



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal
Sala de Decisión de Tutelas n.º 2

HUGO QUINTERO BERNATE

Magistrado Ponente

STP6977-2022

Radicado 123345

Acta No. 088

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de abril de dos mil veintidós (2022).

V I S T O S

Resuelve la Sala la acción de tutela interpuesta por LUIS ROBERTO PARODI MARTÍNEZ, contra la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, por la presunta vulneración de su derecho fundamental al debido proceso.

Al trámite fueron vinculados el Juzgado 1º Promiscuo del Circuito y el Procurador 265 Penal I de San Juan del Cesar (Guajira), el Procurador Judicial Penal de Riohacha, la Fiscalía 1ª Seccional de Fonseca, los señores Milton Alcides Mejía Corzo, Roberto Luis Sierra Gutiérrez, Juan Carlos Soto Balan, Carlos José Parodi Saltaren, Franklin Alejandro Sarabia Ortiz, Jhoanneth Medina Pérez, Yuraica Patricia Pareja Churio, Francisco Alberto Monsalve Iguarán, Moisés Enrique Daza Mendoza y Ana María Pertuz Cerchar, así

como las demás partes e intervinientes dentro del proceso ordinario penal con radicado 442796001083201600425.

I. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

1. De la demanda y documentos aportados al plenario se desprende que LUIS ROBERTO PARODI MARTINEZ presentó denuncia penal en contra de Milton Alcides Mejía Corzo, Roberto Luis Sierra Gutiérrez, Juan Carlos Soto Balan, Carlos José Parodi Saltaren, Franklin Alejandro Sarabia Ortiz, Jhoanneth Medina Pérez, Yuraica Patricia Pareja Churio, Francisco Alberto Monsalve Iguarán, Moisés Enrique Daza Mendoza y Ana María Pertuz Cerchar, por haber ejecutado estos *«dolosamente procedimientos clínicos o administrativos que atentaron contra la vida»* de su menor hijo Alejandro Vicente Parodi Salinas, concretamente, porque *«le aplicaron o permitieron que se aplicara un medicamento antibiótico, sin hacerle la prueba cutánea pertinente. Fue así, que el menor desencadenó una reacción alérgica que le pudo haber causado la muerte (abril y mayo de 2003). Posteriormente (octubre de 2012), y pese a los antecedentes clínicos y advertencias de sus familiares, nuevamente en distintas dosis se suministró al menor PARODI SALINAS, el susodicho antibiótico causándole la manifestación alérgica que puso en riesgo su existencia»*¹.

La fase de indagación fue asumida por la Fiscalía 1ª Seccional de Fonseca (Guajira), quien adelantó ésta por el delito de homicidio tentado. El 4 de octubre de 2017, la referida delegada radicó solicitud de preclusión de la

¹ Así se registra en el ítem de los hechos de la decisión proferida por el tribunal demandado.

investigación, con fundamento en las causales 1, 4 y 6 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

Mediante fallo del 24 de agosto de 2021 el Juzgado 1° Promiscuo del Circuito de San Juan del Cesar estableció acreditada la causal 4ª y accedió a la preclusión reclamada, decisión que fue apelada por la apoderada de la víctima, siendo declarado desierto el recurso por la Sala Penal del Tribunal Superior de Riohacha, por indebida sustentación, a través de proveído del 9 de marzo de la presente anualidad.

A juicio del promotor del resguardo, la Corporación accionada no valoró las pruebas aportadas *«y desconocieron la intervención de mi abogada... en la audiencia de preclusión... además mantuvieron y le dieron validez de manera irregular y/o corrupta al dictamen pericial ilegal e irregular del médico neumólogo – alergólogo Dr. Ángel Eleison Maya Daza (Q.E.P.D.) en donde se aludió que no podía ser perito porque estuvo preso por seis (6) años como autor de los delitos de peculado... el dictamen... está fuera de contexto y es contrario a la valoración médica legal del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias forenses... de fecha 05/11/2014... donde se describe que hubo mal manejo de los antibióticos...»*.

De igual modo, agregó, se dio validez al dictamen pericial *«irregular»* del pediatra Dr. Hernando Pinzón Redondo, sosteniendo que el Cuerpo Colegiado no tuvo en cuenta las secuelas de su hijo, en tanto que el Tribunal de Ética Médica también desatendió el dictamen de Medicina Legal.

De otro lado, sostuvo que los delegados de la Procuraduría dejaron de asistir a la audiencia de lectura de fallo, *«omitiendo un acto propio de sus funciones»*, acotando, además, que la profesional del derecho que fungió como

apoderada de víctimas *«posiblemente de manera irregular no sustentó el recurso de reposición que interpuso conociendo del caso...»*.

2. Bajo esas circunstancias, la parte actora acude al juez constitucional para que, en amparo de la prerrogativa fundamental invocada, **intervenga** en la investigación penal con radicado 442796001083201600425 y **ordene** a la Corporación de segunda instancia que *«anule los fallos de preclusión... y se devuelva el expediente a la Fiscalía a los indiciados... Seccional 01 de Fonseca... para que se acuse, formule e impute cargos y gestione la medida de aseguramiento a los indiciados»*.

II. TRÁMITE DE LA ACCIÓN

Mediante auto del 7 de abril de 2022 la Sala admitió la demanda y dispuso correr el respectivo traslado a las autoridades y partes mencionadas, para que ejercieran su derecho de defensa y contradicción.

El Juzgado 1° Promiscuo del Circuito de San Juan del Cesar informó que el 24 de agosto de 2021 profirió decisión mediante la cual decretó la preclusión de la acción penal a favor de Juan Carlos Soto Balan, Carlos José Parodi Saltaren, Franklin Alejandro Sarabia Ortiz, Francisco Alberto Monsalve Iguarán, Jhoanet Medina Pérez, Yuraica Patricia Pareja Churrio, Francisco Alberto Monsalve Iguarán y Ana María Pertuz Cerchar, proveído en el que, además, ordenó a la Fiscalía 1ª Seccional de Fonseca remitir las actuaciones correspondientes a los hechos acontecidos en el año 2003, donde se vinculó a Milton Alcides Mejía Corzo, Roberto Sierra y Moisés Enrique Daza Mendoza, a la fiscalía delegada para los procesos regidos bajo la Ley 600 de 2000.

La aludida determinación, agregó, fue apelada por la defensa de la víctima, concediéndose el recurso ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Riohacha, quien, en providencia del 9 de marzo pasado, lo declaró desierto.

A su turno, el Procurador 160 Judicial II de Riohacha, en relación con la manifestación del accionante que da cuenta de que no asistió a la audiencia de lectura de auto en segunda instancia, dijo que aquél desconoce que la presencia del Ministerio Público, en la Ley 906 de 2004, no es como sujeto procesal, sino como interviniente especial, o con una participación contingente en el proceso para la defensa del orden jurídico, patrimonio público y el respeto por las garantías y derechos fundamentales, por lo que no era obligatoria su comparecencia en esa audiencia.

La abogada Darquis Elena Mendoza Bautista, apoderada de la víctima en el trámite ordinario, apuntó que en su momento consideró que la decisión adoptada por la Magistratura *«estaba acorde a derecho y contaba con todo los elementos materiales probatorios necesarios para emitir dicho auto confirmando la decisión adoptada por el togado en primera instancia, por lo tanto considere de mi parte no interponer recurso alguno ya que sería una acción temeraria y sin fundamentos ni elementos de convicción para desvirtuar la decisión tomada...»*.

A pesar de haber sido notificados, los demás convocados al trámite no se pronunciaron dentro del término concedido para tal efecto.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Conforme a las previsiones establecidas en el Decreto 333 de 2021, modificadorio del Decreto 1069 de 2015, esta Sala es competente para conocer de la acción de tutela promovida en contra de la Corporación demandada.

2. En el caso bajo estudio, pretende el promotor del resguardo que se anulen las decisiones adoptadas por los jueces de conocimiento, a través de las cuales se decretó la preclusión del proceso con radicado 442796001083201600425, y se ordene la devolución del expediente con destino a la Fiscalía 1^a Seccional de Fonseca (Guajira) para que formule imputación y solicite medida de aseguramiento en contra de quienes figuran allí como indiciados.

3. Pues bien, descendiendo al caso concreto, la Sala encuentra necesario recordar que la acción de tutela no tiene connotación alternativa o supletoria, es decir, su ejercicio no puede darse en forma paralela a los medios de defensa judiciales comunes, ni tampoco se instituyó como último recurso al cual se pueda acudir cuando aquéllos no se ejercitan o, habiéndolo hecho, resultan desfavorables al interesado.

Bajo ese entendimiento, advierte *prima facie* la Corte que no se satisface el requisito que tiene que ver con el agotamiento de todos los medios –ordinarios y extraordinarios– de defensa judicial al alcance de la persona afectada con la actuación o la decisión emanada de la autoridad pública comprometida. Ello por cuanto se observa

que el gestor del amparo, en el marco del trámite ordinario referenciado, pese a promover, a través de su representante judicial, el recurso de apelación contra el fallo dictado por el Juzgado 1° Promiscuo del Circuito de San Juan del Cesar que le fue desfavorable, el mismo fue declarado desierto por indebida sustentación, sin que, además, esta determinación hubiese sido recurrida en reposición y eventualmente en queja, lo cual, en últimas, condujo a que el Juez Natural, esto es, la Sala Penal del Tribunal de Riohacha, no examinara de fondo los motivos de inconformidad que le asisten en relación con la providencia que, en primera instancia, decretó la preclusión de la investigación.

Por tanto, encuentra la Sala que ROBERTO PARODI MARTÍNEZ pudo controvertir el proveído de primer grado a través del precitado mecanismo, aduciendo argumentos similares a los expuestos en la demanda de tutela; empero, optó por no hacerlo.

De manera que resulta inadmisibles que ahora pretenda subsanar tal proceder, a través de esta vía excepcional de protección, pues como de manera reiterada lo ha sostenido la Corte Constitucional *«una de las condiciones de procedibilidad de la acción de tutela, consiste en que el accionante no sea responsable de los hechos que presuntamente vulneran los derechos invocados, pues su finalidad no es subsanar los efectos del descuido en que haya podido incurrir...»* (C.C.S.T- 1231/2008), lo cual es expresión del principio **«Nemo auditur propriam turpitudinem allegans»**², que en tratándose del ejercicio de la acción de tutela implica que: *«(i) el juez constitucional no puede amparar situaciones donde la supuesta vulneración de un derecho fundamental, no se deriva de la acción u*

² Nadie puede alegar en su favor su propia culpa.

omisión de cualquier autoridad sino de la negligencia imprudencia o descuido del particular; (ii) la incuria del accionante no puede subsanarse por medio de la acción de tutela; (iii) la imposibilidad de alegar la propia culpa o desidia para solicitar la protección de un derecho cuyo riesgo ha sido generado por el mismo accionante» (C.C.S.T-1231/2008).

En ese orden, se aprecia evidente que el descuido puesto de presente permitió que la providencia de la Corporación accionada cobrara firmeza y, por ende, el fallo de preclusión dictado por el Juez Promiscuo del Circuito de San Juan del Cesar. Por consiguiente, como la parte actora no agotó dichos recursos, la solicitud de amparo se torna improcedente (numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991), tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional –Sentencia T – 1217 de 2003.

Debe resaltarse, también, lo referido por la profesional del derecho Darquis Elena Mendoza Bautista, quien señaló que, desde su óptica, la decisión adoptada no la percibió arbitraria y se ajustaba a la información probatoria allegada al expediente, razón por la que en su momento optó por no interponer recurso alguno *«ya que sería una acción temeraria y sin fundamentos ni elementos de convicción para desvirtuar la decisión tomada...»*.

Bajo tal derrotero, se tiene que, si bien los profesionales del derecho, adscritos a la Defensoría del Pueblo, deben actuar con probidad, lealtad y honradez, con el objeto de lograr la materialización del postulado constitucional consistente en la recta y cumplida realización de la justicia y los fines del Estado (canon 28-6 de la Ley 1123 de 2007), ello

no afecta el desempeño de su función de manera **discrecional**, facultad que ostentan en el ejercicio de la abogacía, toda vez que son los que poseen el conocimiento técnico, moral y ético sobre la materia, para respaldar los intereses de sus prohijados en las distintas causas que actúan como representantes judiciales o asesores (CC C-393-2006).

De este modo, interpreta la Corte que la mencionada litigante, de cara a lo preceptuado en el numeral 3° del artículo 31 de la Ley 941 de 2005³, aparte normativo que da cuenta de las obligaciones de los defensores públicos, no avizó la existencia de alguna violación de los derechos o garantías procesales que le asisten a quienes se presentaron como víctimas de la presunta infracción, que la condujeran a insistir en la interposición de recursos e informar a la Defensoría Regional sobre hipotéticos quebrantamientos, a fin de que esos pudieran ser contrarrestados.

Y es que, por demás, el actor no acreditó la existencia de yerro o falencia alguna constitutiva de una vía de hecho que hubiera debido ser percibida por la litigante. Sobre este punto, pertinente se estima traer a colación, *in extenso*, lo registrado en la sentencia del despacho *a quo*, en la que, entre otras cosas, se anotó:

(...) Del delito de tentativa de homicidio

El delito de homicidio está tipificado en el artículo 103 del CP, en los siguientes términos: "El que matare a otro, incurrirá en prisión de doscientos ocho (208) a cuatrocientos cincuenta (450) meses".

³ «Por la cual se organiza el Sistema Nacional de Defensoría Pública.»

Como se trata de un delito en grado de tentativa se aplica el dispositivo amplificador del tipo señalado en el artículo 27 del CP, que establece "el que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada.

Como se observa la tentativa solo admite la modalidad dolosa, por cuanto, a diferencia de la modalidad culposa, los actos ejecutados van dirigidos al resultado lesivo, mientras que en la culpa, el agente no tiene ni el mínimo deseo que se dé un evento dañino, solo que el acto imprudente o negligente desencadena en algo que el sujeto no quiere.

Además de que la actuación culposa para que sea delictiva ha de darse un resultado previsto como delito, en el caso del homicidio debe haber un muerto, si no hay la eliminación física de una persona, el delito no se da. No está prevista la modalidad culposa en el caso de la tentativa.

Caso concreto.

De las denuncias presentadas por el señor Luis Roberto Parodi Martínez y los elementos materiales probatorios allegados, se concluye que personal de la salud (médicos, enfermeras y auxiliares) de la ESE Hospital Nuestra Señora del Pilar de Barrancas (La Guajira) y de la clínica Someda de San Juan del Cesar (La Guajira), intentaron matar a su entonces menor hijo, ALEJANDRO VICENTE PARODI SALINAS. Dijo el denunciante que estos hechos ocurrieron en dos oportunidades, la primera comprende los días, 28 de abril de 2003 y del 12 al 20 de mayo del 2003 y por segunda vez el 22 octubre de 2012 al atender a su menor hijo; la primera vez, por cuanto le aplicaron el antibiótico

penicilina oxacilina, sin hacerle prueba a fin de determinar si era alérgico al mismo y la segunda, porque pese a las advertencias hechas a los médicos sobre los antecedentes de alergia purpura trombocitopenica medicamentosa producida por la aplicación de oxalicina, le aplicaron el mismo medicamento, por lo que considera, que ambas oportunidades pudieron haberle ocasionado la muerte.

Antes de iniciar el estudio de la preclusión, se comparte la posición de la procuraduría, al decir que los hechos relacionados con lo ocurrido en el año 2003, el despacho no tiene competencia ya que se rigen por la ley 600 de 2000, su ocurrencia es anterior a la vigencia de la ley 906 de 2004, cuya vigencia comenzó en el 2008 en este sector del país (artículo 530 de la ley 906). Como quiera que en las actuaciones regidas por ley 600 la fiscalía es la competente para decidir sobre las preclusiones, con esta finalidad se compulsarán las respectivas copias, en relación MILTON ALCIDES MEJÍA CORSO, ROBERTO SIERRA Y MOISÉS ENRIQUE DAZA MENDOZA.

De la preclusión.

Siendo que en la intervención de la defensora de víctima, se dice que siendo que la única causal que se alegó al momento de presentar el escrito de la solicitud de preclusión, fue la imposibilidad de continuar con la Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal (332-1), la que en su sentir no fue argumentada ni probada, debe despacharse desfavorablemente la petición de la fiscalía.

Sobre este punto se considera que siendo el procedimiento oral el que prevalece, la fiscalía puede en la respectiva audiencia hacer las adiciones o correcciones a que haya lugar sin que con ello se falte al debido proceso o se vulnere derecho alguno de los intervinientes, lo que incluso acontece con el escrito de acusación, que en la respectiva audiencia el funcionario puede, al formular oralmente la acusación, hacerlo (artículo 339 CPP), incluso, como

antes se anotó, de acuerdo a la Corte suprema de Justicia, el juez puede adecuar la causal a los hechos aducidos y probados como soporte de una causal equivocadamente señalada para pedir la preclusión.

De las causales aducidas en el escrito de solicitud de preclusión y en las diferentes sesiones en que se tramitó la misma.

Encuentra el despacho que la Fiscalía frente a la solicitud de preclusión solicitada por la causal 1ª del Artículo 332 del C. de P. P., en su exposición y el análisis realizado tanto de los hechos como de los EMP, no da cuenta de cuál evento es el que da lugar a la preclusión (prescripción, desistimiento, etc), si es por imposibilidad de iniciar o de continuar con la acción penal, como tampoco hace un análisis probatorio al respecto y menos descubre pruebas en ese sentido; lo mismo sucede en relación con la causal sexta del artículo 332 del CPP, esto es, imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, lo que es suficiente para despachar desfavorablemente la preclusión por dichas causales, pues era su deber argumentarlas y demostrarlas y solo se limitó a enunciarlas.

Se coincide de esta manera con lo dicho por el representante del Ministerio Público y la defensora de víctima, en sus intervenciones.

Cosa diferente con la causal de atipicidad de la conducta (332-4 CPP), en la que si bien no hace una exposición rigurosa, argumenta y expone los elementos que dan cuenta de la causal cuarta.

La Fiscalía solicitó la preclusión de la investigación por la causal 4ª del Artículo 332 del C. de P. P. "Atipicidad del hecho investigado." única parte legitimada para realizar tal solicitud durante la etapa preliminar de la investigación.

Cuando el homicidio, en este caso, no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, incurrirá

en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirla.

En el sub examine, el hecho punible que se le enrostra al personal de la salud a título de dolo y siendo que la misma se ha denunciado soportada en las intervenciones de los indiciados en un procedimiento médico, para su imputación, además de la demostración del ánimo de acabar con la vida del paciente, debe atenderse a lo dispuesto en las reglas que desarrollan la actividad médica, por demás riesgosa, cuya observancia en las normas que regulan el ejercicio de la medicina, releva a los profesionales de la salud de la responsabilidad penal, ya que tal conducta no queda cobijada por el tipo penal. En estos casos la imputación objetiva debe cimentarse en la falta del deber objetivo de cuidado, adicionando el propósito de violar dicho deber precisamente para obtener el resultado de muerte y de esa manera encubrir la intención macabra, como lo hace ver el señor Luis Roberto Parodi en su denuncia, de ahí que hable del consenso entre los indiciados para ocasionar el homicidio de su menor hijo.

Lo anterior encuentra respaldo en lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en la ya mencionada sentencia SP 1315-2019 Radicación N^o 46766 que expresa:

"Y es que si hay una actividad peligrosa en la que se debe consentir la existencia de un riesgo permitido, esa es la medicina. En verdad, se admite cierto nivel de exposición al daño inherente a su ejercicio, en tanto se trata de una ciencia no exacta cuya práctica demanda para el colectivo social la necesidad de aceptar como adecuada la eventual frustración de expectativas de curación o recuperación, siempre que no se trascienda a la estructuración de una aproximación al daño evitable o no tolerado."

Al respecto ya se ha legislado a través de la Ley 23 de 1981 por la cual se dictan normas en materia de ética médica, que en algunos de sus artículos acentúa lo expresado en precedencia:

"ARTÍCULO 16. La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efectos del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto. El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados".

En el mismo sentido el artículo 13 del Decreto 3380 del 1981 prevé:

"Teniendo en cuenta que el tratamiento o procedimiento médico puede comportar efectos adversos o de carácter imprevisible, el médico no será responsable por riesgos, reacciones o resultados desfavorables, inmediatos o tardíos de imposible o difícil previsión dentro del campo de la práctica médica al prescribir o efectuar un tratamiento o procedimiento médico".

Para soportar su solicitud, la fiscalía trasladó al despacho y a las partes los EMP y EF, obtenido durante la indagación preliminar. Entre lo más relevante e importante y lo cual fue objeto de un concienzudo análisis se tiene: el dictamen pericial rendido por el Dr. Ángel Maya Daza, el 25 de agosto de 2014, que dice "En mi concepto el paciente fue manejado adecuadamente y por el médico adecuado: PEDIA TRA. En cuanto al proceso alérgico, el paciente no manifiesta antecedente alguno de alergia... Las Patologías alérgicas pueden aparecer en cualquier situación de la vida y en el 90% de las personas con antecedentes alérgicos familiares. Las pruebas alérgicas no son procedentes en caso de urgencia hospitalaria, mucho menos en pacientes que no manifiestan antecedentes alérgicos. Las enfermedades alérgicas por drogas, no se habla de secuela alguna, si no que el paciente puede seguir presentando cuadro clínico alérgico, los cuales deben ser tratados por medicina especializada en alergia." Por lo anterior es claro

para el despacho que el procedimiento utilizado y las medicinas suministradas por los médicos que atendieron al paciente, no fueron orientadas a causarle daño, y que la reacción alérgica presentada se trató de una situación específica. Se tiene que los médicos hicieron lo pertinentes para mejorar y preservar la salud del paciente hasta cuando sus conocimientos profesionalismo y ética se lo permitió, dando traslado a otra especialidad o aun centro de salud de mayor complejidad; de ahí que este despacho acoge la tesis del Ministerio Público. No se comparte lo dicho por la defensora de víctima, cuando fundada en lo dicho por el denunciante advierte de un dolo, que no encuentra el menor respaldo probatorio. Máxime si atendieron al menor en diferentes y distantes épocas (2003 y 2012) y en caso de que la voluntad de los galenos hubiese sido dejar morir al paciente, no se ven razones para que no hubiesen logrado su propósito delictivo; de manera que la muerte no se da porque se hizo lo correctamente dispuesto en materia de atención médica, sin el menor interés de lesionar al paciente. Merece credibilidad el profesional de la medicina, porque además de dar un concepto coherente y consonante con la historia clínica, encuentra respaldo en otros conceptos de otros profesionales de la medicina. De manera que no se puede restar importancia a este concepto solo que tenga un antecedente, que como bien lo dijo el fiscal, no guarda relación con su idoneidad como médico, ni con su ética médica.

"El médico no puede desprenderse de cualquier forma del paciente a quien ha comenzado a atender, toda vez que la suerte de este último se encuentra estrechamente vinculada a la práctica iniciada por el facultativo, quien se ha convertido en el exclusivo conductor de su proceso de sanación.."

"Por tal motivo, si no se encuentra en condiciones fácticas o técnicas de prestar un servicio eficaz para conjurar el mal debe colocar al paciente en un centro de mayor complejidad o ante un profesional que, durante el lapso de tiempo que el

enfermo se encuentre bajo su órbita, se entiende que ha asumido el riesgo de su cuidado". (Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia Sentencia SP1315-2019 Radicación N º 46766, M. P. JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA).

Se estudió por parte de este despacho, el análisis de la historia clínica del paciente realizado por el doctor Hernando Pinzón Redondo, docente con la especialidad de pediatría e infectología de la Universidad de Cartagena en el que indica lo siguiente: "tanto la impresión diagnóstica derivado de los hallazgos del examen físico como el tratamiento antibiótico instaurado fueron el adecuado además que se solicitó la valoración por ortopedia por tratarse de una urgencia ortopédica... puede afirmar que tanto el tratamiento médico como el quirúrgico fueron eficaces. En cuanto a la reacción presentada en la piel, no tiene relación con su proceso infeccioso de base y puede ser secundario a una reacción de hipersensibilidad idiosincrática a los antibióticos con que fue tratado, por lo anterior concluyo que el diagnóstico y tratamiento fueron eficaces, aunque hubo un retraso en el procedimiento quirúrgico que no tuvo ningún impacto en la aparición de secuelas."

Dictamen que no deja entrever sesgo alguno, advirtiendo un retraso en el procedimiento quirúrgico, que podía fundamentar un delito culposo, que en el caso no tendría cabida toda vez que la tentativa de homicidio culposo no existe, pues la responsabilidad culposa requiere de un resultado y aquí no lo hubo.

Las manifestaciones del profesional de la medicina especialista en pediatría e infectología, doctor Hernando Pinzón Redondo, confirman lo ya expresado por el alergólogo, doctor Ángel Maya, esto es, que el tratamiento médico como el quirúrgico aplicados por los galenos que atendieron al paciente en cada una de las instancias de su enfermedad, fueron eficaces, produjeron un resultado exitoso para contrarrestar la patología presentada. La actuación de todo el personal que atendió al menor buscó lo más

conveniente para el menor, circunstancia que, de paso, excluye que hubiere querido poner en riesgo su salud En cuanto a la reacción alérgica, también coinciden los dos profesionales de la salud, al decir que es una reacción que nada tiene que ver con el proceso infeccioso inicial de Alejandro Vicente, que pudo ser secundario a una hipersensibilidad al medicamento, indicante de que eso suele pasar en casos particulares, donde los pacientes pueden presentar reacciones adversas a un tratamiento, siendo un riesgo permitido, con la confianza que las reacciones contrarias serán temporales y no dejarán ningún tipo de secuelas como en efecto así ocurrió, según lo manifestado además por la madre del menor y por su abuela en entrevistas realizadas por la fiscalía.

También en su declaración, el doctor Carlos José Parodi Saltaren había dicho, lo manifestado por los especialistas, esto es, que el procedimiento fue el adecuado, que en caso de urgencia no tiene lugar la prueba de tamizaje.

La madre del denunciante, señora Denis Marina Guerra Martínez, el día 27/01/2017. (fl. 70-71 C-2) en entrevista manifiesta que, "su nieto Alejandro Vicente Parodi Salinas se encuentra bien de salud, tiene 15 años, está en 10^o grado, es un niño inteligente, no tuene ninguna clase de problemas de salud", es decir, que a raíz de la intervención médica cuestionada por el denunciante, ningún consecuencia para salud le accionó a ALEJANDRO VICENTE la acción de los procesados y por el contrario goza de una buena salud. En el mismo sentido se pronunció la madre de ALEJANDRO VICENTE.

También, sin acuerdo alguno, el Tribunal de Ética del Magdalena, Cesar, Guajira y el Distrito de Santa Marta, 10 de junio de 2015, como consecuencia de la queja presentada por el aquí denunciante, por el caso que ahora ocupa nuestra atención, concluyó que "en el caso presente no se advierte que hubiera existido fallas en las conductas de los médicos del Hospital Nuestra Señora del Pilar de Barrancas Guajira... en sede de

instancia no hay lugar a endilgar responsabilidad de tinte ético disciplinario" y por tal razón resolvió "no abrir investigación contra los médicos de la E.S.E. Hospital Nuestra Señora del Pilar de Barrancas La Guajira y ordenar el archivo de la presente investigación. " Ante el recurso de apelación presentada por el quejoso Luis Roberto Parodi, El Tribunal Nacional de Ética Médica confirmó la anterior decisión, llevando más a la conclusión que las conductas desplegadas por los médicos que atendieron al paciente no estuvieron orientadas a causar un daño en la salud del mismo, mucho menos a transgredir el bien jurídico tutelado por la ley penal como es el de la vida.

La defensora de víctimas hizo una exposición afirmando que el delito por que se tramita este proceso ocurrió dos veces, que el actuar de los médicos que atendieron a su menor hijo fue negligente, imprudente, dolosa y criminal. Sobre este particular resulta contradictorio jurídicamente afirmar que una conducta es imprudente y negligente y al mismo tiempo dolosa, pues son dos formas de culpabilidad que se excluyen. De esta forma, la defensora, se opone a los dictámenes periciales presentados por los especialistas de la medicina, sin ningún soporte probatorio o jurídico. Resultó ser una exposición del padre de la víctima, a través de su defensora, basada en meras apreciaciones personales huérfanas de acreditación probatoria y contrario a los elementos probatorios aportados que demuestran la atipicidad de la conducta, por la cual la fiscalía solicitó la preclusión de la investigación.

Por su parte los dos defensores se acogieron a las proposiciones hechas por la fiscalía y el representante del Ministerio Público.

Acorde con lo anterior, este despacho llega a la conclusión de que, en este caso es procedente declarar la preclusión de la investigación a favor de los investigados por atipicidad de la conducta, por considerar que se encuentran acreditados los

supuestos que estructuran dicha causal, al tenor de lo dispuesto en el artículo 332, numeral 4º de la Ley 906 de 2004.

No hay un elemento probatorio que dé cuenta de la intención de los indiciados en eliminar físicamente al menor ALEJANDRO VICENTE PARODI SALINAS, sino por el contrario, un interés de curarlo, de evitar un desenlace fatal, lo que le ha permitido al menor de entonces, tener una vida normal y saludable como lo dicen la madre y la abuela de quien fuera el paciente en aquella ocasión.

Este despacho ordenará a la fiscalía 001 Seccional de Fonseca, La Guajira remitir las actuaciones correspondientes a estos hechos, al Fiscal seccional delegado para Ley 600 de 2000, para que realice las indagaciones correspondientes a los hechos denunciados con ocasión a una intervención médica en el año 2003.

Bajo ese hilo conductor, la Corte precisa que las divergencias por valoración probatoria no son violatorias, *per se*, de derechos fundamentales y, en esa medida, la acción de tutela no procede para impugnar providencias judiciales cuando el supuesto afectado simplemente no coincide con la posición del funcionario, pues las vías de hecho son defectos graves en el ejercicio de la actividad jurisdiccional que comprometen el debido proceso y la integridad del ordenamiento jurídico, categoría en la que no encajan las discrepancias en la apreciación de pruebas.

Por consiguiente, al no aparecer acreditada una actuación arbitraria por parte de los despachos judiciales accionado y vinculado, no sería posible acceder a la protección reclamada, habida cuenta que la decisión acusada no denota proceder ilegítimo que le permita actuar

al mecanismo constitucional escogido, como que lo resuelto por el Juzgado 1° Promiscuo del Circuito de San Juan del Cesar (Guajira) obedeció a una labor de hermenéutica y valoración probatoria en la que, por regla general, no puede inmiscuirse el juez de tutela, salvo que se aprecie, como se acotó, la materialización de una inequívoca vía de hecho que, por sus connotaciones y consecuencias, es de suyo excepcional.

Corolario de lo anterior, se negará el amparo reclamado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas 2 de 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. NEGAR por improcedente la protección invocada por LUIS ROBERTO PARODI MARTÍNEZ, de acuerdo con las razones anotadas en precedencia.

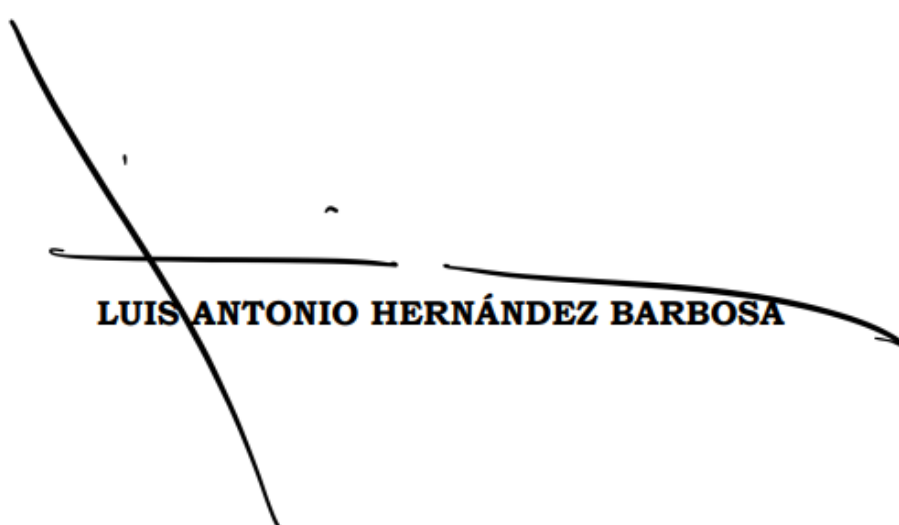
2. NOTIFICAR este proveído conforme al artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3. En caso de no ser impugnada, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

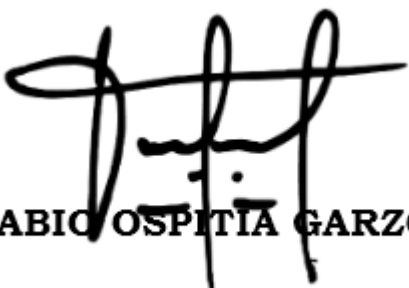
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



HUGO QUINTERO BERNATE



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



FABIO OSPITIA GARZÓN

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria