

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.

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 7º 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 del 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 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 afflictiva 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 cuidado³.»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 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 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 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.”

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.

En ese contexto el juzgador señaló que “si un varón llega con una afección testicular como la que aquí padeció el niño DSMR, de escasos tres años, lo que la profesional de Medicina Legal nos está diciendo es que la ciencia médica tiene a su disposición una serie de posibilidades para tener el diagnóstico correcto, y entre tales posibilidades, además del reconocimiento físico, estima ella, son recomendables una serie de exámenes, siendo la exploración escrotal la más segura de todas. Si leemos bien, este dictamen no está diciendo que, forzosamente deban ordenarse todos esos exámenes, pero sí que la ciencia médica ahora... tiene un ramillete de opciones para hacer un buen diagnóstico.¹⁰”

A partir de lo anterior orientó el discurso hacia la torsión testicular, pues según el dictamen, se debe considerar esta patología como primera opción diagnóstica y agotar todos los recursos en orden a descartarla. El médico tratante debe agotar todos los recursos para acertar en la calificación de la enfermedad, su función no es desprenderse del paciente enviándolo a casa con una fórmula de analgésicos.

De igual modo, con base en la declaración de la testigo Andrea Jimena Duarte Sanabria, aludió al síndrome inguino escrotal agudo y la importancia de la ecografía doppler cuando se sospecha una torsión testicular, a pesar de que la declarante, quien removi6 el testículo necrosado del menor, manifestó que, en los impúberes, dicho examen diagnóstico no sirve “porque el tamaño del testículo si es de menos de un centímetro cúbico, de menos de dos centímetros cúbicos de volumen, realmente es muy difícil percibir si [la] irrigación es normal o está disminuida, y entonces no puede concluirse, con ese examen, si hay o no una torsión testicular.”

En atención al testimonio de las profesionales citadas, el Tribunal partió de la base de que en los eventos de traumatismos testiculares el diagnóstico es de síndrome escrotal, el cual obliga a adelantar todos los exámenes posibles para descartarlo, incluida la exploración quirúrgica; aunque dejó a salvo la manifestación de la doctora Duarte Sanabria, acorde con la cual, ante una dolencia testicular, alternativas de diagnóstico distintas de torsión, como

la epididimitis, no se podían descartar.

En ese escenario, en la valoración concreta de la actuación desplegada por la acusada Vidal Bojanini, el Tribunal sostuvo que: i) es un hecho no desvirtuado que, como médica general, entendió que debía remitir al paciente con el pediatra, sin embargo, no lo hizo por escrito y tampoco con la prioridad requerida; ii) si bien el centro de Salud de la Cruz Roja no contaba con atención especializada en pediatría ni urología, se demostró que tiene regulados los protocolos necesarios para el traslado de pacientes cuando se requiera; y iii) resulta injustificado, según lo referido por la denunciante, que haya revisado al menor, “sin palparlo, sin tocarlo, y apenas señalándolo con un lapicero, sin respetar, siquiera, la privacidad del infante, con la puerta del consultorio abierta, como si no tuvieran los niños, tan personas como nosotros, el derecho a la intimidad en una revisión médica”; aspectos, por demás, ajenos a la acusación, que en lo fáctico refirió de manera genérica la infracción al deber objetivo de cuidado por una falta en el diagnóstico del dolor escrotal.

En las condiciones referidas resulta evidente que el juzgador de segundo grado no tuvo en sus consideraciones, como presupuesto fáctico para determinar la tipicidad del comportamiento de la acusada Vidal Bojanini, el hallazgo de una epididimitis en el menor examinado, sino que la patología debía entenderse como torsión testicular, la cual reclamaba la realización de todos los exámenes posibles para descartarla. Al no proceder en esa forma la acusada, concluyó el Tribunal, desconoció el deber de cuidado que le correspondía y, en consecuencia, le resultaba imputable el resultado.

Siendo así, el presupuesto fáctico establecido y analizado por el juzgador, concuerda con los fundamentos de hecho previstos en las disposiciones sustanciales que instrumentalizó en la resolución del caso sometido a consideración, de donde fluye la inexistencia del yerro que le atribuye el demandante en el reproche examinado.

El cargo, en consecuencia, no prospera.

1.2 Los reproches segundo y tercero se fundamentan en la violación indirecta de la ley sustancial, mediante errores de hecho por falso raciocinio y falso juicio de existencia. Según afirma el recurrente (cargo segundo), el sentenciador refirió que es imposible determinar en qué momento, entre el 11 y el 13 de octubre de 2007, sobrevino la torsión testicular, pero derivó responsabilidad en la acusada bajo el supuesto de haber remitido al paciente con el pediatra en forma verbal, sin la prioridad que el caso reclamaba, conclusión contraria a la lógica, pues si el paciente no registraba esa patología mal podía exigírsele que la diagnosticara. Además (cargo tercero), la historia clínica de la Cruz Roja consigna el procedimiento efectuado por la acusada, de manera especial que lo remitió con el pediatra de Compensar. En ausencia de estos errores, concluye el actor, el Tribunal habría establecido que la acusada no desatendió el deber de cuidado que le era exigible.

Le asiste la razón al recurrente en la formulación de estas censuras, teniendo en cuenta el siguiente panorama demostrativo.

La historia clínica de la Cruz Roja reporta que el 11 de octubre de 2007¹¹, la doctora Jeimmy Paola Vidal Bojanini atendió al menor DSMR, por trauma testicular. Adelantó el examen físico, mediante el cual verificó talla, peso, temperatura, frecuencia cardíaca, respiratoria y, con el análisis de la zona afectada, ordenó ecografía escroto inguinal.

La ayuda diagnóstica obtenida ese mismo día y realizada por el radiólogo Eduardo Molano, arrojó el siguiente resultado: “Los testículos tienen posición usual. Contorno regular y ecogenicidad parenquimatosas homogéneas normales sin lesión focal o difusa. No hay alteración epididimaria derecha. El izquierdo presenta notorio engrosamiento. No hay dilatación venosa. Leve hidrocele izquierdo asociado fisiológico. El trayecto inguinal se aprecia libre. Proceso inflamatorio epididimario izquierdo postraumático.¹²”

Con base en estos hallazgos recetó antiinflamatorios, hizo recomendaciones a la progenitora sobre signos de alarma, y ordenó la remisión del lesionado a la EPS Compensar.

En el juicio declaró el radiólogo Molano en relación con el examen aludido¹³. Aclaró que la ecografía concluyó, según consignaba la historia clínica, que se trataba de una contusión del epidídimo y “para nada” podía decirse que correspondía a una torsión testicular¹⁴, no hubo hallazgos diversos y los descubiertos, reiteró, no indicaban torsión testicular¹⁵.

De igual modo, se escuchó el testimonio de la doctora Andrea Jimena Duarte, cirujana que removió el testículo necrótico del paciente y declaró acerca del procedimiento adelantado. Dijo al respecto que se le consultó por un cuadro de dolor testicular asociado a cambios inflamatorios, denominado en forma genérica síndrome inguino escrotal agudo, aunque, agregó, son muy pocas las veces “que podemos tener absoluta certeza antes de entrar al procedimiento quirúrgico, específicamente qué entidad es, una de las causas que no es la más frecuente de síndrome escrotal agudo es la torsión testicular. Y cuando uno piensa, está pensando entre las posibilidades que hay una torsión testicular, estamos hablando de una emergencia quirúrgica.¹⁶”

En relación con el tiempo de evolución del síndrome descrito, manifestó que es difícil establecerlo, si se piensa en una torsión testicular la necrosis puede sobrevenir en dos horas, incluso en veinticuatro horas. La literatura médica reporta que, si el paciente llega con un síndrome ínguino escrotal y lleva más de 6 horas de evolución, la mayor probabilidad es que haya necrosis al hallazgo quirúrgico. De ahí, añadió, que ese síndrome se trata como una urgencia y es necesario llevarlo a exploración (cirugía) escrotal¹⁷.

Dijo, además, que el síndrome escrotal “tiene muchas causas, entre esas está la torsión testicular, pero no es la causa más frecuente¹⁸.”

De igual modo, que puede tener origen traumático, pero no es causa efecto “porque debe haber una situación específica para que se presente la torsión testicular. La causa específica es una alteración anatómica, la fijación y estructura del testículo no es la adecuada, por x o

y razón, aumento del tamaño testicular, por ejemplo, en la pubertad, o por traumas se aumenta la contracción del [músculo] cremáster, y como el testículo no está bien fijo, anatómicamente hablando, permite la torsión testicular.¹⁹”

La declarante añadió que, en casos como el analizado, la torsión testicular no es una patología frecuente, los rangos de mayor incidencia son los neonatos y los pacientes entre los 13 y 16 años. Y, en orden a determinar el carácter de la enfermedad, refirió que al paciente se le debe hacer la evaluación normal, es decir, el interrogatorio, el examen físico y de acuerdo con eso tomar decisiones frente a las posibilidades diagnósticas. El examen físico es lo más importante, a esa edad la torsión es infrecuente, lo usual son los procesos inflamatorios como las epididimitis²⁰, y descartó la eficacia de la ecografía doppler en impúberes, pues cuando el testículo tiene un volumen inferior a dos centímetros cúbicos, es imposible establecer si la irrigación está disminuida, luego no permite establecer si hay o no torsión testicular.

Finalmente, en el contrainterrogatorio de la defensa, en relación con el tratamiento a seguir cuando el diagnóstico es de epididimitis, puntualizó: se debe hacer manejo antiinflamatorio, hielo local y reposo²¹. Además, reiteró, la mayoría de las veces la torsión testicular se presenta sin trauma, se da por alteraciones anatómicas que son inherentes al paciente y resultan imposibles de detectar. Tampoco se puede determinar el momento exacto en que se da la torsión por ser asintomática²².

Al juicio compareció también la doctora Liliana Marcela Támara Patiño, perito de Medicina Legal. El dictamen, entre otros aspectos, aborda el trauma testicular y las lesiones que puede generar (ruptura testicular, torsión testicular). En general, refiere el síndrome de escroto agudo, el cual, dice, presenta tres diagnósticos en orden de importancia: i) torsión testicular, ii) Torsión de Hidátide de Morgagni, y iii) epididimitis.

Diferentes estudios, afirmó, demuestran que “la torsión testicular no es la primera opción

diagnóstica en el escroto agudo y que una gran mayoría de cuadros pueden ser manejadas conservadoramente, aún entre niños y adolescentes, donde las torsiones ocurren de preferencia, puesto que en los estudios es superada por dos cuadros de manejo no quirúrgico, como la torsión de apéndices y la epididimitis.²³

Al interrogatorio respondió que no existe protocolo del manejo en urgencias para la torsión testicular, aunque se acogen los lineamientos internacionales que propenden por lograr la certeza diagnóstica con procedimientos encaminados a descartarla.

En el contrainterrogatorio de la defensa, precisó que, para el 11 de octubre de 2007, cuando el segundo galeno valoró al menor, la sintomatología que presentaba no registraba signos de torsión sino de epididimitis, pues exhibía marcha normal, sin dificultades para caminar, el testículo era palpable, y no había signos de inflamación ni dolor, manifestación infaltable en la diagnosis de torsión. Con esos hallazgos clínicos, continuó al contrainterrogatorio, no era posible hacer un diagnóstico diferente a la referencia que se tenía de la ecografía.

Respondió además que, si se trata de un diagnóstico de epididimitis postraumática en un menor de 3 años, se le puede remitir al urólogo pediatra para que haga seguimiento a la forma como se trató la enfermedad, esto es, si la epididimitis se resolvió en forma adecuada. La situación es diferente si la diagnosis arroja escroto agudo o posible torsión testicular que deban descartarse, para lo cual debe remitirse el paciente al urólogo. En el presente caso, agregó, al menor se le remitió al especialista indicado (urólogo), para hacerle seguimiento a una epididimitis postraumática diagnosticada por ecografía.

Sobre este panorama probatorio, las conclusiones del sentenciador en relación con la procesada Vidal Bojanini, resultan contraria a la razón, en cuanto sostienen que transgredió el deber de cuidado al no remitir al paciente con el especialista en urología o hacerlo sin la prioridad que la patología de torsión testicular reclamaba; reflexión equivocada atendiendo

al hecho de que el cuadro clínico reportado en ese momento era de epididimitis, o como técnicamente lo describió el radiólogo Eduardo Molano, un proceso inflamatorio epididimario izquierdo postraumático, el cual, incluso ratificó la experta de Medicina Legal que declaró en el juicio a instancia de la Fiscalía, al referir que los hallazgos clínicos descritos por quien valoró al menor en segunda oportunidad el 11 de octubre de 2007, correspondían concretamente a una epididimitis, patología establecida en horas de la mañana, ese mismo día, por la acusada Vidal Bojanini, a partir del examen físico del paciente y la ecografía escroto inguinal que le ordenó.

Con base en ese diagnóstico, esto es, el cuadro clínico establecido por la procesada, que los testigos de cargo y de la defensa coinciden en afirmar era el que presentaba el paciente en la fecha indicada, al Tribunal le correspondía verificar si la doctora Vidal Bojanini desconoció el deber de cuidado que le era exigible, como presupuesto de imputación del resultado lesivo por el que se le procesa.

Sin embargo, el juicio valorativo lo adelantó sobre una patología diferente, más grave que la registrada en el momento por el paciente, la cual, según lo demostrado en el proceso, aunque no cuenta con un protocolo documentado en el país, debe enfrentarse con una praxis más detallada y cautelosa que la aplicable en los eventos de epididimitis, padecimiento este que caracteriza la expresión menos severa de escroto agudo, acorde con lo consignado en el dictamen médico forense.

Los expertos que declararon en el juicio, bien como testigos de la Fiscalía o los convocados a instancia de la defensa, coinciden en afirmar que la epididimitis atiende a un tratamiento conservador (no invasivo), reducido al “manejo antiinflamatorio oral con hielo local, antiinflamatorio local y reposo”, conforme lo precisó la testigo Andrea Jimena Duarte, en cita realizada por el Tribunal en el fallo recurrido²⁴.

Pues bien, la historia clínica de la Cruz Roja (11-10-08) y la transcripción de la misma en el

dictamen de Medicina Legal, refieren que, frente al diagnóstico de epididimitis, establecido con el examen físico del paciente y la ecografía inguino escrotal ordenada por la acusada, se dispuso tratamiento antiinflamatorio, recomendaciones [sobre cambios que agravaran el estado], y la remisión del paciente a Compensar, institución con mayor capacidad de atención médica.

En estas condiciones, debe concluirse que, el diagnóstico y el tratamiento médico verificados por la acusada Jeimmy Paola Vidal Bojanini, se sometieron a los parámetros profesionales de la ciencia médica (*lex artis*), lo cual permite afirmar que obró según el deber de cuidado que le correspondía, de donde surge que no puede atribuírsele el resultado lesivo que se le imputa.

Los errores de raciocinio y de existencia que el censor le atribuye a la decisión resultan evidentes. De un lado, concluyó que la acusada desconoció el deber de cuidado al no emplear el tratamiento médico usual para una enfermedad diferente a la diagnosticada al paciente; y por otro, no valoró la prueba que demuestra la remisión del lesionado a un centro médico de superior capacidad de atención.

En esas condiciones, como se demuestra que la acusada dispuso el tratamiento correspondiente a la patología del paciente, y que ordenó, además, la remisión con otro profesional a quien le correspondía continuar el tratamiento y cuidados de la enfermedad, se concluye que actuó sometida al deber de cuidado que le correspondía, de manera que el resultado ilícito no le es imputable a la conducta de la doctora Vidal Bojanini, conclusión que cobra mayor solidez en el dictamen de Medicina Legal, cuando refiere que la torsión testicular requiere tratamiento especializado por urología o cirugía pediátrica y “[e]n el caso actual, la remisión a un servicio de este tipo fue dado por consulta ambulatoria pero no se realizó, no se cuenta con los elementos para determinar las causales por las cuales, no fue llevado el menor a consulta con urología pediátrica.²⁵”

La labor cumplida por la procesada Vidal Bojanini contrasta con los términos de la acusación, que en forma genérica proclama la infracción al deber de cuidado, por el descuido del personal médico que no previó lo previsible: una falta en el diagnóstico del dolor escrotal que conllevó a la pérdida del testículo izquierdo.

Si se tiene claro que la valoración física y el examen diagnóstico adelantados por la acusada determinaron la presencia de una epididimitis postraumática, frente a la cual dispuso el tratamiento previsto por los parámetros profesionales médicos, incluida la remisión con un especialista, decae el fundamento de la condena, pues resulta evidente que la acusada obró conservando el deber de cuidado, sin generar o ampliar riesgos superiores a los previstos en la praxis de su profesión.

En esas condiciones, erró el Tribunal al imputarle a la acusada el resultado lesivo, cuando en la actuación se evidencia que la omisión sobre la cual fundamentó la transgresión al deber de cuidado, no tuvo ocurrencia, como quiera que la médica Vidal Bojanini, examinó al paciente, diagnosticó la enfermedad que presentaba en ese momento, y lo remitió con el especialista, según se lo imponía la práctica médica.

Consecuente con lo expuesto, los cargos de violación indirecta por falso raciocinio y falso juicio de existencia, devienen procedentes, razón por la cual la Corte, atendiendo la solicitud del Ministerio Público, de la defensa y, parcialmente, del Delegado de la Fiscalía, casará la sentencia recurrida y absolverá a Jeimmy Paola Vidal Bojanini del delito de lesiones personales que se le atribuye.

2. Demanda presentada a nombre de José Guillermo Forero León. De los cargos propuestos por el actor la Sala admitió para estudio de fondo el segundo de violación directa 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, y el tercero de violación indirecta en la modalidad de error de hecho mediante falso juicio de existencia por omisión del fallo del

Tribunal de Ética Médica del 24 de noviembre de 2011, que descartó la ejecución de prácticas inadecuadas en la gestión profesional del médico Forero León, en el caso que se analiza.

2.1 En relación con el cargo de violación directa de la ley, por falta de aplicación de la norma procesal de efectos sustanciales que establece los principios rectores y garantías procesales de presunción de inocencia e in dubio pro reo (art. 7° L. 906/04), y la aplicación indebida de aquellas que tipifican el delito de lesiones personales; el yerro refulge en los argumentos con los que el juzgador de segundo grado intentó develar el momento en el que el paciente desató la torsión testicular, pues, consideró, “como el doctor Forero León revisó al niño en la noche del jueves 11, y el sábado 13 el niño fue intervenido quirúrgicamente, y para entonces, no solo ya tenía más que una torsión testicular, sino muerta completamente la gónada izquierda, uno tendría que colegir que, por alguna razón, aún no explicada con toda la ciencia que se le ha aplicado a este caso, la torsión ocurrió, en forma repentina, el viernes, como venida de un desconocido infierno de azarosos infortunios.”

De igual modo al referir que “El Tribunal no es un ente especializado en medicina para determinar en qué momento, entre el jueves 11 de octubre y el sábado 13, ocurrió la torsión del testículo del pequeño, pero en un caso delicado, como ese, que exigía atención perenne, un seguimiento constante, varias omisiones tuvieron lugar: la doctora Vidal Bojanini remitió al niño a un pediatra, pero lo remitió solo de palabra y no en forma ni escrita ni mucho menos prioritaria. El doctor Forero León, se contentó con una ecografía tomada en la mañana por orden de la doctora Vidal, pero sin considerar que en doce horas el estado orgánico del niño había podido cambiar, además el doctor Forero León aseguró que el niño no sentía dolor cuando es claro que fue llevado al consultorio de este, justo por el dolor que los quejidos del niño revelaban. Y finalmente, tal vez el comportamiento más inaudito, el doctor Rojas Medina no vio lo que la madre sí pudo ver: un testículo de un rojo oscuro como una ciruela.”

Las pruebas consideradas por los juzgadores exponen también la situación de duda en relación con el tema objeto de análisis. Al examinar la responsabilidad de José Guillermo Forero León, el Tribunal señaló que los medios de convicción allegados por la defensa, afirman que el diagnóstico establecido por el acusado fue correcto, toda vez que el paciente presentaba una epididimitis y no la torsión testicular. De tal situación dieron cuenta: i) la pediatra Olga Lucía Baquero, quien, con la documentación allegada, concluyó que no se podía asegurar que el menor sufriera la segunda enfermedad para el momento en que fue atendido por el acusado, y tampoco advertía necesario practicar exámenes diagnósticos adicionales, atendiendo los hallazgos de la valoración; ii) Jairo Humberto Correa Mejía quien, en su condición de urólogo, ratificó que, coetánea a la valoración realizada por el procesado Forero León, no había clínica de torsión testicular aguda de cordón espermático, toda vez que se consultó por un trauma testicular contundente el cual no suele derivar en torsión, “en el examen físico es claro que el pediatra no encontró dolor testicular, condición sin la cual no puede sospecharse torsión testicular, tampoco encontró induración del parénquima testicular ni del epidídimo y solo hay un hallazgo ecográfico de inflamación del epidídimo y ligero hidrocele fisiológico reactivo, lo cual concuerda con un proceso inflamatorio agudo postraumático”; por lo anterior, agregó, la conducta médica fue la indicada para la condición clínica del paciente, es decir, dar salida con fórmula de analgésico y antiinflamatorio oral, recomendaciones sobre signos de alarma y consultar por urgencia; iii) el acusado Forero León, en cuanto refirió el procedimiento que le permitió establecer la patología del paciente (epididimitis) y el tratamiento que dispuso. Por último, iv) la Fiscalía y la defensa estipularon que el Tribunal de Ética Médica, mediante decisión del 24 de noviembre de 2011, archivó la actuación seguida en contra de los acusados Forero León y Vidal Bojanini, en consideración a que la atención que brindaron al paciente DSMR, se ajustó a la *lex artis*²⁶.

A partir de estos medios de convicción el Tribunal manifestó que la evidencia física al alcance del acusado no mostraba signos de torsión testicular, sino de inflamación del

epidídimo, por lo cual debió concluir que el procesado obró de acuerdo con la lex artis y devenía atípico su comportamiento.

Sin embargo, dio en considerar que, como el paciente presentaba dolor, el testículo inflamado y rojo, resultaba reprochable que el acusado lo hubiese devuelto a casa sin ordenarle exámenes adicionales, teniendo en cuenta que: i) el radiólogo Eduardo Molano manifestó que la situación del paciente, luego de realizarle la ecografía, pudo cambiar y ello implicaba realizar una nueva ecografía u otros exámenes diagnósticos, en caso de haberse establecido hallazgos sospechosos de torsión testicular; ii) y que el dictamen de Medicina Legal, advierte la necesidad de consultar al urólogo en eventos como el analizado, por eso, agrega el fallo recurrido, “es mejor pecar por exceso de cuidado que por defecto. Ciertamente [la perito] llegó al extremo de advertir [que] todo escroto agudo es una torsión testicular hasta que no se demuestre lo contrario”, y debe informársele al urólogo sin pérdida de tiempo. Por esta razón, aunque el procesado remitió al menor con el especialista, le reprochó que no lo haya ordenado con la urgencia requerida.

Frente a este panorama la jurisprudencia y la doctrina propenden porque, en los delitos imprudentes, se sancionen los comportamientos objetivamente peligrosos realizados más allá del riesgo permitido, que en la práctica médica lo determinan las reglas técnicas o profesionales que conforman la lex artis, las cuales, entonces, deben examinarse para establecer si el galeno respetó o no los protocolos establecidos en la diagnosis y tratamiento de una determinada enfermedad, o si su actividad, en cualquier caso, corresponde con la que ejercería un médico diligente.

En la especie analizada, se estableció que el menor DSMR, ingresó el 13 de octubre de 2007, al servicio de urgencias pediátricas de la Clínica San Rafael. Según la historia clínica, presentó “desde anoche aumento de tamaño testicular y eritema con aumento de dolor, razón por la cual consulta²⁷”. Al examen se observa “aumento de tamaño de testículo izquierdo, con eritema escrotal, aumento de la consistencia y no móvil con dolor a la

palpación... diagnóstico... torsión del testículo... acetaminofén... nombre del procedimiento... iniciación y drenaje de escroto y túnica vaginalis... consulta control cirugía pediátrica.²⁸ La nota de cirugía indica: "... aumento del contenido en hemiescroto izquierdo con edema eritema, dolor, testículo indurado, aumentado de tamaño, doloroso a la palpación. Análisis paciente con síndrome inguinoescrotal agudo izquierdo en quien existe la posibilidad de torsión testicular que coincide con trauma aparente, sin embargo, por el tiempo de evolución existe la posibilidad de necrosis testicular y de requerir orquidectomía y fijación testicular contralateral, no se descarta sin embargo otras causas de escroto agudo...²⁹"

De igual modo, el dictamen pericial informa que el proceso de torsión testicular "ocurre rápidamente y por lo general está instaurado a las 6 horas del accidente³⁰, en la medida que transcurre el tiempo las oportunidades de que sea reversible son menores y en general a más de 24 horas de ocurrido el accidente la gónada esté necrosada y perdida."

No puede discutirse que el menor DSMR desató un episodio de torsión testicular que concluyó con la extirpación de la gónada izquierda por necrosis. De lo que no hay certeza es si el médico José Guillermo Forero León, obró sin la diligencia debida en la atención que le dispensó y si su comportamiento generó o incrementó el riesgo materializado en el resultado ilícito que se le imputa.

El Tribunal afirma que ese resultado es imputable al comportamiento negligente del acusado, ya que el menor presentaba signos de torsión testicular al momento de la valoración, de manera que el galeno estaba compelido, de conformidad con la *lex artis*, a ordenar los exámenes posibles y la remisión prioritaria con el especialista, aserto que realiza desde una perspectiva *ex post*, con fundamento, básicamente, en la revisión bibliográfica del dictamen de Medicina Legal, la cual ilustra que, en los eventos de escroto agudo, la patología más severa (torsión testicular), debe considerarse como primera opción diagnóstica, dada la posibilidad de que la determinación errada de la naturaleza de la

enfermedad, puede llevar a la pérdida del testículo.

La literatura médica consignada en el dictamen enfatiza que: i) todo escroto agudo es una torsión testicular hasta que no se demuestre lo contrario; ii) el diagnóstico es clínico, las ayudas por imágenes son herramientas adicionales; iii) ante la sospecha de torsión testicular la conducta debe ser la exploración escrotal – procedimiento quirúrgico – y fijación del testículo contralateral; iv) el paciente y/o la familia deben ser informados de la eventualidad de tener que practicar una orquidectomía.

Refiere, de igual modo, cómo proceder con un escroto agudo: i) elaborar una historia clínica completa, haciendo énfasis en tiempo de aparición de los síntomas, forma de iniciación de los mismos, historia de síntomas similares, y presencia o no de síntomas irritativos del tracto urinario como disuria y frecuencia urinaria; ii) registrar hora de la última comida; iii) “Examen físico completo anotando el grado de edema rubor y color del testículo comprometido, así como su posición tanto en relación con el eje normal como a la altura del escroto. Inspección cuidadosa de la piel sobre el polo anterior del testículo para buscar el punto negro de la torsión de la hidátide...”

En esencia, el proceder del acusado Forero León se orientó a excluir la torsión testicular, según lo declaró en el juicio. En caso de trauma testicular, dijo, debe descartarse el síndrome escrotal agudo, ya que el estallido, la torsión o la hemorragia testicular, son patologías catastróficas³¹. En el caso específico lo descartó a través de la entrevista, el examen físico y con ayuda diagnóstica. Como el menor presentaba unos signos específicos (condición cardiopulmonar normal, estaba tranquilo, podía caminar, no presentaba dolor), era innecesario un nuevo examen diagnóstico, al descartarse manifestaciones de escroto agudo³². De haber tenido la sintomatología (febril, inflamado, imposibilitado en el andar, dolor, etc.), habría diagnosticado escroto agudo y, en ese caso, no hubiera ordenado nueva ecografía, sino la hospitalización del paciente, por requerir urgente valoración por urología³³.

Como viene de verse, de las pruebas practicadas en el juicio y consideradas en el fallo recurrido, surge probable que, cuando el acusado Forero León examinó a DSMR, el diagnóstico fuera de epididimitis, por lo que además de hacerle las recomendaciones del caso a la madre del menor acerca de los signos de alarma, ordenó la remisión por consulta externa con el urólogo. La posibilidad de que ese diagnóstico no hubiere mutado se ratifica en el testimonio de la experta de Medicina Legal, quien precisó que los hallazgos del 11 de octubre, en horas de la noche, cuando el acusado valoró al menor, coincidían con la epididimitis establecida en la mañana en la sede de la Cruz Roja, enfermedad corroborada a través de ecografía.

Que por las horas transcurridas desde cuando se obtuvo la ecografía, el procesado debió ordenar nuevas y más especializadas ayudas diagnósticas, es una contingencia que surge del testimonio del radiólogo Eduardo Molano, quien refirió que el resultado de la ecografía que le practicó al niño esa mañana podía cambiar y tornar inútil la imagen, en la medida, claro, que el cuadro clínico igualmente mutara, es decir, dependiendo de la evolución, si el paciente empeoraba lo procedente sería realizar nuevos exámenes.

Sin embargo, acorde con lo visto, no se tiene certeza de que al momento de la consulta con el médico Forero León, el diagnóstico de epididimitis hubiera variado y empeorado la situación del paciente, siendo posible que el cambio nefasto haya ocurrido luego de la valoración, pues acorde con lo descrito por la historia clínica del Hospital San Rafael, el menor ingresó a las 10 y 30 de la mañana del 13 de octubre de 2007, por urgencias pediátricas. En la noche, precisa el documento, había presentado aumento de tamaño testicular y eritema con incremento de dolor, de manera que los signos de alarma advertidos por el galeno a la madre del menor, pudieron desatarse después de la valoración, entre las 10 y 45 pm del 11 y una hora nocturna no establecida del 12 de ese mes y año, o incluso poco antes de la valoración sin que el acusado pudiera advertirlo, si se tiene en cuenta que el proceso de torsión es rápido, por lo general está instaurado a las 6 horas del accidente y a más de 24 horas surge la necrosis, por consiguiente, la pérdida de la

gónada³⁴.

Siendo así, según aparece, además, esbozado en las consideraciones del fallo recurrido, no puede sostenerse, con la certeza que predicen los juzgadores de instancia, que el acusado desconoció el deber de cuidado e incrementó el riesgo permitido en la actividad médica, al haber orientado la consulta del menor DSMR, con base en un diagnóstico de epididimitis y remitido al paciente por consulta externa al urólogo, pues no se tiene establecido en la actuación, el momento en que la patología se agravó y requería la atención urgente de ese especialista.

En tal orden de ideas, se verifica que la declaración fáctica y la valoración probatoria del sentenciador de segundo grado, envuelven dudas irresolubles en relación con la ejecución de una conducta negligente a la que pueda imputársele el resultado ilícito que se le atribuye al procesado, razón por la cual, acorde con los términos de la demanda y la solicitud del Delegado del Ministerio Público, la Corte casará el fallo recurrido y absolverá de los cargos al procesado José Guillermo Forero León, aplicando, conforme lo reclaman, el artículo 7° del Código de Procedimiento Penal.

3. De la demanda presentada a nombre de Héctor Rojas Medina, la Sala admitió para estudio de fondo cuatro cargos de violación indirecta mediante diversos errores de hecho que habrían conducido a la aplicación indebida de la ley sustancial, en cuanto fue condenado sin que a la actuación se allegara prueba que condujera al conocimiento, más allá de toda duda, acerca de la materialidad del delito que se le atribuye. El conjunto de esos yerros implicaría que el sentenciador: i) supuso la existencia de la historia clínica de la atención brindada por el acusado en Compensar; ii) alteró el contenido de los testimonios de Norma Yolima Rincón³⁵, Andrea Ximena Duarte³⁶, y de Liliana Marcela Támara Patiño³⁷, de la historia clínica del Hospital San Rafael y el dictamen de Medicina Legal, con lo que dio por demostrado que desde que el menor fue atendido en la Cruz Roja, presentaba inflamación testicular; y iii) declaró, sin evidencia corroborativa, que esa manifestación

médica afectaba al paciente desde la mañana del 11 de octubre de 2007; aserto que realizó a pesar de reconocer que el Tribunal no es un ente especializado con conocimientos médicos que le permitan determinar en qué momento ocurrió la torsión testicular.

Al examinar la situación del doctor Rojas Medina, el sentenciador de segundo grado sostuvo que sus omisiones develan mayor incuria, pues habiéndose realizado la cirugía en la que se le extirpó a DSMR el testículo necrosado, el sábado 13 de octubre, y si el acusado lo atendió la víspera, en horas de la tarde, “se puede colegir que para este viernes la torsión era ya un hecho³⁸”; aserto que soporta en el testimonio de la denunciante, en cuanto dijo que en la consulta el niño se quejaba, decía que le dolía y ponía sus manos en los genitales. El médico – continua el Tribunal citando a la testigo – examinó al niño, vio el testículo normal, y como se le informó que tenía la remisión para urología expedida por el doctor Forero León, le dijo que lo llevara, “pero él en ningún momento me dio otra orden u otro examen”, cambió el ibuprofeno por naproxeno y ordenó terapias respiratorias al advertir que presentaba problemas de esa naturaleza.

Con base en ese testimonio, el ad quem desestimó la tesis defensiva, según la cual, el aumento del tamaño testicular surgió la noche del 12 de octubre, de manera que, al ser valorado por el procesado la torsión no existía. En criterio del Tribunal, esa afirmación es parcializada y fragmenta la declaración de la denunciante, prueba sobre la cual dedujo que: i) el agravamiento de la salud del menor fue constante durante los tres días; ii) desde el comienzo – primer día – presentó la inflamación testicular; iii) cuando el paciente fue intervenido en la Clínica San Rafael, el testículo izquierdo ya estaba muerto; en consecuencia, iv) la pérdida del testículo pudo haberse dado no solo horas sino días antes al 13 de octubre.

Frente a las consideraciones sobre las cuales estructuró el sentenciador la imputación del resultado ilícito al comportamiento del acusado, el recurrente, coadyuvado por la Procuradora Segunda Delegado para la Casación Penal, asegura, a través de los distintos

reproches, que no existe prueba del obrar imprudente del médico Rojas Medina, y debe la Sala conferirle la razón, pues las inferencias del Tribunal, por sí mismas, no revelan la conducta a través de la cual creo o incrementó un riesgo superior al inherente a la ciencia médica, que condujo al resultado ilícito que se le atribuye.

Punto de referencia básico, sin que constituya tarifa legal, era la historia clínica de la institución en la que el acusado Rojas Medina atendió al paciente, en tanto permitiría establecer las circunstancias en que lo recibió, la información que obtuvo del representante o los acompañantes del menor, el diagnóstico que extrajo de los signos que presentaba el enfermo, y las ordenes médicas que impartió. Sin embargo, como lo puso de presente el sentenciador de primer grado, a la actuación no se allegó dicho documento, determinante en estos eventos, en orden a verificar el sometimiento o no del profesional de la salud, a la *lex artis* que gobierna el tratamiento de una enfermedad; labor que, no sobra decirlo, le correspondía a la Fiscalía General de la Nación, en el propósito de derruir la presunción de inocencia que cobija al procesado (art. 7° C.P.P.)

Sin ese medio de demostración las instancias acudieron al testimonio de la denunciante, en los apartes en que describió el estado de su hijo: dolorido, sin poder caminar, con diferencia en el tamaño de los testículos, y las disposiciones que recibió del médico: llevarlo al urólogo con la orden que recibió del doctor Forero León, cambiar ibuprofeno por naproxeno, y terapias respiratorias.

Sin embargo, no tuvieron en cuenta otros aspectos del testimonio, de manera específica, las respuestas al contrainterrogatorio del defensor del acusado, en las cuales manifestó que el médico Rojas Medina examinó físicamente al menor, pudo palpar el testículo e, incluso, lo hizo caminar varios metros, lo que pudo hacer el niño por sus propios medios, según dijo la testigo.

Las manifestaciones de la denunciante se contraponen a las consideraciones del Tribunal,

referidas a que el procesado Rojas Medina fue quien obró con mayor incuria, pues al momento de valorar al menor la torsión testicular “ya era un hecho”, no obstante, descubrió una afección respiratoria y “fuera de recetar un analgésico más fuerte no hizo nada más.”

La declarante deja ver que el proceder del galeno dista de la incuria que le atribuye en juzgador. Realizó el examen físico que corresponde en esos casos por ser el más importante, según ilustró la testigo Andrea Jimena Duarte, cirujana que removió el necrosado testículo, y ningún medio de demostración se allegó al juicio, a través del cual sostener que, desde el diagnóstico inicial de la patología hallada en DSMR, hasta el momento de ser valorado por el médico Rojas Medina, se registraron síntomas diferentes que indicaran empeoramiento de su situación, concretamente, la torsión testicular.

De hecho, la única prueba que informa acerca de esos cambios, es la historia clínica de San Rafael, la cual consigna la siguiente epicrisis: “...cuadro de 2 días de evolución de trauma testicular, consulta a su EPS en donde toman ecografía testicular que reporta proceso inflamatorio epididimario izquierdo, dan de alta con analgésico, reconsulta ayer a su EPS pediatría en donde continúan analgesia, desde anoche aumento del tamaño testicular y eritema con aumento de dolor, razón por la cual consulta...” (se destaca).

Se estableció, además, con las historias clínicas de la Cruz Roja y del Hospital San José, que los dos primeros médicos tratantes advirtieron a la progenitora de DSMR, acerca de los signos de alerta que debía atender, es decir, cambios desfavorables que pudiera tener el niño y demandaran atención inmediata, situación que debilita la afirmación del Tribunal, según la cual, la inflamación testicular se presentó desde el mismo jueves 11 de octubre de 2007. Es absolutamente claro que ese día padecía la epididimitis postraumática. También, que los hallazgos clínicos más las ayudas diagnósticas, permitían descartar la torsión testicular, por lo que se remitió al paciente con el especialista en urología, para el tratamiento posterior.

El dictamen de Medicina Legal, reitérese, manifiesta que la torsión testicular es un proceso rápido. De igual modo, la testigo Andrea Jimena Duarte, señaló que la necrosis, en caso de torsión, puede sobrevenir en un lapso de dos a veinticuatro horas, incluso, “si el paciente llega con un síndrome inguino escrotal y lleva más de 6 horas de evolución, la mayor probabilidad es que haya necrosis al hallazgo quirúrgico.”

La indefinición descrita por la ciencia médica aparece patente en el presente asunto en tanto no se pudo establecer el momento concreto en que surgió la torsión. Tampoco se acreditó si el acusado ofreció la atención y el tratamiento médico requeridos en ese instante por DSMR, al omitir la Fiscalía allegar el documento que registra la clínica que halló en el paciente, esto es, los signos que presentaba, y si el diagnóstico establecido junto con el tratamiento que ordenó, estuvieron conformes con las previsiones correspondientes de la lex artis.

En tales condiciones, los cargos de la demanda prosperan, al resultar evidente que el sentenciador asumió una visión trastocada de la realidad probatoria, sobre la cual razonó que el acusado realizó la conducta imprudente al dejar de orientar sus conocimientos médicos hacia el tratamiento de una torsión testicular, de la que no se demostró si el paciente presentaba los síntomas propios de la patología, cuando fue valorado por ese galeno y, en cambio, surge probable que los signos correspondientes a esa enfermedad, sobrevinieron en la noche siguiente a la actuación profesional del acusado.

Lo anterior implica acoger las solicitudes del demandante y de la Procuradora Segunda Delegada para la Casación Penal, por lo que, en aplicación del artículo 7° del Código de Procedimiento Penal, se casará la sentencia y se absolverá a Héctor Rojas Medina del cargo por el que fue acusado en este asunto.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1.- Casar la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, del 9 de julio de 2015, que condenó a Jeimmy Paola Vidal Bojanini, José Guillermo Forero León y Héctor Rojas Medina, como autores del delito de lesiones personales culposas.

2.- Absolver, por las razones consignadas en esta decisión, a Jeimmy Paola Vidal Bojanini, José Guillermo Forero León y Héctor Rojas Medina, del cargo referido.

3.- Contra la presente decisión no procede ningún recurso.

Notifíquese y cúmplase.

EYDER PATIÑO CABRERA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

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

2 “Conforme al artículo 5º 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.”

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

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».”

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».”

10 Fol. 13 Sentencia de segundo grado

11 Documento introducido al juicio visible en carpeta 1 Fol. 299

12 Ib. Fol. 297

13 Disco 6 pista 2

14 Ib. 19'00''

15 Ib. 26'00''

16 Ib. 46'28''

17 Ib. 48'00''

18 Ib. 50'00''

19 Ib. 51'45''

20 Ib. 55'30''

21 14'00'' Disco5 pista 2

22 17'00'' lb

23 Fol. 191 C.1

24 Fol. 32 C. Tribunal

25 Fol. 191 Capeta 1

26 Respecto del doctor José Guillermo Forero León, el Tribunal Ético estableció: "... en su calidad de pediatra de urgencias, valoró al menor [DSMR], en cuya actuación se destaca el resultado de una ecografía sin evidencia de torsión testicular, que se percató que el paciente caminaba sin dificultad y que había dolor a la palpación del testículo... el doctor Forero descartó razonablemente que se tratara de una torsión testicular y describió perfectamente cómo al examen físico pudo palpar el testículo sin registrar retracciones ni dolor... dedicó tiempo necesario para evaluar al paciente y en la historia clínica describió claramente los hallazgos del examen físico que le permitieron orientar al diagnóstico de orquiepididimitis post traumática. Por esto, en el concepto de esta Corporación, el análisis de la información, los hallazgos del examen físico y la interpretación de los paraclínicos, fue ajustada a la Lex Artis, descartó una torsión testicular en una forma lógica y coherente, además de que su actuación fue benéfica o en busca de lo más conveniente para el paciente. Nunca ni por acción ni por omisión quiso poner en riesgo el testículo del paciente y por el contrario procuró descartar una patología quirúrgica." Carpeta 1 Fol. 173

27 Transcripción de la historia consignada en dictamen de Medicina Legal fol. 197 carpeta 1

28 lb.

29 lb.

30 El cual puede tener diversos orígenes (alteración anatómica, trauma, etc.), según lo demostrado en el juicio y, dice el dictamen de Medicina Legal, “La presentación suele ser aguda, con dolor severo localizado a nivel del testículo comprometido. Se puede o no irradiar a la región inguinal, y durante el episodio agudo inicial es posible que se asocien síntomas neurovegetativos, tales como las náuseas y vómito, en la medida que transcurren las horas, el dolor puede ir disminuyendo de intensidad, y los signos inflamatorios aumentando. La edad en que con mayor frecuencia se presenta es la pubertad, pero se puede ver desde el recién nacido hasta el adulto mayor.

31 Minuto 24 disco 12-14

32 43’40’’ lb.

33 44’19’’ lb.

34 Cfr. Dictamen de Medicina Legal

35 Denunciante madre de DSMR

36 Cirujana que practicó la orquidectomía

37 Perito de Medicina Legal

38 Fol. 45 C. Tribunal

20