

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Magistrado ponente

AP5918-2014

Radicación n° 37485

(Aprobado Acta No.318)

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil catorce (2014).

La Sala decide sobre la admisión de la demanda de casación presentada por el defensor de Fabián Enrique Blanchar Díaz, contra la sentencia en virtud de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, revocó la sentencia absolutoria dictada por el Juzgado 23 Penal Municipal y lo condenó a 6 meses, 12 días y 6,9 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa, en su condición de autor del delito de lesiones personales culposas.

HECHOS

El Tribunal los resumió de la siguiente manera en la sentencia recurrida:

La denunciante Fanny Adriana Guerrero, contrató con el doctor Fabián Enrique Blanchar Díaz las cirugías de lipectomía abdominal y lipoescultura láser, la que fue practicada de manera ambulatoria el 15 de enero de 2007 en la institución Innovation

Medical Center, ubicada en la carrera 24 No. 85-41 de esta ciudad; el cuidado postoperatorio se llevó a cabo en la vivienda de la paciente, a donde acudió la esteticista Carmen Luisa Pérez, realizó diez terapias - masajes- y recibió atención del procesado los días 17 y 23 de enero en la clínica Márquez, fecha inicial en la que se retiraron los drenajes, formándose un seroma, por lo que se le practicaron tres drenajes, y ya para los días 7 y 8 de febrero fueron retirados los puntos, colocándose el ombligo en su lugar, el que presentó nueva dehiscencia y por ello el 12 de mismo mes se repitió el procedimiento médico.

Ante [el] drenaje fétido umbilical, el procesado tomó una muestra para establecer [si concurría] alguna bacteria y es así como el 15 de febrero de 2007, mediante cultivo se determinó la presencia de salmonella, por lo que se ordenó el antibiótico ciprofloxacilina 500 mgr., cada ocho horas, el implicado practicó el último control dos días después, persistiendo el drenaje fétido.

La denunciante acudió a otro profesional, quien estableció la necesidad de reevaluar el examen de laboratorio y fue así como en la Clínica Palermo se practicó nuevo cultivo que arrojó la presencia de enterobacter cloacale y enterococos faecalis resistentes.

La paciente ingresó a la Clínica Marly el 28 de febrero de 2007 recibiendo tratamiento de infectología y cirugía plástica mediante dos desbridamientos quirúrgicos, permaneciendo hospitalizada hasta el 16 de marzo del mismo año.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 27 de abril de 2010, ante el Juzgado 18 Penal Municipal con función de control de garantías, se verificó la audiencia de formulación de imputación, dentro de la cual el procesado no se allanó a los cargos de lesiones personales culposas, previstas por los artículos 111, 112-2, 113-2 y 120 del Código Penal, y fue acusado conforme con el escrito respectivo del 24 de mayo siguiente.

Agotado el trámite del juicio, el juzgado de conocimiento, 23 Penal Municipal de Bogotá, mediante sentencia del 22 de marzo de 2011, absolvió al acusado, decisión que al ser apelada por el apoderado de la víctima, revocó el Tribunal el 29 de julio de ese mismo año, imponiéndole la pena antes indicada, decisión que ahora recurre en forma extraordinaria la defensa.

DEMANDA DE CASACIÓN

Atendiendo las finalidades del recurso extraordinario, el recurrente indica que en el presente asunto se requiere un fallo de fondo con el propósito de: i) afianzar la jurisprudencia relacionada con la imputación objetiva, teniendo en cuenta que las decisiones de las instancias son diferentes y concibieron de manera diversa el aspecto dogmático relativo al incremento del riesgo permitido; ii) asegurar las garantías fundamentales del acusado, condenado sin contar con las pruebas que demuestren el desconocimiento del deber objetivo de cuidado; y iii) para corregir los errores a través de los cuales el Tribunal transgredió la ley sustancial.

De otra parte, con base en la causal tercera de las previstas por el artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, relacionada con el desconocimiento de las reglas de producción y apreciación probatoria, acusa la sentencia de violar la ley sustancial, al haber incurrido el sentenciador en errores de hecho mediante falso juicio de identidad, sobre los testimonios de Fabián Rodrigo Cuevas Navarrete, Carmen Luisa Pérez, Fanny Adriana Guerrero Quiroga, Fabián Enrique Blanchar Díaz, y en el documento contentivo de la historia clínica de la Clínica de Márquez, el cual contiene el devenir postoperatorio de la víctima.

En su criterio, el Tribunal fundamentó la condena en las siguientes consideraciones fundamentales:

a.) El procesado decidió practicar una megaliposucción en forma ambulatoria, y en el

tratamiento postoperatorio no prestó la ayuda médica adecuada a su paciente, atribuyó la presencia de la bacteria salmonella a factores ajenos al procedimiento realizado, y cuando la infección estaba avanzada decisión realizar un cultivo para determinar el organismo que la producía, disponiendo un tratamiento de antibiótico que resultó inadecuado y perjudicial para la paciente.

b.) El acusado sabía que ese procedimiento genera altos índices de morbilidad e infección, por lo que le resultaba exigible actuar con extrema diligencia, pues al registrarse las dos dehiscencias umbilicales, eritema, calor preumbilical y presencia de secreción fétida sin respuesta al antibiótico local ordenado, debió actuar como lo haría un cirujano plástico normal, disponiendo la hospitalización y la práctica de desbridamientos quirúrgicos.

Transcribe la declaración de Fabián Rodrigo Cuevas Navarrete y asegura que el Tribunal la adicionó al atribuirle al testigo la afirmación según la cual, realizar una megaliposucción ambulatoria está prohibido y que ese procedimiento le genera mayores riesgos al paciente.

También lo tergiversó, pues él no dijo que ante la presencia de una infección, debe procederse a desbridar la herida. Lo que se extrae de su dicho es que primero se trata con curaciones, punciones, extracción de líquido, antibiótico y, por último, de ser necesario, proceder a la limpieza indicada por el testigo, médico que atendió a la víctima en la clínica Marly.

La adicionó, además, en cuanto puso al testigo a decir que, según la sintomatología registrada, la paciente debió ser hospitalizada.

La declaración del Cuevas Navarrete no refiere que el procesado justificó la aparición de la bacteria salmonella, en factores ajenos al procedimiento practicado a Fanny Adriana Guerrero, aspecto en que el juzgador, de igual modo, adicionó ese testimonio.

Por último, sostiene, la declaración no precisa ni lleva a inferir que el antibiótico formulado por el acusado, resultó insuficiente para que la víctima superara la infección por salmonella, pues la suficiencia o no del medicamento, corresponde al momento en que aparece la necrosis, no al surgimiento de los primeros signos de infección, de donde resulta inadecuado concluir que el acusado se equivocó en la formulación del antibiótico, pues tal conducta se ubica mucho antes de la aparición de la necrosis.

En cuanto a las restantes pruebas afirma que fueron cercenados: el testimonio de la esteticista Carmen Luisa Pérez en lo siguiente: “Que es integrante del equipo del médico tratante desde hace cinco años, que al día siguiente de la cirugía ella acudió a la residencia de la señora Fanny Adriana Guerrero Quiroga para iniciar las 20 terapias ordenadas por el médico Blanchar Díaz; precisó que realizó 10 sesiones de manera continua y que las 10 restantes no las llevó a cabo porque la... paciente le indicó que había conseguido un sitio más barato y más cerca de su casa; concretó que los masajes consistían en drenar hacia los ganglios y botar los líquidos por los drenes puestos a la paciente.”

El de Fanny Adriana Guerrero Quiroga en cuanto “Dijo que para el postoperatorio el médico Blanchar le indicó los parámetros que con relación a la diete debía seguir para que no hubiera afectación; adveró así mismo que la atención en esta etapa comenzó con las visitas (diez en total) de la esteticista asignada por el médico Blanchar (Carmen Luisa Pérez) y que los drenajes le fueron retirados por el galeno a los nueve días.”

El del acusado, en la descripción de los cuidados postoperatorios, la atención que le prestó en esa fase a la paciente, la secuencia de los controles, que la evolución fue satisfactoria y la infección tardía en tanto sobrevino tres semanas después del procedimiento. También en cuanto dijo que le realizó diversas punciones a la víctima en la Clínica Márquez, institución que cuenta con las medidas sanitarias para adelantar esos

procedimientos.

La prueba documental, por último, fue igualmente cercenada, ya que el ad quem no tuvo en cuenta la síntesis del postoperatorio y de la atención brindada por el acusado a la paciente.

De no haber trastocado la integridad de los medios de prueba reseñados, afirma, el juzgador habría advertido que la infección surgió 33 después de la cirugía, es decir, en la fase posterior al procedimiento quirúrgico, no en el acto de la operación, y que el acusado prestó la asistencia médica correcta, de manera que no puede atribuírsele responsabilidad en el delito que se le atribuye.

El sentenciador, en suma, violó en forma directa, por falta de aplicación, el artículo 380 del Código de Procedimiento Penal, a partir de una errónea apreciación de los medios de convicción, y vulneró por indebida aplicación los artículos 23, 111, 112-2, 113-2 y 120 del Código Penal, motivo por el cual solicita que se case la sentencia y en su lugar se absuelva al acusado.

CONSIDERACIONES

La demanda examinada no satisface los presupuestos lógicos y de adecuada fundamentación requeridos para examinar de fondo el cargo que postula, teniendo en cuenta que el censor no demuestra la necesidad de cumplir alguna de las finalidades previstas para el recurso extraordinario, propone inadecuadamente el cargo, y desarrolla la censura sin cumplir los requisitos previstos por los artículos 183 y 184-2 de la ley 906 de 2004.

En efecto, según dice, es necesaria la intervención de la Corte con el fin de consolidar la jurisprudencia relacionada con la imputación objetiva, pero no acredita el cumplimiento de esta finalidad, pues ni siquiera indica los pronunciamientos

contradictorios que sobre esa materia ha dictado la Corporación, presupuesto indispensable para reclamar en esta sede una decisión unificadora que le ponga fin a la contradicción, o le permita a la Sala expresar su opinión frente a un tema jurídico del cual no se ha ocupado o, de ser el caso, actualizar su postura sobre cierta temática, cuando el devenir histórico y social lo haga exigible.

En segundo lugar, anuncia la necesidad de restablecer las garantías fundamentales del acusado, pero no acredita su conculcación, limitándose a sostener que la condena carece de fundamento probatorio y se sustenta en la errada apreciación de los medios de convicción.

Por último, demanda la necesidad de hacer efectivo el derecho material, afectado por los errores de juicio en que incurrió el sentenciador de segundo grado, pero no expone argumentos destinados a demostrar que la declaración de justicia que cuestiona, es errada en tanto desconoce el derecho penal sustancial y ni siquiera enuncia las normas eventualmente vulneradas.

Se tiene entonces, que el actor incumple el requisito inicial de demostrar de qué forma la casación, como medio de control constitucional, estaría llamada a procurar alguno de los propósitos trazados por la ley para el recurso extraordinario.

De otra parte, pero en relación con el punto anterior, la proposición del cargo es defectuosa, ya que el actor denuncia la violación directa por falta de aplicación del artículo 380 del Código de Procedimiento Penal, cuando el cargo que postula (error de hecho por falso juicio de identidad), corresponde a una de las formas de violación indirecta de la ley sustancial y, adicionalmente, la norma supuestamente transgredida es de carácter procesal sin efectos sustanciales, como quiera que establece el deber de apreciar en forma conjunta los medios de prueba, las evidencias físicas y los elementos materiales probatorios.

En cuanto tiene que ver con el cargo único de la demanda, la técnica del recurso extraordinario de casación informa que cuando se acude a la violación indirecta en la forma del falso juicio de identidad para censurar una sentencia, el actor debe simplemente hacer un ejercicio de comparación objetivo entre lo que la prueba dice y lo que el sentenciador le hizo decir.

En tal sentido, las exigencias técnicas imponen al demandante poner de presente ante la Corte la prueba que fue tergiversada, enmendada o agregada en su contenido y demostrar específicamente en dónde se produjo la alteración, para que solo sea menester un sencillo ejercicio de comparación entre lo demostrado por el Juzgador y lo denunciado por el censor, a fin de verificar la veracidad del cargo.

No obstante, el solo hecho de que el error haya ocurrido no impone, por sí, la prosperidad del ataque, pues el deber del censor no se agota en la constatación de la existencia del error, sino que le impone también la verificación de la trascendencia. Esto es, la demostración de que únicamente la existencia del error sostiene la sentencia. Si ello no es así, el cargo resulta inane por no desvirtuar las presunciones de legalidad y acierto que acompañan el fallo.

El recurrente se aparta del cumplimiento de estos presupuestos. A pesar de que indica las pruebas que en su criterio fueron alteradas por el juzgador de segundo grado, en esencia no desarrolla el ejercicio básico de confrontación aludido, ni demuestra la trascendencia del supuesto error, toda vez que omite ofrecer una nueva valoración del conjunto probatorio, con la cual, corregido el error, se concluya en forma inequívoca que el acusado se sometió al deber objetivo de cuidado que le era exigible, y procede restablecer la absolución dispuesta por el juez de conocimiento, según propone en el escrito de la demanda.

En el reproche que formula al testimonio del cirujano plástico Fabián Rodrigo Cuevas

Navarrete, transcribe apartes de la sentencia, así como la totalidad de la declaración y sostiene que el Tribunal modificó su contenido, toda vez que el testigo: i) no dijo que realizar una megaliposucción de manera ambulatoria esté prohibido, o que genere mayores o menores riesgos para el paciente; ii) tampoco averó que la primera opción ante la presencia de una infección sea la debridación; iii) ni que se debió actuar como lo haría un cirujano plástico normal, disponiendo la hospitalización de la paciente; iv) o que el procesado atribuyó la aparición de la bacteria salmonella a causas ajenas al procedimiento quirúrgico; v) menos que el tratamiento antibiótico fuera insuficiente para superar la bacteria y la infección derivada de la compleja cirugía.

A parte de no concretar los singulares segmentos en que pudieron resultar afectadas las pruebas con el error de hecho denunciado, el recurrente hace una lectura particular de la sentencia y descontextualiza los argumentos sobre los cuales el ad quem dedujo la responsabilidad del acusado, denotando su propuesta falta de técnica y desconocimiento de los principios que rigen el recurso extraordinario, en particular, el de corrección material, pues la censura se edifica sobre supuestos que no corresponden a la realidad y, paradójicamente, termina por tergiversar al sentenciador.

En efecto, las referencias al testimonio del cirujano Fabián Rodrigo Cuevas Navarrete, se concretan en los reproches que hizo el Tribunal frente al incumplimiento por parte del acusado de sus deberes profesionales, lo cual aconteció desde la inicial entrevista que tuvo con la víctima, muy informal, por cierto, pues en el juicio se demostró, que ni siquiera elaboró la historia clínica, en la cual debía consignar, dijo el Tribunal, “las condiciones de salud de su paciente, los motivos de consulta, el diagnóstico médico... [además] era su deber informar y consignar que los procedimientos médicos solicitados por la denunciante no son utilizados para adelgazar, que era el deseo y propósito expuesto por la quejosa; afirmación que realiza la Sala con base en lo señalado por el testigo, doctor Fabián Rodrigo Cuevas Navarrete, cirujano plástico y jefe de dicha especialidad en la Clínica Marly, quien atendió a Fanny Adriana Guerrero en urgencia de

dicha institución, y dijo: liposucción es para moldear el cuerpo y no para adelgazar.”

En segunda medida, como se estableció que la paciente, motivada por la publicidad que alguna artista reconocida hizo en un medio de comunicación de los servicios brindados por el doctor Blanchar Díaz, le solicitó que le practicara la liposucción y la lipectomía, a lo que accedió sin reparar el peso, la talla, las razones de la obesidad ni los antecedentes generales de la requirente, es decir, sin la atención requerida para realizar el diagnóstico adecuado; el juzgador contrastó su actuación con la que desarrollaría un cirujano prudente, el cual “no practicaría procedimiento quirúrgicos como a los que fue sometida la paciente y menos luego de una entrevista informal que jamás fue consignada en la correspondiente historia clínica, pues como lo señaló el doctor Cuevas Navarrete, las megaliposucciones, además de personalmente no practicarlas, menos lo haría de manera ambulatoria, por el alto índice de morbilidad y riesgo de contraer infecciones.”

En forma adicional, el sentenciador también refirió la declaración de ese testigo, luego de detallar la labor cumplida por el acusado en el postoperatorio de la señora Fanny Adriana Guerrero, conforme con los registros de la historia clínica, y de precisar que la misma, por sí sola, no revela el cumplimiento de sus deberes profesionales, pues con independencia del origen de la bacteria, debió realizar el procedimiento médico adecuado, dada su posición de garante, “empero – preciso el Tribunal – a pesar de las complicaciones registradas con el seroma y las dos intervenciones para fijar el ombligo – dehiscencias – decidió por último realizar el cultivo y al determinar la bacteria, iniciar un tratamiento que resultó inadecuado y perjudicial para la paciente, pues como lo señaló el doctor Fabián Rodrigo Cuevas Navarrete, la evolución de la infección y los múltiples drenajes impedían que el antibiótico fuera suficiente”.

Y, continuó citándolo de la siguiente manera: “cuando uno tiene un paciente con abundante panículo adiposo o abundante tejido graso la circulación de ese tejido se afecta mucho más en una cirugía, ella tenía necrosis había signos claros macroscópicos de pérdida de circulación de ese tejido graso, y lo que uno podía ver en retrospectiva en ese momento es que esa necrosis grasa de alguna manera estaba favoreciendo o perpetuando la infección, mientras uno no quitara ese tejido necrótico la infección no iba a mejorar”.

Es decir, de lo expresado por el declarante el sentenciador dedujo que la formulación del antibiótico resultó inocua para superar la bacteria que afectaba a la víctima, quien debió ser hospitalizada para practicarle el desbridamiento “tal y como lo refiriera en su testimonio el doctor Cuevas Navarrete”, al describir el procedimiento que le hizo a la señora Fanny Adriana Guerrero, para combatir la infección adquirida en el postoperatorio.

Mas ello no implica que el Tribunal haya alterado los hechos revelados por ese medio de convicción, o que hubiere modificado su contenido material, que es en lo que consiste el error de hecho denunciado.

Por tanto, se equivoca el recurrente al sostener que el juzgador ad quem alteró la prueba, bajo el supuesto de que le hizo decir al testigo que: el procedimiento ambulatorio de megaliposucción está prohibido o es más riesgoso, la debridación surge como primera opción médica en caso de infección, el acusado debió obrar como un cirujano diligente, justificó en factores extraños a la cirugía la aparición de la salmonella, o que el tratamiento antibiótico formulado a la paciente fue insuficiente; pues ninguna de estas afirmaciones las asumió el Tribunal como expresadas directamente por el testigo Cuevas Navarrete, conforme puede leerse en el texto del fallo, sino que corresponden a las deducciones que sacó de esa prueba y de las restantes practicadas en el juicio, al abordar el análisis sobre la responsabilidad del acusado, lo cual significa que el cargo

debió formularse como error de hecho pero por falso raciocinio, previsto para atacar las inferencias del juzgador cuando quiera que se opongan a las reglas de la sana crítica.

En cuanto a los restantes medios de prueba (testimonios de Fabián Blanchar Díaz, Fanny Adriana Guerrero, Carmen Luisa Pérez y la historia clínica), indica los aspectos que en su criterio fueron cercenados en cada uno, pero no determina lo que de ellos en particular dijo el juzgador y tampoco refiere técnicamente la trascendencia de los supuestos yerros.

Al respecto, se conforma con manifestar que de no haberlos cometido, el sentenciador habría concluido que el acusado procedió acorde con la lex artis y dentro del riesgo permitido, pues la apreciación correcta de las pruebas le expresaría que brindó la ayuda y el tratamiento requeridos por la paciente, la formulación del antibiótico ciprofloxacina fue suficiente para superar la infección por salmonella, o que desbridar en esos casos no es el primer procedimiento que debe emprenderse.

Sus argumentos confrontan los expuestos por el Tribunal y, en esa medida, resultan inútiles en el propósito de derruir la sentencia, blindada como se encuentra por la doble presunción de acierto y legalidad, y que en el presente caso se fundamenta en el hecho demostrado de que el procesado no valoró en la forma prevista por los cánones médicos a la paciente Fanny Adriana Guerrero, quien le solicitó la realización de una liposucción simplemente porque quería adelgazar, a lo que procedió sin siquiera diligenciar en la primera entrevista, la historia clínica exigida para analizar los antecedentes de la paciente, de quien nunca averiguó las condiciones bajo las cuales vivía y si en términos de asepsia eran idóneas para el postoperatorio.

De igual modo, en el hecho demostrado que frente a la presencia de la infección, independientemente de su origen y de la atención brindada a la paciente, el tratamiento que dispuso fue inadecuado, como quiera que el diagnóstico (paciente con abundante

panículo adiposo, abundante tejido graso, necrosis, signos claros de pérdida de circulación de ese tejido graso), aconsejaba realizar el desbridamiento o aseo quirúrgico, pues la necrosis grasa favorecía o perpetuaba la infección, de donde se deduce – utilizando los términos de la sentencia – que la formulación del antibiótico no resultaba suficiente para que la paciente superara la bacteria y la infección que sobrevino a la compleja cirugía a la que fue sometida.

El Tribunal concluyó, de ese modo, que el acusado “obró alejado del deber objetivo de cuidado e incrementó el riesgo de producir daños a su paciente, que eran conocidos por él, dada su formación académica y por ende era previsible que la realización ambulatoria de los procedimientos médicos de megaliposucción y lipoescultura, con alto índice de morbilidad y mortalidad, generaran seromas que al no responder a través de punciones y drenajes, podrían derivar en la contaminación de cualquier bacteria, ante la baja de los niveles de inmunidad del cuerpo de la paciente, y por ende al decidir su práctica de esta manera, asumía todos los riesgos que por falta de asepsia surgieran en el postoperatorio...”

El recurrente, se insiste, confronta las conclusiones del Tribunal en esta materia, mas no acredita que sean contrarias a las reglas de la sana crítica o que obedezcan a falencias de apreciación de los hechos acreditados en el juicio.

En este orden de ideas, la apreciación diversa que de las pruebas pretende imponer el recurrente, no conduce a demostrar dentro de la lógica y los rigores del recurso extraordinario, el error de hecho que le atribuye a la sentencia, lo cual significa que la demanda examinada no debe ser admitida a trámite.

Lo anterior, además, teniendo en cuenta que la Corte no advierte necesaria su intervención en este particular asunto, en orden a restablecer las garantías fundamentales del acusado.

Contra la decisión que se anuncia procede el mecanismo de insistencia, en la oportunidad, forma y términos precisados por esta Corporación (V.g. CSJ AP 12 Dic. 2005 Rad. 24322).

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

RESUELVE

Inadmitir la demanda de casación presentada por el defensor de Fabián Enrique Blanchar Díaz.

Regresen las diligencias al Tribunal de origen. Procede el mecanismo de insistencia.

Notifíquese y cúmplase.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria