

HONORABLE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

M.P FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIO

HONORABLE MAGISTRADO

E.S.D

CASACIÓN NÚMERO INTERNO 57940

C.U.I.: 05001600020620081330501

Delito: Homicidio Culposo

Alegada víctima: Ángela María del Espíritu Santo Ruiz Villa (Q.P.D)

Acusado: **GERMÁN GARZÓN MOSQUERA**

Ref. **TRASLADO NO RECURRENTE. - ALEGATOS DE REFUTACIÓN DEFENSA.-**

SANTIAGO TOBÓN HERRERA, identificado con cédula de ciudadanía número 8160293 y T.P 158551 del C.S de la J, obrando en mi calidad de defensor contractual del señor Germán Garzón Mosquera y, por medio del presente escrito, procedo a descorrer el traslado como no recurrente en los siguientes términos:

La defensa, con la mayor urbanidad, solicita a la Honorable Corte **NO CASAR** la sentencia emitida por la Honorable Sala del Tribunal Superior de Medellín, por varias razones:

La defensa quiere compartir con La Corte una primera impresión que surge del caso en estudio y que consiste en lo siguiente: si se tiene como baremo lo vertido en las audiencias de formulación de imputación y de acusación en lo concerniente como aspecto fáctico o hechos jurídicamente relevantes se los encontrará distorsionados, completamente, en la sentencia de primer grado. Es el Tribunal quien, al retomarlos, tal y como fueran materia de imputación y acusación se decanta por la absolución. Para la defensa no es menor ni inofensivo el hecho de que la materia del proceso se haya dejado de considerar cabalmente en la declaración de justicia que, injustamente, encontró a mi mandante responsable. La incongruencia es ostensible. Lo factico del proceso, lo que jurisprudencialmente se concibe como inmutable llegó a la sentencia de primera instancia totalmente modificado, por la judicatura.

Es muy difícil pensar que en el pronunciamiento de la Señora Juez del Circuito la judicatura tuvo como base los hechos tal y como fueron imputados y acusados para mirar por su verdad y reflejar entonces esa idea material de justicia que es la sentencia. La sentencia de la Juez, en verdad, luce como extraviada, como salida y venida de un proceso diferente al que fue materia de juzgamiento. Al que fue preciso, para mantenerla, insertarle diversas y ficticias circunstancias

factuales que la Fiscalía nunca tuvo por ciertas en los juicios de imputación y acusación, tales como: que la paciente fue encontrada en estado de shock por el anesthesiólogo sobre las 13:00 horas del día de la operación, que antes estaba postrada en un estado de abandono por querer del acusado, que éste, como médico tratante, tenía un poder indisputable dentro del quirófano y que lo utilizó para que nadie diferente a él actuase, que había desoído los ruegos del anesthesiólogo por el traslado de la paciente a un tercer nivel y que fue éste quien dispuso el suministro de glóbulos rojos y nadie más, que las plaquetas de la paciente se habían consumido tratando de encontrar un sangrado que diera activo, etc. A ello se llega como conclusión solo si se observa nada más, como ya se expresó, lo relatado en las audiencias por la Fiscalía y lo que se terminó considerando como aspecto fáctico de la sentencia condenatoria. Ciertamente, dichas aseveraciones, las que hace la juez de primera instancia, para ser consideradas como hechos de la sentencia, como premisas del juzgamiento, que dicho sea de paso de ninguna manera brotan de la prueba, para sopesarlas luego de haberle dado oportunidad a la defensa de defenderse, ha debido conformar y hacer parte del componente fáctico imputado primeramente al ciudadano y en ningún caso optar, como se hizo por la Fiscalía y avalado por la Señora juez, por unos cargos indeterminados que en definitiva fueran de libre elección y confección para el juzgador para que amoldase como pudiera la declaración de justicia condenatoria. Partir de premisas erróneas han llevado sin duda a conclusiones inadmisibles.

Fue el Juez Colegiado el que vuelve por los fueros reales de los hechos que según la Fiscalía eran los de relevancia penal. Y así, con acierto, encontró que el cargo que presente la fiscalía de un delito imprudente debe comprender: 1) El sujeto 2) la acción 3) resultado físico y 4) violación al deber objetivo de cuidado que surge ya de la contemplación de las normas legales o de reglamento, del principio de confianza, del criterio del hombre medio o de la relación de causalidad. En verdad, en los delitos culposos el tipo de responsabilidad conlleva a que se diga sin ambages cual o en qué consistió realmente la violación al deber objetivo de cuidado pues dada su abstracción deviene obligatorio que se diga como fue que se concretó dicha violación. Como fue que, además, de dicha violación (acción u omisión) surgió el resultado dañoso no solamente por que, como dice la Sala del Tribunal, “ **forma parte estructural del delito, sino en atención a que del mismo es, precisamente, que debe defenderse el imputado o acusado**”.

Luego, la defensa es del criterio, que la Sala del Honorable Tribunal en una disección y análisis de cada uno de los hechos que fueron materia de imputación y acusación los da en calificarlos, con mucho acierto, de atípicos. Se repite, todos y cada uno de los hechos materia de imputación y de acusación fueron iguales

en cuanto a indeterminación y los que alguna concreción encontró devienen atípicos.

Así, el casacionista, parte por desconocer, por mucho que se esfuerce en la demostración de los cargos, que bajo las premisas fácticas que fueron imputadas a mi mandante nunca se habría podido edificar un fallo de condena comoquiera que desde el umbral del proceso, la misma Fiscalía, optó por imputar hechos carentes de relevancia penal por atipicidad. Adicional a ello, se ve patente, el proceso judicial penal aquí estuvo destinado a resolver un problema de medicina y no un problema de derecho sin lograr resolver ninguno de los dos.

Es que, el proceso mismo, está lleno de alusiones a conceptos médicos, biomarcadores, exámenes previos, exámenes de laboratorio, resultados de diferentes pruebas, inclusive leves y tenues conjeturas de diferente naturaleza sobre la causa de la muerte y ahora no se sabe si fue la anemia la primera causa, la causa desconocida por la que no debió operarse la paciente, o lo fue mejor una coagulopatía que era o no previsible, si la paciente fue debidamente re intervenida, si la segunda intervención era totalmente injustificada, si lo fue o estuvo justificada ante el evidente retraso en ser trasladada o mientras llegase el grupo sanguíneo, etc. Todo, con una desnaturalización de la finalidad del proceso tal que fue ninguna la capacidad demostrativa de la evidencia para hacer lucir la investigación hecha por la Fiscalía como una teoría única, sin otras tesis plausibles, y por demás sólida que mostrarse sin ambages a través de las sentencias que el hecho era imputable, más allá de duda razonable, al Dr. Garzón Mosquera. Ha dicho esta Honorable Corporación: *"En términos epistemológicos, la expresión más allá de duda razonable implica la constatación de cualquier versión plausible de responsabilidad penal sin otras alternativas plausibles de inocencia"*.

Bajo el ropaje de falsos juicios de identidad de la prueba en todas su versiones (adición, cercenamiento, tergiversación) que hacen lucir al Tribunal no como uno de justicia sino de confección de historias, la demanda, muestra, aunque desprovista de sindéresis, como algunos hechos que para el casacionista resultaron de relevancia y que pese a ello la Sala no los consideró, debiéndolo hacer, como que las declaraciones que la víctima era anémica, que los resultados de hemoglobina y hematocritos estaban por debajo del límite inferior de los valores de referencia, su condición de precesareada que llevó a la víctima a que en la cirugía potencialmente la haría sangrar más, si habría o no necesidad de un banco de sangre, etc. Pero es que ello, en nuestro sentir, no solamente no se presentó como lo afirma la Fiscalía en su demanda ni tampoco es producto de errores que haya cometido el Tribunal.

Acontece sí y en el proceso se vio que el perito de la Fiscalía parece decantarse por determinar o responder como puede ser una situación médica de cero riesgo para la paciente y entonces emite algunas opiniones personales. Entonces describe una clínica de tercer nivel, bancos de sangre, no lo dijo, claro que no, pero seguramente hubiera preferido, él y todos, un personal diferente de a tres por cada especialidad, graduados en las mejores universidades del mundo, pertrechados de la mejor tecnología en medicina, pero uno no puede dejar de preguntar cuanto de esto escapa a la posición que tenía mi mandante en ese entonces. Sin duda una EPS negligente y morosa en la atención, que no paga el profesional médico, y que hace que éste le toque trabajar con lo que sea que tenga a la mano.

Visto eso, además, la Fiscalía quiere que, por la vía del prejuicio de autoridad, esto es, que las cosas sean simplemente así porque así pareció entenderlo de lo que respondió el perito en la audiencia, venga ahora en su auxilio la Corte y Case la sentencia, cuando es lo cierto, que los vacíos que deja el proceso¹ no son atribuibles a un defecto del Tribunal y en cambio sí a la manera como primero se presentó el caso a la judicatura, los expertos que fueron llamados y claro la manera como se practicó la pericia.

Es una función del perito, concretada a través de las preguntas que formula las partes, de explicar suficientemente "los principios técnicos, científicos o artísticos" en los que fundamenta todas y cada una de sus verificaciones o conclusiones. Al Juez le está vedado aceptar de forma irreflexiva lo que expresan los peritos a partir de la simple autoridad, prestigio, grado de escolaridad de quien emite la opinión pericial. Así ha dicho esta honorable Corporación en Sentencia SP 2709-2018 radicación 50637 11 de julio de 2018 que del experto se espera que:

" traduzca en un lenguaje cotidiano los aspectos técnicos, de tal suerte que el juez: 1. Identifique y comprenda la regla que permite el entendimiento de unos hechos en particular 2. Sea consciente del nivel de generalidad de la misma y de su aceptación en la comunidad científica 3. Comprenda la relación entre hechos del caso y los principios que se le ponen de presente y 4. Pueda llegar a una conclusión razonable sobre el nivel de probabilidad de la conclusión. "

Al perito le está vedado: presentar conclusiones sin fundamento y, entre muchas otras, no precisar el grado de aceptación de esos principios en la comunidad

¹ en qué consistió realmente la violación al deber objetivo de cuidado pues dada su abstracción deviene obligatorio que se diga como fue que se concretó dicha violación

científica así como abstenerse de explicar si las técnicas utilizadas son de orientación probabilidad o certeza.

Entonces, nos parece, que si eso que ahora extraña la Fiscalía que según su parecer está faltando por apreciarse en la sentencia es mas bien porque le falta al proceso, porque solo están dentro de la mente del Fiscal como litigante y porque además constituye una posibilidad, la menos probable, por lo demás, de que las cosas hayan sido así. Si faltan mas datos objetivos, que en realidad si faltan, no es entonces por omisiones, tergiversaciones o adiciones del Tribunal sino mas que nada por una mala praxis en cuanto a la práctica de la pericia.

Con la practicada en conjunto y con los testigos técnicos en juicio quedó bien claro que: sí se gestionó sangre y eventual traslado a clínica de nivel III desde las 13:00 horas de aquel fatídico día, que se giraron ordenes que se repitieron durante todo el día para esos y otros tópicos en orden a labores de salvamento de la paciente, que la clínica está autorizada para dichos procedimientos ginecológicos, que el acusado es una persona de amplia experiencia que ha realizado miles de tales procedimientos ambulatorios y electivos, que no se necesita reserva de sangre, que no por el dicho de la paciente sino por una mucho mas confiable se sabía que la paciente no tenía anemia porque la prueba de laboratorio la mostraba en 11.4, lo cual, está lejos de ser severa ni se acreditó que lo fuera. Que además sí dijo textualmente el experto llevado a juicio por la Fiscalía Manuel Eugenio Escobar Gil que no sabe, no le consta, que existan protocolos médicos quirúrgicos, ginecológicos, anesthesiólogos, dijo no haber una fecha establecida límite para la práctica de una histerectomía abdominal y la fecha de la práctica de la cirugía y los exámenes pre quirúrgicos. Informó, además, que las dichas pruebas son del resorte del anesthesiólogo, no del médico tratante, lo cual, por aquel principio de confianza en actividades peligrosas y llevadas a cabo por expertos hace nugatorio la violación al deber objetivo de cuidado. Hizo cálculos según los cuales, sí se sabía que, al finalizar la cirugía y teniendo en cuenta la pérdida de sangre connatural a la misma tenía una hemoglobina de 9,5 le llevaba a pensar no estar tan baja entonces al inicio de la cirugía, afirmación que, de suyo, da en el centro de la teoría de la Fiscalía quien pretende presentar como anémica a la paciente y, por ella, aumentado el riesgo de hemorragia y de muerte se vio acrecentado siendo para el médico en todo caso previsible y subsanable, sin piso quedó, por el dicho del perito la dicha afirmación. También afirmó el experto de la Fiscalía que por banco de sangre no debe entenderse una sangre disponible in situ sino con una ruta rápida de acceso, lo cual, como ya se tiene visto de la misma declaración de la enfermera jefe Gloria Marulanda Gil fue lo que se procuró desde la misma mañana de ese fatídico día. Casi que a idénticas conclusiones llegaron los expertos llevados por la defensa Claudia Beatriz Vargas Estrada quien sostuvo que no había patología de base en la paciente que ameritara una remisión a nivel III, que la clasificación

de la paciente antes de la cirugía fue de ASA1, que en la historia no hay signos clínicos de anemia. Que la causa de la muerte fue una coagulopatía de consumo y que la anemia fue su consecuencia no su causa. Dijo igualmente Mauricio Echeverry Díaz, perito de la defensa, además, que no existió para antes de la cirugía algún examen o muestra de laboratorio que ameritara preocupación y que la reserva de sangre es en todo caso responsabilidad del anesestesiólogo y administrativa no del médico tratante

Así las cosas, en sentir de la defensa, el primer cargo no está llamado a prosperar.

Ahora, con respecto al segundo cargo, en que se acusa la decisión del Tribunal por falso raciocinio por el desconocimiento de diversas reglas que enumeró así: "i debe existir reserva de sangre si en el análisis prequirúrgico o en el examen de preanestesia se advierte que la persona tiene anemia severa o si pertenece a grupos sanguíneos muy raros (particularmente la sangre 0- es muy apetecida y escasa) ii) si se presente una de esas circunstancias para la paciente (tiene anemia severa o pertenece a grupos sanguíneos muy raros) el médico puede optar por no operarla o remitirla a otro nivel pues como es natural entenderla, ya se advierte una complejidad superior. Bastaría para derruir tales consecuencias el poner de presente que están fundamentadas en premisas erróneas, la primera, que resulta, por supuesto, de sostener que la paciente tenía y que el acusado sabía que tenía anemia severa cuando en verdad los exámenes clínicos dicen otra cosa y que el remitirla al tercer nivel era un imperativo. Pero es que, además, con respecto a estas y otras teorías científicas que dice la demanda violó el Tribunal hay que pasarlas por el tamiz jurisprudencial en orden a comprobar si se respetó la jurisprudencia de la Corte para la acreditación de las teorías científicas como criterio de la sana crítica y su relación con los enunciados de probabilidad. Se descarta in limine dichas aserciones como científicas comoquiera que no lleva ínsito los principios de universalidad, síntesis, verificabilidad y contrastabilidad. No existe ni lejanamente siquiera en el proceso la comprobación de que tales aserciones hayan sido, por la comunidad científica en general, contrastadas mediante la experiencia sin poderse refutar. No es posible entender como pueda ser expresado esas leyes o postulados que dice la demanda bajo la forma "tal o cual cosa no puede suceder" "dada la ley x es imposible que se presente el suceso fáctico y".

Ahora, si las premisas aquellas, tenían por finalidad no ser presentadas como leyes científicas sino como aserción probabilística también es palmaria la falta de técnica de la Fiscalía y no de un error endilgable al Tribunal. La probabilidad ya puede ser presentada como "*ante una situación A es posible que ocurra B*", la cual, se asemeja mas bien a una regla de la experiencia que obedece a la fórmula

“*siempre o casi siempre que ocurre A entonces sucede B.*” Pero es que, ha dicho la Corte, que para que ello pueda plantearse así debe concurrir: primero que el suceso base (A) aluda a la cultura, cotidianidad, modo de vida, etc de un entorno social específico, segundo la frecuencia de acierto frente al hecho pronosticado sea alta “ *siempre o casi siempre*” sin poderse pensar que a partir de una sola experiencia jamás puede constituirse una hipótesis que suprima o elimine la regla general.

Luego entonces dichas aserciones empíricas dice la Corte en una providencia que consideramos célebre (Radicado 42631 de 23 de mayo de 2018) lo siguiente:

“ 1. deben estar circunscritas a las series finitas de sucesos alusivos al caso, es decir, a estimaciones numéricas (por ejemplo 90% de las veces) o concernientes a su asiduidad (lo mas frecuente es que) 2. Tienen que provenir de un testigo experto en la ciencia, profesión o técnica dentro de la cual se ha producido la observación de la serie y 3. Deben contar con una base, es decir, deben de estar acompañadas de informaciones o datos acerca de la disposición, propensión y características de estas cuando son repetidas a menudo, con el fin de justificar la frecuencia relativa a partir de la cual el funcionario decidirá el hecho atinente a un evento aleatorio

Así es entonces más fácil que el fallador, conforme a la lógica de lo razonable, aprecie los enunciados de tipo probabilístico que propone para su resolución el proceso evitando, en cualquier caso, como lo quiere ahora la Fiscalía, que prevalezca unas conclusiones pálidas de un perito y no el proceso técnico o científico que lo condujo a presentarlas.

También es cierto que las tales afirmaciones menos que fueron presentadas o estructuradas dentro del juicio como reglas de la experiencia que puedan decirse ahora que tiene una estructura de premisa mayor (regla de la experiencia), datos demostrados como hecho indicador (premisa menor) y síntesis conclusión respectiva.

Por tanto, ruego a la Corte, no abra paso al segundo cargo

Finalmente, el tercer cargo, que nos parece, se incardina igual que con el primero debe correr la misma suerte.

Se insiste, por el demandante, en que el Tribunal incurrió en diversas omisiones en la interpretación de los medios de conocimiento que de haberlas justipreciado se hubiera podido concluir en que mi mandante abandonó Posición de garante. Pero ello no es cierto, si no se pierde de vista que no quedó suficientemente acreditado cual era entonces el nexo de evitación entendido como aquella

conducta esperada que, de haber sido realizada, mi mandante, certeramente, habría interrumpido o evitado el resultado, considerando los deberes jurídicos que le era propios.

Dice la Corte Sentencia SP 7135 5 de junio de 2014 Radicado 35113 que:

La Posición de Garante (Garantestellugen) es entendida como el deber jurídico que tiene el autor de evitar el resultado típico, ubicación que le imprime el obrar para impedir que éste se produzca cuando es evitable por lo que impone determinar previamente la competencia del sujeto, realizar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos e relación con ciertos riesgos, para de esa forma evidenciar si el resultado es evitable y cognoscible, siempre que concurra estos elementos:

- 1. Situación de peligro para el bien jurídico*
- 2. No realización de la conducta debida; por no actuar teniendo el deber jurídico de hacerlo para evitar el resultado, lo que eleva el riesgo creado*
- 3. Posibilidad de realizar la acción debida, esto es, que el sujeto esté en posibilidad de evitar el resultado o aminorar el riesgo a través de la acción debida para lo cual deberá tener: a) conocimiento de la situación típica, esto es, que el resultado se va a producir b) tener los medios necesarios para evitar el resultado y c. contar con la posibilidad de utilizarlos a fin de evitar el resultado.*
- 4. Producción del resultado*

La defensa comparte las apreciaciones del Tribunal en tanto afirma que en sede de la Lex Artis en la responsabilidad médica solo la inexcusable tiene relevancia penal y que al margen de los dichos que expone el casacioncita como ausentes de valoración , que en realidad, sí fueron sopesados por la Sala solo que no con la visión que pretendida por la Fiscalía fue lo cierto que no se probó cuál era la conducta debida por el galeno, ni la que si era esperable y que posibilidades reales tenía de ejecutarla, no se dijo nunca que Ley resultó transgredida por el acusado, o qué guía o protocolo médico de manejo resultó inobservado, ni siquiera en la acusación se dijo que se había desconocido literatura científica relevante, ni un baremo en específico. El proceso en realidad no da cuenta de cual fue el parámetro de precaución que resultó trasgredido (protocolo, norma, manual, reglamento, baremo o actividad concreta) que se debió haber aplicado al caso específico o que hipotéticamente podría haber empleado otro profesional prudente- con la misma especialidad y experiencia- para enseguida confrontarlo con el comportamiento desplegado por el sujeto activo del reato. Igualmente, no es posible saber con certeza cuando fue que el Dr Garzón Mosquera se figuró el

resultado como posible y que teniendo los medios eficaces para conjurarlo decidió inutilizarlos. Se itera, no es que hubiera sido todo esto desconocido u omitido por el Tribunal, sino que para la Sala, cuya autoridad es en todo y por todo de mucho mayor peso que la de la Fiscalía o Defensa concluyó que con el solo relato deshilvanado de apreciaciones de los testigos y peritos no se adquiriría la entidad suficiente para edificar un fallo de condena.

Pero hay más, no por errores de apreciación sino que la prueba no informa cuanto influyó el no traslado a una clínica del tercer nivel y no se sabe ciertamente si de todas maneras el resultado muerte se hubiera producido igualmente estando la paciente en una de esas instituciones. En verdad, ninguno de los peritos, fue certero en afirmar si esa coagulopatía de consumo hubiera sido un riesgo menor y fácilmente conjurable estando la paciente en tercer nivel y con banco de sangre. Para todos los expertos y testigos técnicos, puede decirse, resultó una gran sorpresa el viraje inesperado que tomó el estado de salud de la paciente después de esa primera intervención, algo que da el carácter de imprevisible y extraordinario dejando un triste saldo para el análisis de la culpa penal. Véase que fue preciso el concurso de varios expertos en la materia para lograr un entendimiento que, aún concluido el proceso, apenas constituye una aproximación que se encuentra lejos de explicar cabalmente el desarrollo de los acontecimientos ese día lo que desdice también y muy a las claras del carácter de previsible de la enfermedad que aquejó a doña Ángela María después de su primera intervención.

El problema no se salva acudiendo a un criterio de interpretación ex post suponiendo que el sujeto, mi mandante, estaba circundado de un mar de posibilidades para actuar sin que nada lo constriñese. Se vio que aun cuando desde las 13:00 horas de ese día de triste recordación se ordenó el traslado de la paciente a una clínica de tercer nivel, sus posibilidades reales de conseguirlo, se vieron truncadas, como se demostró por los tropiezos administrativos y la mala reputación que tenía la EPS de la paciente. Consabido de todos es que la salud en Colombia depende menos de los médicos y del equipo médico en general que de la burocracia anquilosada de la Empresas Prestadoras de Salud. Para el caso, baste, que todo lo que estaba en poder del equipo médico y de la clínica en general se llevó a efecto sin poder obtener ni el traslado ni la sangre hasta cuando fue demasiado tarde.

Finalmente, de manera subsidiaria, y en el evento en que la Honorable Corte no encuentre de recibo nuestros argumentos y deseche nuestras peticiones y entonces, por el contrario, se decida una condena, no se deje incólume la de primer grado en relación con la dosificación excesiva de la pena. Ruego a la Honorable Corporación aceptar que en verdad la Juez de Primera Instancia no obstante haberse incluso solicitado por la Fiscalía, la concesión del subrogado

penal de suspensión condicional de la ejecución de la pena, no fue concedido este, pero sin hacer ningún análisis en punto del artículo 61 del Código Penal, se limitó simplemente a decir que la pena era así tasada por cuanto la bien jurídico vida que es el de mayor entidad fue el que terminó sacrificado, criterio que para nada satisface el estándar ordenado por la Ley a quien le hubiera bastado decir que cuando se tratase de homicidio el juzgador quedaría relevado de escrutar los criterios contenido en el artículo 61 del C.P. Ruego entonces, subsidiariamente, a la Honorable Corte justipreciar la sanción y conceder el subrogado

Sin particulares para más me suscribo de la Honorable Corte, con el mayor respeto y comedimiento,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Santiago Tobón Herrera', with a stylized, cursive script.

SANTIAGO TOBÓN HERRERA.
CC. 8.160.293
T.P 158551 DEL C.S DE LA J

Correo electrónico: santiagoth@me.com
Celular personal: 316 2090400