penal por el término y para los fines del artículo 213 de la Ley 600 de 2000.

Tercero. Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aclaración de voto

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

Aclaración de voto

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Excusa justificada

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

ACLARACIÓN DE VOTO

Inicialmente debemos precisar que para proceder a plasmar las razones por las cuales aclaramos el voto respecto del auto proferido por la Sala el pasado 7 de marzo, por cuyo medio la Sala admitió la demanda de casación que a través de la vía discrecional interpuso el representante de la parte civil, conviene recordar que dicha providencia está precedida de una determinación del día primero de los mismos mes y año, no suscrita por nosotros⁵², en la cual se decretó la nulidad del auto admisorio del proveído adoptado por el Magistrado Ponente, para en su lugar disponer que fuera la Sala la que se pronunciara sobre el particular.

En efecto, en el auto del 1º de marzo de 2012 se adujo que como la decisión de admitir la demanda casacional “no se adoptó por el órgano colegiado en pleno, sino por el Magistrado Ponente y de acuerdo con el inciso tercero de dicha norma, constituye un imperativo que sea la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia la que profiera dicha

determinación si hay lugar a ello, se impone declarar la nulidad del auto del 20 de mayo de 2010 por cuyo medio se admitió la demanda, para que sean los magistrados que integran dicha Sala quienes verifiquen si el libelo satisface o no los requisitos mínimos de admisión del recurso de casación discrecional”.

Al respecto consideramos que en la citada decisión no se tuvo en cuenta el principio de instrumentalidad de las formas que gobierna la declaratoria de nulidades, según el cual, no procede la invalidación cuando el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el cual está destinado, por las siguientes razones:

1. Advertimos que ya la Colegiatura⁵³ había tenido oportunidad de señalar, que la admisión de la demanda por el sendero excepcional ha tenido lugar, tanto mediante auto de sustanciación del magistrado ponente, como a través de providencia de la Sala en la cual se delimitan los temas sobre los que versará el pronunciamiento de fondo del recurso, amén del concepto que al respecto debe emitir el Ministerio Público, sin que proceder de una u otra forma conllevara violación del debido proceso.

2. Tal como lo acredita el curso de este diligenciamiento, la declaratoria de nulidad no cumplió cometido diverso al de volver a surtir de manera innecesaria y contraria al propósito de evitar las dilaciones injustificadas, lo ya actuado.

3. No puede asumirse que si el inciso 3º del artículo 205 de la Ley 600 de 2000 dispone que “de manera excepcional, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, discrecionalmente, puede admitir la demanda de casación”, ello se refiera necesariamente a una decisión colegiada, pues tal precepto debe ser contextualizado con otras normas, como el artículo 172 del estatuto procesal del 2000, según el cual:

“Los autos de sustanciación serán dictados por el magistrado ponente, los autos

interlocutorios y las sentencias serán proferidas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia”.

En efecto, conviene rememorar que corresponde al censor al demandar por la vía excepcional expresar con claridad y precisión los motivos por los cuales debe intervenir la Corte, ya para pronunciarse con criterio de autoridad respecto de un tema jurídico específico, bien para unificar posturas conceptuales o actualizar la doctrina, ora para abordar un tópico aún no desarrollado, con el deber de indicar de qué manera la decisión solicitada tiene la dual utilidad de brindar solución al asunto y servir de guía a la actividad judicial, amén de que si la pretensión se orienta a asegurar la garantía de derechos fundamentales, tiene el deber de acreditar la violación e indicar las normas constitucionales que protegen el derecho invocado, así como demostrar su desconocimiento en el fallo recurrido. En todo caso, debe el casacionista cumplir con “los demás requisitos exigidos por la ley” (inciso 3º del artículo 205 de la Ley 600 de 2000).

Así las cosas, es evidente que si se dispone la admisión del libelo por considerarse “necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales”, en virtud del principio de limitación y dada la naturaleza esencialmente rogada del recurso de casación, la temática propuesta por el recurrente señalará el ámbito dentro del cual corresponde al Ministerio Público pronunciarse, y a la postre, también demarcará los tópicos sobre los que debe decidir la Sala en el fallo, desde luego, quedando a salvo su facultad oficiosa en punto de la protección de derechos o garantías.

De lo expuesto puede concluirse que, contrario a lo establecido en el auto del 1º de marzo de 2012, nada obsta para que la admisión discrecional de la demanda de casación sea adoptada mediante un auto de sustanciación proferido por el magistrado ponente, y más aún, es muy probable que en todo caso, tal decisión no corresponda a la Sala, salvo

que la interpretación gramatical y exegética del inciso 3º del artículo 205 de la Ley 600 de 2000 prime indebidamente sobre la interpretación sistemática de dicho precepto.

4. No sobra resaltar que si en una demanda de casación por el sendero discrecional se formulan varios reproches, algunos de los cuales son inadmitidos, es claro que el tema o temas de los cuales debe ocuparse el Procurador Delegado en su concepto, así como la Sala en el fallo, estarán referidos a aquellos contenidos en los reparos admitidos, sin que, entonces, sea indispensable que en el auto admisorio de la demanda se identifiquen tales aspectos, los cuales, se reitera, están dados por la misma demanda, dado el carácter rogado de la impugnación extraordinaria.

5. Únicamente a manera de ejemplo conviene traer a colación, que también en el inciso 1º del artículo 184 de la Ley 906 de 2004 se dispone que “vencido el término para interponer el recurso, la determinación se remitirá junto con los antecedentes necesarios a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para que decida dentro de los treinta (30) días siguientes sobre la admisión de la demanda” (subrayas fuera de texto), sin que la Corporación con una interpretación exegética haya entendido que la admisión del libelo es colegiada, sino del magistrado ponente⁵⁴, quien debe valorar si el recurrente ha orientado su labor a demostrar el quebranto de derechos o garantías fundamentales, lo cual exige contar con interés para impugnar, señalar la causal, desarrollar los cargos de sustentación del recurso y acreditar la necesidad del fallo de casación para cumplir alguno de los fines establecidos por el legislador en su artículo 180, esto es, la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios sufridos por éstos y la unificación de la jurisprudencia, so pena de resultar inadmitida la demanda, según lo establece el artículo 184 de la citada legislación adjetiva.

6. Respecto de la inadmisión de la demanda de casación tiene suficientemente dilucidado la Corte Constitucional, que debe efectuarse mediante auto

motivado de la Sala55, y así expresamente se dispone en el inciso 2º del artículo 184 de la Ley 906 de 2004.

7. Para concluir debemos señalar que de manera impropia en el auto del 7 de marzo del año en curso se decide, luego de destacar múltiples falencias técnicas de la demanda casacional, superar “los defectos lógico argumentativos que exhibe el libelo” porque “el asunto examinado resulta ser de gran relevancia jurídica”, proceder que no se aviene con la normativa que gobierna este diligenciamiento (Ley 600 de 2000), sino con el inciso 3º del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, sin que de manera alguna se aluda al principio de favorabilidad.

En suma, somos del criterio que no era procedente declarar la nulidad del auto admisorio de la demanda de casación mediante proveído del 1º de marzo de 2012, pues no se advierte violación de la estructura del proceso penal y tanto menos afectación de garantías que hicieran aconsejable retrotraer el diligenciamiento a fases superadas, pero, como luego de tal decisión se dispuso nuevamente admitir el libelo mediante proveído colegiado del pasado 7 de marzo, no nos queda camino diverso al de aclarar nuestro voto respecto de esta última decisión, en el entendido que debe darse curso a la actuación a fin de evitar las proscritas dilaciones injustificadas, muy a pesar de que, como ya se advirtió, se trate de una repetición de lo ya surtido.

En los anteriores términos dejamos sentada nuestra aclaración de voto.

Con toda atención,

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ
Magistrada

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
Magistrado

Fecha ut supra.

De conformidad con la preceptiva del inciso 3º del artículo 205 de la Ley 600 de 2000, “De manera excepcional, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, discrecionalmente, puede admitir la demanda de casación (...) cuando lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales, siempre que reúna los demás requisitos exigidos por la ley”.

es

“aunque es evidente que en el asunto examinado el defensor no invocó la casación excepcional y que la Corte le admitió la demanda sin suministrar las razones del por qué el caso era necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales, fijándose de esa manera el límite de la impugnación, se trata de una anomalía que no es lesiva del debido proceso como para pensar en acudir al mecanismo extremo de la nulidad.

El libelo contenía un cargo de nulidad que proyectaba la probabilidad de que al procesado se le hubieran transgredido sus derechos fundamentales al resultar condenado después de prescribirse la acción penal y esa circunstancia facultaba la intervención de la Corte en desarrollo de la discrecionalidad prevista en el último inciso del artículo 219 del Código de Procedimiento Penal de 1991 (modificado por el 1º de la ley 553). Y si bien es cierto esa razón debió aducirse en el auto admisorio de la demanda, retrotraer el trámite para hacerlo sería de una inutilidad manifiesta pues simplemente volverían a repetirse los pasos que se han surtido, lo cual significa que el acto irregular cumplió la misma finalidad que habría derivado del acto procesal regular y ello hace impropio la invalidación de lo actuado, en virtud del denominado principio de la instrumentalidad de las formas que rige en materia de nulidades.

5. Entonces: si no procedía la casación por la vía ordinaria, no era circunstancia para excluir la posibilidad de la admisión de la demanda invocada a pretexto legal de la necesidad del caso para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales. Y que, pese a no haberse determinado explícitamente por la Corte la razón de la admisión del libelo, aceptado el mismo y surtido el trámite legal respectivo, procede el examen atinente a la posible vulneración del debido proceso que se denunció en el primer cargo”⁵⁶ (subrayas fuera de texto).

“Sobre la naturaleza del auto por medio del cual se admite un libelo propuesto por la vía de la casación discrecional, el criterio de la Sala no ha sido uniforme, tanto a la luz de los preceptos del Decreto 2700 de 1991, como de la Ley 553 de 2000 y del nuevo estatuto procesal que reprodujo los de esta ley, pero que por virtud de la declaratoria de inexequibilidad de la sentencia C-252 de 2001⁵⁷, obligó a revivir el trámite dispuesto en el estatuto procesal derogado.

Así, se aprecia que en determinados casos la decisión de admitir el recurso por la vía excepcional se ha adoptado mediante auto de sustanciación y, en otras, a través de un auto interlocutorio proferido por la Sala, en donde se han expuesto las razones que conducen a la Corporación a admitir el recurso en la medida en que se satisfagan los motivos previamente establecidos por la ley”⁵⁸.

pasado 1º de marzo proCon el respeto debido a las argumentaciones y conclusiones de la Sala mayoritaria, procedo a exponer las razones por las cuales he salvado el voto frente a la decisión proferida el pasado 22 de junio del año en curso, por cuyo medio se inadmitió la demanda de casación presentada por la Fiscalía contra la sentencia dictada por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Ibagué el 14 de diciembre de 2010, mediante la cual revocó parcialmente el fallo emitido por el Juzgado Décimo Penal Municipal de la

misma ciudad, para en su lugar absolver al procesado VICENTE GUZMÁN FORERO.

De manera sintética puede señalarse que el impugnante denuncia en el primer yerro el hecho de tenerse por establecida en la sentencia impugnada una situación de urgencia, la cual fue desvirtuada por la misma historia clínica; en el segundo refiere la suposición del consentimiento informado del paciente, pese a que tal situación no ocurrió y el correspondiente documento se encuentra en blanco; en el tercero alude a la suposición judicial de que no había tiempo para surtir el protocolo de la etapa de preanestesia, aunque el anesthesiólogo tuvo horas anteriores a la cirugía para proceder a ello.

En el cuarto error denuncia que en la sentencia se tuvo como normal que el anesthesiólogo consintiera el suministro de la anestesia al paciente por parte de una auxiliar de enfermería, procedimiento que conforme a la jurisprudencia de esta Colegiatura depende exclusivamente del citado profesional.

Finalmente señala que los falladores asumieron el procedimiento de suministro de la anestesia al paciente como acorde a las reglas de la lex artis, sin tener en cuenta que no fue el anesthesiólogo quien lo efectuó, amén de que las órdenes ulteriores de reanimación y estabilización de la víctima fueron impartidas por otro profesional, el doctor Rodrigo Rubio.

Conforme a lo anterior advierto que tal como se reconoce en el proveído mayoritario, el demandante anunció que acudía a la casación discrecional, y si bien en el desarrollo del libelo no orientó su discurso a señalar con claridad y precisión los motivos por los cuales debe intervenir la Corte, ya para pronunciarse con criterio de autoridad respecto de un tema jurídico específico, bien para unificar posturas conceptuales o actualizar la doctrina, ora para abordar un tópico aún no desarrollado, o también, para asegurar la protección de derechos fundamentales, no debe olvidarse que de conformidad con la

preceptiva del inciso 3º del artículo 205 de la Ley 600 de 2000, la Sala está facultada para admitir discrecionalmente los libelos de casación presentados, “cuando lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales, siempre que reúna los demás requisitos exigidos por la ley” (subrayas fuera de texto).

En efecto, considero que en el caso de la especie se imponía admitir discrecionalmente el libelo, toda vez que en él se expone una serie de eventuales incorrecciones de apreciación probatoria, las cuales hacían por lo menos recomendable admitir la demanda, surtir traslado al Ministerio Público a fin de escuchar su concepto, y desde luego, emitir el fallo casacional que en derecho correspondiera.

No hay duda que si obran en la actuación pruebas acerca de que el doctor GUZMÁN FORERO no estuvo presente en la intervención y que por el contrario, al parecer fue reemplazado por una auxiliar de enfermería, tal situación ameritaba un análisis más detenido y profundo acerca de su eventual responsabilidad penal en procura de asegurar los derechos de la víctima de la “perturbación síquica de carácter permanente (cambios en la esfera mental a nivel de memoria con compromiso de memoria anterógrada y de fijación, de pensamiento, inteligencia, abstracción, de forma predominante)”.

En suma, soy del criterio que en asuntos como el abordado resulta especialmente útil la facultad otorgada por el legislador a la Corte para admitir “discrecionalmente” los libelos, siempre que ello se haga a instancia de alguno de los sujetos procesales, como ocurre en este caso, de modo que, reitero, lo aconsejable era admitir la demanda, surtir el traslado al Ministerio Público y proferir el respectivo fallo de casación.

En los anteriores términos dejo sentado mi salvamento de voto.

Con toda atención,

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Magistrada

Fecha ut supra.

1 Cfr. folios 1-2 del cuaderno original 1.

2 Cfr. folio 4 ibídem.

3 Cfr. folio 83 ibídem.

4 Cfr. folio 176 ibídem.

5 Cfr. folios 208-216 ibídem.

6 Cfr. folio 224 ibídem.

7 Cfr. folio 235 ibídem.

8 Cfr. folios 343-363 del cuaderno original 2.

9 Cfr. folios 426-451 ibídem.

10 Cfr. folios 487-506 ibídem.

11 Cfr. folio 513 ibídem.

12 Cfr. folios 521-543 ibídem.

13 Cfr. folios 559-578 ibídem.

14 Cfr. folio 2 del cuaderno de la Corte.

15 Cfr. folio 29 ibídem.

16 Cfr. folios 6-36 ibídem.

17 Cfr. folio 4 del memorial de casación discrecional a folio 524 ibídem.

18 Cfr. folio 7 del memorial de casación discrecional a folio 528 ibídem.

19 Cfr. folio 5 de la demanda a folio 534 ibídem.

20 Cfr. folio 7 de la demanda a folio 536 ibídem.

21 Ibídem.

22 Cfr. folio 8 de la demanda a folio 537 ibídem.

23 Cfr. folio 9 de la demanda a folio 538 ibídem.

24 Ibídem.

25 Cfr. folio 10 de la demanda a folio 539 ibídem.

26 Ibídem.

27 Cfr. folio 12 de la demanda a folio 541 ibídem.

28 Ibídem.

29 Cfr. folio 13 de la demanda a folio 542 ibídem.

30 Ibídem.

31 Ibídem.

32 Cfr. folio 14 de la demanda a folio 543 ibídem.

33 Ibídem.

34 Cfr. folio 15 de la demanda a folio 544 ibídem.

35 Cfr. folio 17 de la demanda a folio 546 ibídem.

36 Cfr. folio 9 del alegato del no recurrente a folio 567 ibídem.

37 Cfr. folio 10 del alegato de no recurrente a folio 568 ibídem.

38 Cfr. folio 18 del alegato de no recurrente a folio 576 ibídem.

39 Cfr. folio 19 del alegato de no recurrente a folio 577 ibídem.

40 El término para interponer el recurso de casación no venció el 13 de enero de 2010, como lo indicó erradamente el representante de la parte civil pues el 17 de diciembre no es un día hábil para la rama judicial.

41 Cfr. folio 513 del cuaderno original del expediente.

42 Así se expresa en el documento a folio 515 ibídem.

43 Ibídem.

44 Cfr. folio 516 ibídem.

45 Cfr. folio 517 ibídem.

46 Cfr. folio 521 ibídem.

47 Ibídem.

48 Cfr. folio 579 del cuaderno original 2.

49 Ibídem.

50 Cfr. folio 580 ibídem.

51 La Sala precisa que a folios 450-470 del cuaderno original 2, consta la parte final de la sentencia de primera instancia, las constancias de notificación personal y por edicto de esa providencia y el inicio del memorial de apelación al que hace referencia el defensor.

52 La Magistrada María del Rosario González Muñoz se encontraba de permiso, mientras que el Magistrado Sigifredo Espinosa Pérez estaba en comisión de servicio.

53 Providencia del 24 de junio de 2004. Rad. 18384.

54 Providencia del 24 de noviembre de 2005. Rad. 24233.

55 Sentencia C-252 del 28 de febrero de 2001.

56 Providencia del 30 de junio de 2004. Rad. 18368.

57 Sentencia C-252 de febrero 28 de 2001.

58 Providencia del 24 de junio de 2004. Rad. 18384.