

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

SP1315-2019

Radicación N° 46766

(Aprobado Acta No. 95)

Bogotá D.C., diez (10) de abril de dos mil diecinueve (2019).

La Sala decide el recurso extraordinario de casación presentado por los defensores de José Guillermo Forero León, Héctor Rojas Medina y Jeimmy Paola Vidal Bojanini, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el 9 de julio de 2015, con la cual confirmó la condena que les impuso el Juzgado 23 Penal Municipal de Conocimiento, por el delito de lesiones personales culposas.

A handwritten signature in black ink, appearing to be the name of the magistrate, José Francisco Acuña Vizcaya.

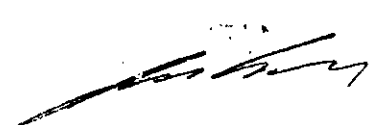
HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1.- Con ocasión de un trauma en la región genital sufrido por su hijo menor de edad, la señora Norma Yolima Rincón Boray, el 11 de octubre de 2007, lo llevó a la Cruz Roja en Bogotá, donde lo atendió la Médica Jeimmy Paola Vidal Bojanini, profesional que, con base en el examen físico y una ecografía testicular, le prescribió ibuprofeno, lo dio de alta y sugirió que consultara al pediatra. Como no recibió una orden escrita de remisión al especialista, dijo la denunciante, en la EPS no fue atendida.

Según Manifestó, la condición del niño empeoró y se quejaba constantemente. Entonces, lo llevó al Hospital San José, donde lo recibió el médico de turno José Guillermo Forero León, pediatra que lo valoró físicamente, leyó la ecografía que se le había realizado en la mañana, ordenó que continuara con el Ibuprofeno y lo remitió, aunque sin carácter prioritario, con el urólogo pediátrico.

Como la salud del menor continuó en declive sus padres lo llevaron a la IPS de Compensar. Allí lo atendió el pediatra Héctor Rojas Medina, lo revisó, cambió el Ibuprofeno por Naproxeno y al advertir una posible afección en el pecho, le ordeno terapias respiratorias.

El día 13 siguiente, durante las terapias respiratorias, ante el fuerte dolor expresado por el paciente, la terapeuta acudió a la pediatra Andrea Jimena Duarte, quien no más observarlo, dispuso de manera inmediata intervenirlo



quirúrgicamente. Durante el procedimiento estableció que el testículo izquierdo se había torcido y generó necrosis por falta de irrigación sanguínea, por lo que procedió a extirparlo.

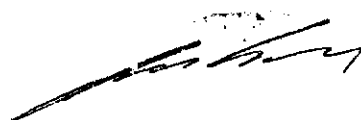
2.- En audiencia del 12 de julio de 2012, la Fiscalía les imputó a los médicos Vidal Bojanini, Forero León y Rojas Medina, el delito de lesiones personales culposas, cargo que no aceptaron y por el cual fueron acusados formalmente en diligencia verificada el 15 de abril del año siguiente.

3.- Agotado el trámite del juicio, el Juzgado 23 Penal Municipal con funciones de conocimiento, mediante sentencia del 6 de mayo de 2015, los condenó a 19 meses y 6 días de prisión, inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, e inhabilitación para el ejercicio de la profesión médica por 6 meses, al hallarlos penalmente responsables del delito imputado, determinación confirmada en Sala mayoritaria por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante fallo del 7 de julio siguiente, recurrido luego en forma extraordinaria por los defensores de los acusados.

DEMANDAS DE CASACIÓN

Mediante providencia del 10 de octubre anterior la Sala admitió los siguientes cargos expuestos en los libelos.

1. De la demanda de Jimmy Paola Vidal Bojanini, los tres cargos formulados.

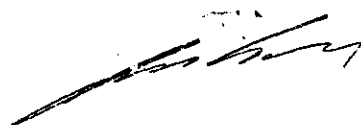


1.1 Violación directa por aplicación indebida de los artículos 111, 116-2 23 y 120 del Código Penal, al haberse condenado a la acusada por del delito de lesiones personales culposas.

Según el actor el Tribunal declaró demostrado que: i) la acusada examinó al niño, ii) le ordenó una ecografía, iii) la cual demuestra que al momento de la valoración el paciente presentaba una epididimitis y no la torsión testicular. Siendo así, agrega, no se le puede imputar la pérdida del testículo al haberse descartado esa patología al momento de la valoración.

Para poder imputarle a la procesada el resultado, continúa el recurrente, debió establecerse que, coetáneo a la valoración, concurría la patología de torsión testicular, la cual no diagnosticó y, debido a ello, sobrevino el resultado punible. Sin embargo, en la actuación se descartan los elementos objetivos del tipo culposo, en la medida en que no puede decirse que infringió el deber objetivo de cuidado al dejar de advertir una patología que, según lo demostrado, no presentaba el paciente, circunstancia que impide imputarle el resultado.

En tales condiciones, concluye, la conducta es atípica bajo el rigor de lo establecido por el artículo 23 del Código Penal, por lo cual solicita casar la sentencia y absolver, en el fallo de reemplazo, a la procesad Vidal Bojanini.



1.2 Violación indirecta de la ley sustancial, error de hecho por falso raciocinio, que derivó en la aplicación indebida de los artículos 111, 116-2, 23 y 120 del Código Penal.

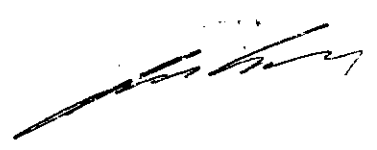
El Tribunal, afirma el actor, manifestó en el fallo recurrido que resultaba imposible determinar en qué momento, entre el jueves 11 de octubre y el sábado 13, ocurrió la torsión testicular, pero deriva responsabilidad en la acusada por haber remitido al paciente a un pediatra en forma verbal sin consideración a la prioridad que el caso ameritaba.

En su criterio, el ad quem desconoció la regla lógica que enseña *“que si no se sabe si cuando la médica atendió al menor este presentaba la torsión testicular, no la puede diagnosticar, porque para poder diagnosticar esta enfermedad necesariamente la tenía que tener y si al momento en que ella lo atendió no se sabe si el menor tenía esta patología, no se le puede exigir que la diagnosticara.”*

Por estos motivos, solicita casar la sentencia y absolver a la procesada.

1.3 Violación indirecta por error de hecho mediante falso juicio de existencia, relacionado con la historia clínica elaborada en la Cruz Roja, yerro que condujo a la indebida aplicación de las disposiciones sustanciales relacionadas en los cargos formulados.

En criterio del actor el Tribunal fundamentó la condena en el hecho de que la acusada omitió elaborar la orden escrita de remisión al pediatra. Sin embargo, el documento



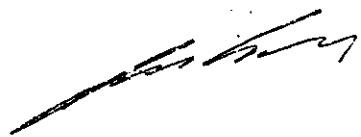
mencionado reseña la valoración a la cual sometió al menor, la orden de ecografía de tejido blando en escroto inguinal izquierdo y la remisión al pediatra de Compensar.

La prueba demuestra que la acusada Vidal Bojanini realizó la práctica que correspondía. La ecografía que dispuso estableció una epididimitis, no la torsión testicular, hechos que, en criterio del actor, se corroboran en las declaraciones de la denunciante y del radiólogo Eduardo Molano, quien realizó la ecografía.

En esas condiciones, afirma, la acusada adelantó en ese caso la gestión médica que le correspondía, de donde surge que no desconoció el deber objetivo de cuidado y, por consiguiente, el resultado (pérdida del testículo) no se le puede atribuir. Bajo este presupuesto, de haber valorado el Tribunal la prueba reseñada, la decisión recurrida sería diferente y favorable a la procesada, razón por la cual solicita que se case la sentencia y se absuelva a Jeimmy Paola Vidal Bojanini.

2.- de la promovida a nombre de José Guillermo Forero León:

2.1 El segundo reproche de violación directa de la ley por aplicación indebida de los artículos 111, 116-2, 23 y 120 del Código Penal, y falta de aplicación del artículo 7° de la Ley 906 de 2004, en el cual, asegura el actor, con los hechos declarados en la sentencia, no se puede establecer el momento en que surgió la torsión testicular que generó la lesión en la salud de la víctima. En tales condiciones, el Tribunal no podía



concluir que el procesado desconoció el deber objetivo de cuidado materializado en el resultado. *“Si estamos hablando de delitos culposos, lo primero que tuvo que determinar la justicia, es que cuando mi defendido doctor José Guillermo Forero atendió al menor, éste ya presentaba la torsión testicular, porque si no la presentaba no se puede concluir que mi defendido es responsable de la pérdida del testículo por no haber diagnosticado la torsión testicular.”*

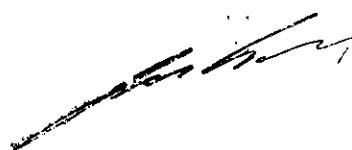
De esa manera, afirma, el Tribunal aceptó que existe duda en torno a ese aspecto, a pesar de lo cual condenó, cuando no podía concluir que el deber de cuidado que el doctor José Guillermo Forero violó, se haya concretado en el resultado pérdida del testículo.

Solicita casar la sentencia y absolver al acusado del cargo de lesiones personales que se le imputa.

2.2 El cargo tercero: violación indirecta de la ley mediante error de hecho por falso juicio de existencia.

Afirma el actor que al procesado se le condenó por no haber diagnosticado la torsión testicular que derivó en la pérdida de esa parte de la anatomía, teniendo como fundamento probatorio el dictamen de Medicina Legal.

Sin embargo, el juzgador omitió valorar la sentencia del Tribunal de Ética Médica del 24 de noviembre de 2011, que rechazó la mala praxis de los médicos tratantes como causa de la lesión sufrida por el menor. Respecto del doctor Forero León, la decisión destaca que, con el material a su alcance y



la valoración realizada al paciente, descartó la torsión testicular en forma lógica y coherente. De igual modo, que su actuación buscó lo más conveniente para el menor, circunstancia que, de paso, excluye que hubiere querido poner en riesgo su salud.

Luego de criticar el contenido del dictamen de Medicina Legal, el recurrente concluye que resulta imposible determinar que el niño padecía la torsión testicular el 11 de octubre de 2007, pues el acusado lo valoró y no encontró hallazgos en el examen físico que le permitieran arribar a ese diagnóstico.

En síntesis, asegura que la prueba omitida, junto con otras practicadas en el juicio, desvirtúan las conclusiones equivocadas a las que llegó el perito de Medicina Legal y minan la presunción de acierto y legalidad de la decisión recurrida, circunstancia por la cual solicita a la Corte casar la sentencia y en su lugar absolver al procesado del delito que se le atribuye.

3. De la demanda interpuesta a nombre de Héctor Rojas Medina,

3.1 El cargo segundo (subsidiario) enunciado por el actor como *"Violación indirecta de la ley sustancial"*, mediante el cual solicita, con base en la causal segunda de casación (sic), que se revoque la sentencia de segundo grado *"por cuanto se incurrió en desconocimiento del debido proceso, por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes, en específica materia de la presunción de inocencia."*

En criterio del actor, al acusado Rojas Medina se lo condenó sin que en la actuación obre prueba que conduzca al conocimiento exigido al efecto por el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal.

Las pruebas sobre las cuales se estructura la sentencia de condena, carecen de la fuerza demostrativa requerida para adoptar esa decisión, de manera que el juzgador incurrió en falso raciocinio, más aún cuando el dictamen pericial no menciona al acusado ni concreta la valoración a la que sometió al paciente. Sobre este punto, agrega el censor, el Tribunal figuró la existencia de la historia clínica de la atención brindada por el acusado en Compensar. Si no milita en la actuación dicho documento, continua, no obra prueba que indique el estado físico en que se encontraba el paciente el 12 de octubre de 2007. El juzgador lo supuso, lo cual constituye también error de hecho por falso juicio de existencia.

En ausencia de estos errores, concluye, el Tribunal habría establecido que, al no contar con medios de conocimiento suficientes para condenar, se imponía la aplicación del principio *in dubio pro reo* y la absolución del acusado.

3.2 El cargo tercero: violación indirecta mediante errores de hecho por falso juicio de identidad, en relación con los testimonios de la denunciante Norma Yolima Rincón, la médica Andrea Ximena Duarte, la perito de Medicina Legal Liliana Marcela Támara Patiño, medios de demostración de los cuales el sentenciador concluyó que *"afloran elementos y*

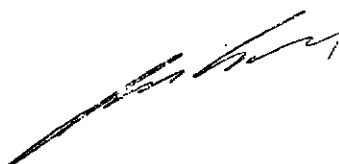
argumentos incriminatorios respecto del doctor Héctor Rojas Medina, y con fundamento en tales elucubraciones, residenció en cabeza de mi representado, el juicio de reproche.”

De esa manera, afirma el actor, el Tribunal dio por demostrado sin el soporte correspondiente, que el paciente presentaba inflamación testicular, incluso, desde la primera valoración médica del 11 de octubre de 2007.

Reitera que el dictamen de Medicina Legal no alude la atención brindada al infante por el acusado Rojas Medina, de manera que el sentenciador supuso que obró con imprudencia, aun cuando el informe pericial ni en el testimonio de la experta Lina Marcela Támara Patiño, refieren el procedimiento realizado por el galeno, de manera que resulta incierto el origen de las deducciones del sentenciador.

En esas condiciones, en orden a enmendar el error, el recurrente solicita que se case la sentencia y se dicte la absolutoria de reemplazo.

3.3 El cargo cuarto, por violación indirecta de la ley sustancial mediante error de hecho por falso juicio de identidad. En esta censura, el actor controvierte de nuevo el mérito asignado a la historia clínica elaborada en el Hospital San Rafael, el dictamen de Medicina Legal y el testimonio de la experta de esa institución, para afirmar que el Tribunal distorsionó el contenido de cada uno de esos medios de convicción.



De no haber incurrido en el error, concluye, la decisión de segunda instancia habría sido sustancialmente distinta, por lo cual se impone *revocarla* y dictar a cambio sentencia absolutoria.

3.4 Violación indirecta mediante error de hecho por falso raciocinio, en el cual, asegura el actor, incurrió el sentenciador al apreciar la prueba pericial, testimonial y documental, en cuanto declaró que el paciente presentó la inflamación testicular en la mañana del jueves 11 de octubre de 2007, pero, a la vez, aseguró que ese Tribunal no es un ente especializado con conocimientos médicos que le permitan determinar en qué momento ocurrió la torsión, incongruencia que, según el recurrente, riñe con los postulados de la imputación objetiva bajo los cuales examinó el juzgador la responsabilidad de los procesados, pues cómo imputárseles el resultado sin verificar que crearon o incrementaron el riesgo jurídicamente desaprobado.

Para finalizar, manifiesta que los errores de la sentencia de segundo grado, ameritan que la Corte Suprema de Justicia intervenga para corregirlos, de modo que se materialice en este asunto el derecho a la tutela judicial efectiva, que en el caso *“se especificaría en el derecho que le asiste a todo procesado de no ser condenado hasta tanto no (sic) se llegue al conocimiento, más allá de toda duda, sobre su responsabilidad en el hecho por el cual se le juzgó.”*

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN



En sus intervenciones los defensores de los acusados reiteraron los términos de las demandas.

El apoderado de Jeimmy Paola Vidal Bojanini, al demandar que se case la sentencia por haber transgredido el Tribunal de manera directa la ley sustancial, en cuanto dio por demostrado que, al momento de la valoración, el paciente presentaba una epididimitis, no la torsión testicular de la cual derivaron las lesiones personales materia de juzgamiento, de manera que no podía imputársele a la acusada el resultado, si no desconoció el deber de cuidado.

De igual modo, por haber violado de manera mediata la ley, a través de los errores de hecho expuestos en el libelo, de los cuales surge que la profesional Vidal Bojanini dispuso un procedimiento acorde con los síntomas que presentaba el paciente. Incluso, el Tribunal le reprochó el supuesto de haber omitido la orden escrita de remisión al pediatra, sin reparar que de ello da cuenta la historia clínica, documento no valorado por el sentenciador con el cual se demuestra que la procesada adelantó la gestión médica que le correspondía, es decir, que no desconoció el deber de cuidado y, por consiguiente, que no puede atribuírsele el resultado pérdida del testículo.

El defensor de Héctor Rojas Medina, argumentó en torno a los errores de valoración probatoria que le atribuye a la sentencia. En su criterio, las pruebas practicadas en el juicio no transmiten el conocimiento requerido para condenar, teniendo en cuenta que: i) resultan insuficientes para

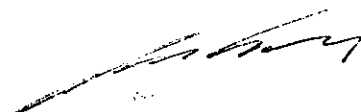
acreditar que cuando el menor fue valorado por el acusado presentaba la torsión testicular, y ii) no se precisa cuál fue el procedimiento realizado por el procesado.

En suma, señaló, existe duda acerca de la responsabilidad el procesado, por lo que se impone casar la sentencia recurrida.

Con argumentos similares realizó su intervención el **apoderado de José Guillermo Forero León**, quien plantea que el Tribunal, erró al dejar de aplicar el artículo 7° de la Ley 906 de 2004 y por aplicar en forma indebida los artículos del estatuto sustantivo que reglan el delito de lesiones que se le imputa. En ese contexto precisó que al no establecerse en la actuación en qué momento se produjo la torsión testicular, el juzgador no podía concluir que el acusado infringió el deber objetivo de cuidado. La sentencia reconoce que existe duda sobre el particular, a pesar de lo cual las instancias resolvieron condenarlo.

De igual modo, en el escenario del tercer cargo de la demanda, violación indirecta mediante error de hecho por falso juicio de existencia, precisó que el ad quem omitió valorar la sentencia del Tribunal de Ética Médica, la cual descarta que los acusados realizaron prácticas médicas inadecuadas.

El Delegado de la Fiscalía, manifestó, en relación con la demanda de Jeimmy Paola Vidal Bojanini, que los cargos uno y dos deben declararse procedentes. El primero,



teniendo en cuenta que la acusada actuó según las circunstancias del momento, sin que de su parte pueda predicarse la realización de una conducta relacionada con el resultado que afectó al menor DCMR. El segundo, por cuanto de la omisión que le imputa la Fiscalía de remitir con urgencia al paciente con un especialista, no puede predicarse que desconoció el deber de cuidado exigido y generó el resultado lesivo padecido por el menor.

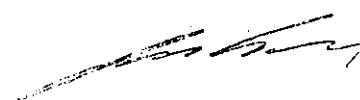
El cargo tercero, con el que se alega que la acusada remitió al menor con el pediatra y por ello no desconoció el deber de cuidado, en criterio del Fiscal Delegado es improcedente, pues lo que se le cuestiona en la sentencia es que no lo haya dispuesto con la prioridad y ligereza que el caso ameritaba, de manera que resulta procedente mantener el fallo recurrido.

En torno a la demanda de Héctor Rojas Medina, sobre el cargo primerio subsidiario, el Fiscal entiende que no está llamado a prosperar, teniendo en cuenta que la Fiscalía demostró con el testimonio de la denunciante que, al momento de la valoración por parte del acusado, el menor se hallaba en estado lamentable y aun cuando el médico supo que el paciente presentaba dolor e inflamación testicular de dos días, se limitó a formular analgésicos, cuando le correspondía disponer nuevos exámenes destinados a establecer o descartar complicaciones como la torsión testicular.

Similar consideración expresa de los cargos tercero y cuarto del libelo. El Tribunal fundó su determinación en el peritaje legal, en las declaraciones de la denunciante, de Andrea Jimena Duarte, médico que finalmente operó al menor, y del radiólogo Eduardo Molano; pruebas que le transmitieron elementos de juicio suficientes para condenar, en atención a que: i) las lesiones traumáticas en la región testicular merecen atención cuidadosa; y ii) ante la sintomatología que observaron los procesados, contaban con diversas herramientas para adelantar un diagnóstico correcto o más acertado, idóneo para descartar una afectación grave a nivel genital.

De la demanda de José Guillermo Forero, consideró el Fiscal Delegado que el cargo segundo no deber prosperar. De acuerdo con las pruebas del proceso, la situación analizada por los galenos demandaba agotar el conjunto de exámenes a los que pudieran acudir y descartar la eventual torsión testicular, la cual se trata como una urgencia y debe contar con exploración escrotal. A ese respecto, agregó, el testimonio del radiólogo Eduardo Molano informó que, según el estado del paciente, se requerían otros exámenes o remitirlo al urólogo para que emitiera concepto acerca de la posibilidad de una torsión testicular.

En esas condiciones, concluyó, el acusado no conservó la diligencia debida para prevenir la torsión que afectó la integridad del menor en este caso, lo anterior a pesar de la decisión del Tribunal de Ética Médica que en esa materia absolvió a los procesados.



Por último, **la Procuradora Delegada para la Casación Penal**, frente a las demandas de Jeimmy Paola Vidal y José Guillermo Forero León, abogó por la procedencia de los cargos, teniendo en cuenta que al momento de la valoración que cada uno le realizó al menor, la torsión testicular no estaba presente, el paciente presentaba una epididimitis según el resultado de la ecografía ordenada por la acusada y lo dicho por el radiólogo Eduardo Molano en el curso del juicio. Por ese motivo, si el diagnóstico resultaba coincidente con los síntomas que presentaba el examinado, debe concluirse que se observó el deber objetivo de cuidado, y como en la actuación se demostró, de igual modo, que en Colombia no existe un protocolo por el cual deba regirse el procedimiento de dolor testicular, resulta imposible determinar la tipicidad del comportamiento de los acusados en mención, razón por la cual procede casar la sentencia y absolverlos del cargo por el que fueron llamados a juicio.

Igual opinión expresa, aunque por motivos diferentes, en relación con la demanda promovida en nombre del acusado Héctor Roja Medina. Las pruebas, en su caso, no permiten establecer cuándo y cómo se presentó la torsión testicular pues pudo ser de origen traumático o genético y, en forma adicional, la experta de Medicina legal Tatiana Támara manifestó que no existe registro de la valoración realizada el 12 de octubre de 2007, circunstancia que, en criterio de la representante del Ministerio Público, tornan procedentes los cargos de la demanda, en tanto revelan que la presunción de inocencia no fue desvirtuada, razón por la

cual debe casarse la sentencia y dictarse la absolutoria de reemplazo.

CONSIDERACIONES

Los cargos de las demandas por violación directa e indirecta de la ley sustancial admitidos para estudio de fondo por la Sala, los argumentos expuestos en la audiencia de sustentación del recurso, y las intervenciones en ese acto procesal de los sujetos no recurrentes, giran alrededor de la figura de la imputación objetiva, en tanto pugnan por ratificar o desvirtuar la atribuibilidad del resultado antijurídico a los acusados, por supuesto desconocimiento del deber objetivo de cuidado.

En ese escenario (imputación objetiva) la jurisprudencia de la Corte tiene dicho que el resultado puede serle atribuido al agente siempre que haya creado o incrementado un riesgo jurídicamente desaprobado, el cual se concreta en el resultado típico¹.

En lo atinente a la estructuración de conductas punibles imprudentes en el ejercicio de la profesión médica, la teoría también ha sido acogida por la jurisprudencia de la Sala, ante la insuficiencia de la causalidad natural en ciertos casos para atribuir un resultado antijurídico. Conforme con

¹ Acerca de la evolución y los elementos de la imputación objetiva véase, entre otras, CSJ SP 04 Abr 2003 Rad. 12742; SP 20 May 2003 Rad. 16636; SP 20 Abr 2006 Rad. 22941; SP 22 May 2008 Rad. 27357

esto en SP 28 Oct 2009 Rad. 32582, puntualizó que una vez determinado el nexo, es imprescindible confrontar si por causa del agente se creó o incrementó el riesgo jurídicamente desaprobado para la producción del resultado. De esa manera, comprobada la necesaria causalidad natural, la imputación del resultado requiere verificar si la acción del autor generó o incrementó un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado lesivo.

El tema fue examinado en forma amplia en la providencia CSJ SP 22 May de 2008 Rad. 27357, reiterada en las decisiones SP 06 Jun de 2013 Rad. 38904 y SP 29 Jun de 2016 Rad, en donde se precisó:

“...el profesional de la medicina no es ajeno a la eventualidad de ejecutar acciones disvaliosas capaces de afectar la salud, la integridad personal e incluso la vida, lo que ocurre cuando habiendo asumido voluntariamente la posición de garante frente a su paciente, esto es, en los términos del numeral 1º del artículo 25 del Código Penal, arrogándose la «protección real de una persona (...)\», aquél no guarda el deber objetivo de cuidado que conforme a la lex artis le es inmanente y, como consecuencia de ello, le causa un daño antijurídico.

Claramente, el aumento del riesgo normativamente tolerable puede llegar a defraudar la expectativa que en torno a la idoneidad del galeno se debiera predicar por ser portador de un título académico y de la experiencia que lo autoriza y legitima para ejercer la profesión; ello, siempre y cuando la violación del estándar socialmente admitido se realice tras la asunción efectiva de la posición de garante, esto es, con el diagnóstico, tratamiento o postratamiento capaz de causar un efecto nocivo y correlacional del bien jurídicamente tutelado, que se habría podido evitar —por ser previsible— de haberse actuado con las precauciones técnicas del caso.

Es así que, la posición de garante surge desde el primer momento en que el facultativo inicia la atención médica

y es justamente este el punto de partida desde el cual le es exigible la obligación de velar por la curación, mejoría o aminoración de la condición aflictiva de la salud de su paciente, hasta el límite de realizar la acción posible indicada en la lex artis para cada patología, en los términos estrictos del compromiso arrogado de forma potestativa —no se requiere un contrato formal—².

Sobre la posición de garantía de los profesionales médicos CHAIA recuerda que:

«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.

El galeno asumió un riesgo y debe evitar la consumación de un resultado lesivo —frustrarlo es su objetivo— o, al menos, poner al servicio del enfermo sus actualizados conocimientos para lograr esa finalidad. Esa asunción de riesgo le impone ser él mismo el continuador de la acción de salvamento emprendida, cuestión que si interrumpe de manera inadecuada lo convierte en responsable del mayor riesgo —y consecuente resultado— que genere.

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^{3,4}.

Es de este modo claro que la obligación del galeno de actuar con el cuidado que el ordenamiento le impone para evitar la creación o intensificación de un riesgo innecesario —fuera del admitido en la praxis— y la

² “Conforme al artículo 5° de la Ley 23 de 1981 «[l]a relación médico-paciente se cumple en los siguientes casos:

1. – Por decisión voluntaria y espontánea de ambas partes.
2. – Por acción unilateral del médico, en caso de emergencia.
3. – Por solicitud de terceras personas.
4. – Por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad privada o pública.”

³ “De igual manera, quien interrumpe un tratamiento conducido por otro médico y asume la conducción del tratamiento, en definitiva, está asumiendo el riesgo, haciendo renunciar al paciente a otra clase de protección, cuestión que lo hace responsable en los términos del riesgo asumido (JACOBS, Estudios de Derecho Penal, p. 348 y ss.).”

⁴ “CHAIA, Rubén A. Responsabilidad Penal Médica. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 2006. p. 71.”

consecuente realización de un daño relacionado con la fuente de riesgo que debe custodiar, determina la asunción de la posición de garante que se materializa en no ejecutar ninguna conducta que perturbe la idoneidad del tratamiento médico especializado que la ciencia y las normas jurídicas mandan en cada evento o, en otras palabras, en adecuar su comportamiento al cuidado que le es debido de acuerdo con las fórmulas generales de la actividad.

De esta manera, si la conducta del médico, no obstante crear o aumentar un riesgo se manifiesta dentro del ámbito del peligro que la comunidad normativa ha edificado como límite a la práctica médica respectiva y, en todo caso, se produce el resultado infausto o, si consolidado el daño —agravación de la condición clínica primaria, por ejemplo— el galeno respeta las pautas o protocolos tendiendo a aminorar los riesgos propios de la intervención corporal o psíquica o, si pese a la creación o, incremento del peligro permitido, la acción comisiva u omisiva no se representa en un resultado dañino derivado necesariamente de aquella y relevante para el derecho penal o en todo caso, este se realiza por fuera del espectro de protección de la norma, o se constata que no había un comportamiento alternativo dentro del ámbito de guarda del bien jurídico que hubiera podido impedir la consumación censurada, no habrá lugar a deducir el delito de omisión impropia, también llamado de comisión por omisión.

*Para establecer si el facultativo violó o no el deber objetivo de cuidado y, con ello, creó o amplió el radio de acción del riesgo porque su actuar lo situó más allá del estándar autorizado o relevante, es imprescindible determinar cuál es el parámetro de precaución —protocolo, norma, manual, baremo o actividad concreta conforme a la *lex artis*⁵— que se debía aplicar al caso específico o que hipotéticamente podría haber empleado otro profesional prudente —con la misma especialidad y experiencia— en similares circunstancias, para enseguida, confrontarlo con el comportamiento desplegado por el sujeto activo del reato.*

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

⁵ "Entendida como el conjunto de reglas científicas o de la experiencia verificables y actuales que integran el conocimiento aprobado por la comunidad científica."

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.

*En esa medida, se debe ser muy cuidadoso al establecer si una conducta superó o no el riesgo permitido. Sobre el particular, ROXIN⁶ señala que este aspecto marca el punto desde el que se avanza a la edificación de la imprudencia. Con ese propósito, si bien en algunos casos eficiente suele ser la revisión del cumplimiento de las reglamentaciones sanitarias que rigen determinada práctica, atendiendo el carácter dinámico de esta ciencia y la multiplicidad de actividades terapéuticas y asistenciales que para el tratamiento de cada patología coexisten, lo indispensable es acudir a los parámetros de la *lex artis* —objetivos, consensuados, vigentes y verificables— y determinar, si el método o técnica científica aplicada por el galeno, así parezca ortodoxo o exótico —que no experimental o improvisado y en todo caso avalado por la comunidad científica—⁷, satisfizo la expectativa de recuperación, curación o aminoración de la aflicción, trazada desde un inicio y si por consiguiente, el bien jurídico protegido se mantuvo a salvo.*

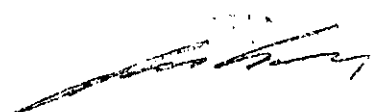
Es de esta manera que en su artículo 16 de la Ley 23 de 1981 (por la cual se dictan normas en materia de ética médica), dispone que «[l]a responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efectos del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto. El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados».

Y de acuerdo con el artículo 13 del Decreto 3380 del mismo año, se prevé que «[t]eniendo 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».

Una lista —no exhaustiva, por supuesto— de las precauciones que con carácter general debe atender el profesional de la medicina se podría integrar con las obligaciones de i) obtener el título profesional que lo

⁶ "ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. P. 66."

⁷ "De acuerdo con el artículo 12 ejusdem, «[e]l médico solamente empleará medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas»."

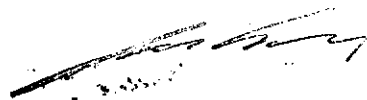


habilita para ejercer como médico y especialista o subespecialista en determinada área, lo que no significa que la posición de garante surja natural de la simple ostentación de aquel, pues se demanda la asunción voluntaria del riesgo, o sea de la protección de la persona, ii) actualizar sus conocimientos con estudio y práctica constante en el ámbito de su competencia, iii) elaborar la historia clínica completa del paciente, conforme a un interrogatorio adecuado y metódico iv) hacer la remisión al especialista correspondiente, ante la carencia de los conocimientos que le permitan brindar una atención integral a un enfermo, v) diagnosticar correctamente la patología y establecer la terapia a seguir⁸, vi) informar con precisión al sujeto, los riesgos o complicaciones posibles del tratamiento o intervención y obtener el consentimiento informado del paciente o de su acudiente⁹, vii) ejecutar el procedimiento —quirúrgico o no— respetando con especial diligencia todas las reglas que la técnica médica demande para la actividad en particular y, viii) ejercer un completo y constante control durante el postoperatorio o postratamiento, hasta que se agote la intervención del médico tratante o el paciente abandone la terapia.

Tal como se viene sosteniendo, no basta la constatación de la infracción al deber objetivo de cuidado para atribuir el comportamiento culposo; tampoco el incremento o creación del riesgo no permitido. Se insiste, la conducta negligente del facultativo debe tener repercusión directa en el disvalor de resultado, pues si la lesión o la muerte de la persona sobreviene como derivación de situaciones al margen de la práctica médica o por alguna táctica distractora del tratamiento asumida por parte del paciente —autopuesta en peligro o acción a propio riesgo—, no habría lugar a imputar el delito imprudente al galeno, pues sería a aquél y no a éste, entonces, a quien se debería atribuir la contribución al desenlace transgresor del interés jurídico tutelado.”

⁸ “En los términos del artículo 10 de la Ley 23 de 1981, «[e]l médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente.»

⁹ Al tenor del artículo 15 ejusdem, el médico debe pedir el consentimiento del paciente «para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que pueden afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.»



Con base en las precisiones dogmáticas consignadas, la sala responderá los cargos de las demandas a efectos de verificar el acierto y la legalidad de la decisión dispuesta frente a cada uno de los procesados. Con ese propósito, de manera inicial, referirá los términos de la acusación, y los presupuestos de condena sobre los cuales los juzgadores de instancia les imputaron el resultado lesivo descrito en antecedentes.

De la acusación. En el escrito y en la audiencia correspondiente, la Fiscalía describió fácticamente el evento indicando que el menor DSMR, de 3 años de edad, el 11 de octubre de 2007, sufrió un golpe en el testículo izquierdo, motivo por el cual fue llevado de *“urgencia a la Cruz roja de la Av. 68 en donde fue atendido por la doctora Jeimmy Vidal Bojanini, quien ordenó radiografía y dio de alta al menor con ibuprofeno, remitiéndolo con cita médica al pediatra para el día siguiente.”*

Manifestó la denunciante - *continúa la acusación* - que por el fuerte dolor del menor *“ese mismo día se llevó al Hospital de San José y allí fue atendido por el médico pediatra Guillermo Forero, quien ordenó cita médica por urología pediátrica para el siguiente día y que se continuara con el analgésico. Para el 12 de octubre, acudió al consultorio médico de Compensar del barrio Villa Luz, donde fue atendido por el doctor Héctor Rojas Medina quien recetó Naproxeno suspensión y argumentó que el testículo estaba bien a pesar de lo inflamado y dolor (sic)... para el 13 de octubre en una terapia respiratoria en la clínica San Rafael, la madre comenta el caso con la doctora que lo atendía y ésta de inmediato llamó a la doctora Andrea Jimena Duarte, cirujana pediátrica, quien valoró al menor y notó que este ya no podía caminar, el testículo se encontraba inflamado y enrojecido. Se autorizó operación inmediata pues al testículo no le llegaba sangre. Luego de la cirugía el resultado*

dado por la médica era que al menor no se le había podido salvar el testículo debido a que no hubo atención médica a tiempo.”

Conforme con el escrito, la Fiscalía “...observa en forma clara una infracción al deber objetivo de cuidado, pues con la atención que le fue dada al menor se omitió por parte del personal médico un deber que le era exigible, pues hubo descuido al no haber previsto lo previsible (una falta en el diagnóstico del dolor escrotal que conllevó a la pérdida del testículo izquierdo pues el cuadro de torsión en su fase inicial requería tratamiento quirúrgico), atendiendo las consideraciones individuales en que se llevó al menor, ocasionándose con ello como resultado que implicó (sic) una secuela médico legal consistente en la pérdida anatómica del testículo izquierdo de carácter permanente.”

En el aspecto jurídico a los procesados se los acusó como autores del delito de lesiones personales, de conformidad con los artículos 23, 111, 116-2, 117, 120-1 y 2 del Código Penal.

Sentencia de primera instancia. El juez de conocimiento, en alusión al deber objetivo de cuidado en la actividad médica, determinado por la observancia de los protocolos establecidos para el tratamiento de cada enfermedad, consideró que el diagnóstico que presentaba DSML era escroto agudo, respecto del cual constató que en Colombia y especialmente en la Cruz Roja, el Hospital San José y la EPS Compensar, “NO EXISTE UN PROTOCOLO MÉDICO para el abordaje adecuado de este diagnóstico”. Ante esta circunstancia, dejó de lado el testimonio de la perito presentada por la Fiscalía para demostrar la deficiente atención brindada por los acusados, quien declaró que: i) la

ecografía que se le realizó no era la adecuada para descartar posible torsión testicular; ii) se requería una ecografía doppler; y iii) la práctica médica recomienda en esos casos la exploración quirúrgica.

Los motivos por los cuales el a quo dejó de lado esa prueba los fijó en: i) la falta de idoneidad de la perito (médico general) cuando el caso reclamaba la opinión de un urólogo o un cirujano pediátrico; ii) el dictamen refirió una junta institucional que no precisa las personas ni las especiales calidades médicas que les asistía para pronunciarse acerca del caso; y iii) consultó telefónicamente a un urólogo que no contó con los soportes médicos requeridos para emitir el concepto, profesional que, además, no presentó las bases técnicas del peritaje y tampoco declaró en juicio.

A cambio de esa prueba, tuvo en cuenta el protocolo previsto en el catálogo IMSS de México, relativo al Abordaje Diagnóstico del Escroto Agudo en Niños y Adolescentes, según el cual, en esos eventos se presenta *una urgencia quirúrgica* de cara a las complicaciones que pueden surgir, siendo las más graves la torsión por la eventual pérdida del testículo.

Con base en esa información, concluyó que, aun cuando los procesados no tenían la obligación de intervenir quirúrgicamente al menor, infringieron el deber de cuidado *“al desconocer que el diagnóstico de escroto agudo en un niño de tres años, constituye frente a la buena práctica médica una urgencia quirúrgica, lo que motivaba por sí solo la remisión inmediata del menor*

al cirujano pediátrico o al urólogo". De igual modo, por omitir la ecografía de doppler, examen que podía develar con mayor claridad la situación del paciente.

Sentencia de segunda instancia. El Tribunal, comenzó por superar el debate relacionado con el protocolo mexicano para el escroto agudo, con el cual el juez de conocimiento estableció la omisión al deber de cuidado por parte de los acusados, y resolvió la alzada exclusivamente sobre las pruebas practicadas en el juicio.

A partir del análisis de los medios de convicción y de la labor cumplida en el caso por los profesionales enjuiciados, el juzgador de segundo grado concluyó que infringieron el deber de cuidado, teniendo en cuenta que: i) la doctora Vidal Bojanini remitió al niño a un pediatra, pero lo hizo de palabra, no de manera escrita y prioritaria; ii) el médico Forero León, de un lado, al haberse guiado por una ecografía ordenada con antelación, sin considerar que en 12 horas el estado del paciente pudo cambiar; por el otro, al haber asegurado que el niño no presentaba dolor, siendo claro que se le llevó al servicio médico a causa de esa sensación que lo afectaba; y iii) el galeno Rojas Medina, porque *"no vio lo que la madre [del menor] sí pudo ver: un testículo de un rojo oscuro como una ciruela."*

Respuesta a las demandas de casación

1.- Demanda a nombre de Jeimmy Paola Vidal Bojanini. Los cargos que contiene proclaman la violación de la ley

sustancial (*en forma directa e indirecta*), por aplicación indebida de los artículos 23, 111, 116-2 y 120 del Código Penal, referidos a la modalidad culposa del delito de lesiones personales que generan como consecuencia la pérdida anatómica de un órgano o miembro de la anatomía humana.

1.1 El cargo primero postula la violación directa, pues, en criterio del recurrente, el Tribunal declaró que, al momento de la valoración, la acusada diagnosticó que el menor presentaba una epididimitis. Sin embargo, le atribuyó el resultado (*pérdida del testículo*), por no haber dispuesto el tratamiento requerido para una torsión testicular.

Teniendo en cuenta que la aplicación indebida de la ley representa una forma de transgresión inmediata del derecho sustantivo, cuando los hechos declarados por el sentenciador carecen de correspondencia con los supuestos fácticos de la norma utilizada en la solución de asunto, surge claro que el error denunciado en esta censura no está llamado a prosperar, toda vez que la exposición de los sucesos en la sentencia describe la omisión de los acusados en establecer el diagnóstico correcto para una afección testicular como la que afectó al menor DSMR.

Al efecto, el Tribunal se basó en el dictamen de Medicina Legal, prueba que refiere la importancia que debe dársele a los traumatismos testiculares, en cuanto demanda la realización del examen físico, ecografías y demás ayudas destinadas a establecer la naturaleza y las repercusiones de una ruptura testicular inadvertida.