



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

Magistrado ponente

SP659-2025

Radicación n.° 60887

(Acta n.° 060)

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veinticinco (2025).

VISTOS

La Sala decide el recurso de casación promovido por la apoderada de LUIS HERNANDO ÁVILA ROMERO, condenado en ambas instancias como autor del delito de homicidio culposo. Asimismo, resuelve la impugnación especial interpuesta por el apoderado de FREDY RAÚL HERRERA HERNANDEZ, quien fuera compañero de causa de aquél, pero cuya primera condena, también por homicidio culposo, se efectuó en segunda instancia.

HECHOS

Al mediodía del 4 de septiembre del año 2008, el niño J.A.D.G. fue ingresado a la sala de urgencias del Hospital San Juan de Dios de Girón, a causa de presentar un cuadro clínico de dolor abdominal. Allí fue atendido por el médico FREDY RAÚL HERRERA HERNÁNDEZ, quien le formuló Buscapina -inyectada por una enfermera a eso de la 13:00 de la tarde-. Ya que el paciente continuaba con el dolor, el mismo galeno consultó a un médico especialista, quien le ordenó el suministro de otros medicamentos. Ante la notoria mejoría del paciente, se determinó su salida del hospital a las 4:00 de la tarde.

Cuando estaba en la residencia materna la siguiente mañana, J.A.D.G. continuaba con dolor abdominal. Por eso, volvió al hospital, pero esta vez fue atendido por el médico LUIS FERNANDO ÁVILA ROMERO, quien, a las 8:00am ordenó exámenes clínicos - valorados alrededor de las 10:00 de la mañana-. Una vez obtenidos los resultados, el médico y el practicante de medicina que lo acompañaba procedieron a buscar un centro hospitalario de mayor nivel para remitir al paciente, quien fue trasladado al Hospital Universitario de Santander -siendo recogido a las 11:45am y arribando al nuevo centro hospitalario aproximadamente a las 12:30 del mediodía-.

Lo anterior pudo llevarse a cabo en una ambulancia, en compañía de una enfermera y de la madre de J.A.D.G. Ya en la sección de urgencias del hospital Ramón González Valencia el paciente presentó cuadro de paro respiratorio y

falleció el día 5 de septiembre de 2008, a pesar de las maniobras de reanimación.

De acuerdo con la necropsia médico legal número 2008010168001000587 firmada por el doctor Jesús María Jácome, el niño J.A.D.G. falleció por un síndrome de disfunción orgánica múltiple, que tuvo como causa «peritonitis generalizada, secundaria a úlcera péptica duodenal, perforada y drenada a la cavidad abdominal».

Ahora, en lo que concierne a la atención médica impartida por los procesados y los cargos endilgados, la conducta reprochada por la fiscalía se enmarcó en la desacertada interpretación de los síntomas del paciente, lo que conllevó a un diagnóstico equivocado por parte de los galenos, quienes terminaron por impedir una celeré intervención médica, quirúrgica y farmacológica que modificara el curso de la enfermedad.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 10 de marzo y 30 de junio del año 2017 se formuló imputación en contra de FREDY RAÚL HERRERA HERNÁNDEZ y LUIS HERNANDO ÁVILA ROMERO por el delito de homicidio culposo (art. 109 del C.P.). Los imputados no aceptaron cargos.

2. El 9 de noviembre de 2017, ante el Juez Quinto Penal del Circuito de Bucaramanga, se llevó a cabo la audiencia de

formulación de acusación dentro de la actuación seguida en contra de FREDY RAÚL HERRERA HERNÁNDEZ y Sergio Andrés Mendinueta Giacometto. Allí se atribuyó a los procesados el delito de homicidio culposo contemplado en el artículo 109 del C.P. La respectiva acusación en contra de LUIS HERNANDO ÁVILA ROMERO se efectuó el 21 de febrero 2018 ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bucaramanga.

3. En audiencia efectuada el 22 de mayo de 2018, el Juez Quinto Penal del Circuito de Bucaramanga -previa solicitud de la defensa- decretó la conexidad entre las actuaciones adelantadas contra FREDY RAÚL HERRERA HERNÁNDEZ, LUIS HERNANDO ÁVILA ROMERO y Sergio Andrés Mendinueta Giacometto.

4. Posteriormente se celebró el juicio oral en varias sesiones. Al final se anunció el sentido del fallo de carácter absolutorio a favor de FREDY RAÚL HERRERA HERNÁNDEZ y Sergio Andrés Mendinueta Giacometto, así como condenatorio para LUIS HERNANDO ÁVILA ROMERO, emitiéndose sentencia de primera instancia el 26 de marzo de 2021 por parte del Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bucaramanga.

5. Apelada la decisión por la representación de las víctimas, el Ministerio Público y la defensa de LUIS HERNANDO ÁVILA ROMERO, el 10 de septiembre de 2021 se emitió la sentencia de segunda instancia, con la cual el

Tribunal Superior de Bucaramanga confirmó la condena a LUIS HERNANDO ÁVILA ROMERO por el delito de homicidio culposo y revocó lo decidido por el *a quo* en cuanto la absolución de FREDY RAÚL HERRERA HERNÁNDEZ, al que condenó en calidad de autor del delito de homicidio culposo.

6. En desacuerdo con la anterior sentencia, los defensores de LUIS HERNANDO ÁVILA ROMERO y FREDY RAÚL HERRERA HERNÁNDEZ interpusieron recurso de casación, presentando sendas demandas con el objeto de sustentarlo, pese a que, respecto del segundo en mención, se informó en la sentencia que solo procedía el recurso de impugnación especial.

7. Mediante auto del 13 de febrero de 2024, el magistrado ponente de este proveído dispuso tener como escrito de impugnación especial la demanda de casación presentada oportunamente por el defensor de FREDY RAÚL HERRERA HERNÁNDEZ, sin reparar en las exigencias que le son inherentes a la casación. A su vez, ordenó la devolución de la actuación al Tribunal Superior de Bucaramanga para que se surtiera el traslado a los no recurrentes y se integrara el contradictorio, respecto de dicha impugnación especial.

8. El 3 de mayo de 2024 se admitió la demanda de casación presentada por la defensa de LUIS HERNANDO ÁVILA ROMERO, por lo que el pasado 8 de agosto se practicó la audiencia de sustentación.

LAS SENTENCIAS

II. De primera instancia

9.- Advirtió el juez de primera instancia que existían dudas sobre el quebrantamiento de la posición de garante del médico FREDY RAÚL HERRERA HERNÁNDEZ. Contrario a un actuar negligente o que sugiriera la creación de un riesgo no permitido, lo que se probó fue la actuación del galeno conforme lo dispone la *lex artis*. Esto, pues el médico valoró de manera íntegra a su paciente; inició un tratamiento; contactó a un especialista en el área de pediatría; tuvo al niño J.A.D.G. en observación; le dio de alta cuando ya estaba recuperado; y le formuló medicinas y recomendaciones.

10.- Para el *a quo* la fiscalía incumplió el estándar de suficiencia probatoria exigido en sede de juicio respecto de FREDY RAÚL HERRERA HERNÁNDEZ, por lo que decidió absolverlo.

11.- No ocurrió lo mismo con el médico LUIS HERNANDO ÁVILA ROMERO, a quien el *a quo* halló culpable de la acusación endilgada. Esto, pues una vez el niño fue llevado por segunda vez al hospital -al día siguiente de su primera consulta- este médico lo atendió y observó su avanzado deterioro de salud. Sin embargo, solo ordenó la realización de exámenes y procedió a estabilizar al paciente, sin brindarle un tratamiento con antibióticos.

12.- El *a quo* también reprochó del galeno su espera del resultado de exámenes para proceder con el manejo clínico adecuado. Además, una vez le entregaron los resultados de los paraclínicos ordenados (10am), el niño J.A.D.G. empeoró y no obtuvo respuesta inmediata por el profesional de la salud. Al respecto, señaló la primera instancia:

No obstante, el médico tratante decide que cuenta con el tiempo necesario para iniciar un trámite administrativo escalonado sin volverle a otorgar alguna clase de manejo diferente a esperar una remisión desde las 10:00 a.m. hasta las 11:45 a. m, al observarse que ni dentro del juicio ni en los registros aportados se consignó en algún momento que se hubiese otorgado algún otro tratamiento posterior a los líquidos de estabilización que inicialmente se suministraron.

En este aspecto, aclara este Despacho que el punto en el que el médico Luis Hernando Ávila Romero decide no otorgar ningún tipo de manejo a la sepsis que presentaba el paciente y pretendía remitirlo a un hospital de mayor nivel, atendiendo al delicado estado de salud del paciente, debía prever que, si no pretendía dar el manejo que requería el paciente de manera inmediata, del mismo modo y de forma prioritaria debía garantizar su traslado inmediato con la finalidad de que se evitara un mayor deterioro como el que ya se había permitido con dos horas de espera injustificadas. No obstante, éste no garantiza al paciente ninguna de las dos opciones existentes para preservar su vida, y se pierden horas valiosas adicionales a las que ya se habían perdido desde las 7:20 de la mañana, sin que se hubiese agotado la posibilidad de remitirlo directamente por su compromiso de gravedad máxima.

13.- Aunado a lo anterior, para el *a quo* hay un último y crucial momento en el que el galeno desatiende la *lex artis*. Este ocurre al remitir a J.A.D.G. en ambulancia en compañía de su madre y una auxiliar de enfermería, pese a que, lo que

correspondía en este tipo de casos era el acompañamiento por parte de un médico -que garantizara la posibilidad de reanimación en la ambulancia, lo que no podía realizar una enfermera-.

14.- Por lo anterior, el *a quo* condenó a ÁVILA ROMERO como autor del delito de homicidio culposo, imponiéndole una pena de cuarenta (40) meses de prisión y multa de cuarenta y dos (42) salarios mínimos legales mensuales vigentes, así como una pena accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un lapso igual al de la pena principal.

15.- Conforme al numeral 3 del artículo 43 y lo dispuesto en el artículo 46 de la ley 599 del 2000 le impuso cuarenta (40) meses de inhabilidad para el ejercicio de la profesión médica, al mediar relación de causalidad entre el delito y la profesión que ejerce. Finalmente, le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un periodo de tres (3) años.

II. De la segunda instancia

16.- A diferencia del juez de primera instancia, el Tribunal consideró que al médico FREDY RAÚL HERRERA HERNÁNDEZ le correspondía una atención más rigurosa, pues en el presente caso no se trataba de un paciente promedio, por el contrario, era un niño con antecedentes de problemas gastrointestinales. La omisión de no practicarle

exámenes especializados y optar por «enmascarar el verdadero diagnóstico» al suministrarle calmantes para el dolor, impidieron salvar la vida del menor.

17.- Frente al médico LUIS HERNANDO ÁVILA ROMERO, el *ad quem* confirmó el reproche endilgado por la primera instancia, atendiendo a la falta de celeridad en la intervención por la demora durante el proceso de remisión del niño al Hospital Universitario de Santander. Debido al delicado estado de salud del paciente, se requería disponer de su traslado a un hospital de mayor nivel de la manera más rápida posible, y hacerlo en compañía de un médico, lo que no aconteció.

18.- En suma, el Tribunal concluyó que ambos galenos faltaron a su deber objetivo de cuidado, el cual se concretaba en la atención médica oportuna que requería el niño J.A.D.G. las dos ocasiones que estuvo a cargo de los procesados. Por el contrario, la desatención a la *lex artis* se constató en los desaciertos de cada intervención.

19.- Finalmente, el Tribunal se ocupó de la tasación de la pena. Señaló que el delito por el cual se condenó a FREDY RAÚL HERRERA HERNÁNDEZ es homicidio culposo, que establece una pena de 32 a 108 meses de prisión. Así, dividiendo los cuartos de movilidad y, dado que no concurren circunstancias de mayor punibilidad, se movió en el cuarto mínimo.

20.- Considerando lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 61 del Código Penal sobre el daño real o potencial

creado y la intensidad del dolo, fijó la pena en 40 meses de prisión y multa de 42 salarios mínimos legales mensuales vigentes. La inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas, así como ejercer la profesión médica se dispuso por igual lapso de la pena privativa de la libertad.

21.- El Tribunal concedió al procesado la suspensión condicional de la ejecución de la pena y confirmó la condena de primera instancia en contra de LUIS HERNANDO ÁVILA ROMERO.

LA DEMANDA

22.- Un único cargo presentó la defensa del condenado LUIS HERNANDO ÁVILA ROMERO y lo ubicó dentro de la causal tercera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, a cuyo cobijo denunció la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho, determinado por falsos juicios de existencia, identidad y raciocinio.

23.- Al efecto, sostuvo que se pretermitieron pruebas que demostraban el cumplimiento del deber objetivo de cuidado de su prohijado, siendo conteste la prueba testimonial y documental en señalar que el médico ÁVILA ROMERO hizo lo que estuvo a su alcance para cumplir los parámetros de la *lex artis*.

24.- Añade que al Juez de segunda instancia *se le olvidó o no indagó* que en el sistema de salud colombiano los niveles

de complejidad deben atender las sugerencias derivadas del nivel superior, siendo el hospital de Girón de menor nivel al hospital Universitario de Santander. De esta manera, el recurrente consideró que se pudo controvertir la acusación al demostrarse los procedimientos oportunos y diligentes que el médico ÁVILA efectuó en la atención del menor.

25.- Por otro lado, el censor reprochó que la segunda instancia no hubiera tenido en cuenta la violación al debido proceso por falta de congruencia fáctica, concretamente, por carencia de precisión en los hechos jurídicamente relevantes. De hecho, señaló que los falladores suplieron la labor que correspondía a la Fiscalía, al deducir la conducta que se quería atribuir al procesado de acuerdo con el escrito de acusación, lo que vulneró el debido proceso y el derecho de defensa.

26.- Por lo anterior, solicitó que se case el fallo de segundo grado y se revoque la sentencia condenatoria proferida el 10 de septiembre de 2021.

INTERVENCIÓN DE LAS PARTES EN LA AUDIENCIA DE ARGUMENTACIÓN

27.- El demandante reiteró en lo fundamental, lo consignado en el escrito de casación que fue admitido, sin que sea necesario agregar algo de importancia.

LOS NO RECURRENTES

1. La Fiscalía

28.- En síntesis, refirió que el censor no desarrolló ni especificó el único cargo propuesto al amparo de la causal tercera, «violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho, producto de falsos juicios de existencia e identidad y falso raciocinio». Sin embargo, sí cuestionó como violación a las formas propias de un proceso, la vulneración al principio de congruencia en lo que atañe a los hechos jurídicamente relevantes.

29.- En este caso, el ente acusador tenía la carga de concretar los hechos, las acciones u omisiones en que incurrió el acusado, que permitieran encuadrarse como infracciones al deber objetivo de cuidado. Este concepto desde la teoría de la imputación objetiva se corresponde con la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que se hubiere realizado en el resultado, así como las circunstancias que le permitieran haber previsto este suceso.

30.- Concretamente, adujo que dentro de la fijación de los hechos jurídicamente relevantes a la acusación se le imponía precisar las situaciones en que habría incurrido el procesado, que permitiera tenerlo como generador de la culpa, de un riesgo no permitido jurídicamente. El ente persecutor resumió los desaciertos de instancias de la siguiente forma:

Así, la primera instancia aseguró que el paciente se remitió sin médico acompañante, en pésimas condiciones generales

y que llegó a las 7:20 de la mañana, lo cual no formó parte de los cargos, y se dedujo, no a partir de los hechos fijados por esta, sino desde las pruebas practicadas en el juicio. Lo propio sucede cuando se razona frente a los signos vitales que presentaba el menor y el hallazgo de muestras sépticas, de donde se deduce que se imponía un tratamiento diverso, además de que la remisión a un centro asistencial de mayor nivel debió hacerse con el acompañamiento de un médico, no de una enfermera, nada de lo cual se precisó en los cargos, máxime que los lineamientos del pretendido procedimiento a seguir, la *lex artis*, surgen es de la construcción judicial, no fueron señalados por la fiscalía.

La segunda instancia hizo propios estos argumentos, reiteró que el acusado ordenó unos exámenes cuyos resultados tardaron 2 horas y que solicitó la remisión del paciente sin acompañamiento médico, lo que no hizo inmediatamente, sino que buscó estabilizar al enfermo, todo en desmedro de sus obligaciones como profesional de la salud. Se nuevo, se construyeron hechos ajenos a la acusación, luego, son aplicables los argumentos ya señalados.

31.- En su intervención, la fiscalía afirmó que no consideraba necesario adentrarse en la valoración probatoria -sobre la que ni siquiera se demostraron los errores enunciados genéricamente-, para enfocarse en la falencia de la acusación. Lo anterior, pues no se fijaron los aspectos fácticos que acreditarían la infracción al deber objetivo de cuidado, esto es, la creación de un riesgo no permitido, razón por la que solicitó casar la sentencia de segunda instancia y absolver al procesado.

2. El Ministerio Público

32.- En consonancia con la fiscalía, advirtió que se violó el principio de congruencia, pues las sentencias de instancias, entendidas como una unidad jurídica inescindible, variaron radicalmente los hechos de la imputación y acusación.

33.- Así, como se está ante conductas imprudentes o culposas, se hacía necesario, especialmente en garantía del derecho de defensa, que se le indicara expresamente al procesado en qué consistió aquella violación al deber objetivo de cuidado. Hablar del incremento de un riesgo jurídicamente desaprobado y de su materialización en el resultado lesivo de la trágica muerte del niño de 10 años, conllevaba la fijación de hechos jurídicamente relevantes claros y concretos. Ni en la audiencia de formulación de imputación ni en la audiencia de formulación de acusación fueron puestos de presente. Por el contrario, se plantearon a partir de la práctica probatoria.

34.- Por ello, el representante del Ministerio Público consideró que el recurrente debió proponer dos cargos. El principal sería el atinente a la causal segunda, dada la incongruencia existente entre imputación, acusación y fallo, en lo relacionado con la respectiva imputación fáctica.

Pide, en consonancia con ello, casar la sentencia.

LA IMPUGNACIÓN ESPECIAL

35.- Por su lado, en extenso escrito, el apoderado de FREDY RAÚL HERRERA HERNÁNDEZ denunció la errada valoración probatoria del *ad quem*, pues no analizó las pruebas que indicaban el correcto actuar de su prohijado frente a la salud del paciente. Por ejemplo, en la epicrisis del 04 de septiembre de 2008 se indicó que su defendido cumplió con el protocolo al llamar al nivel superior para enviar al paciente. Además, en este asunto se menospreció que la madre del niño J.A.D.G. víctima no le hubiera brindado la medicina recomendada. En todo caso, la fiscalía no logró derruir la presunción de inocencia de su prohijado.

36.- Por otra parte, señala que la vulneración al debido proceso se presentó al momento en que el Tribunal profirió el fallo de segunda instancia, pues ya había operado el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal.

37.- Lo anterior, toda vez que el fallo en mención se comunicó a las 12:30pm del 10 de septiembre de 2021 y la imputación de su prohijado se efectuó el 10 de marzo de 2017. En aquella fecha ya se encontraba prescrita la acción punitiva del estado, que se concretó el 06 de septiembre de 2021, cumplidos cuatro años y medio desde la respectiva formulación de imputación. En consecuencia, debe decretarse la prescripción de la acción penal y la cesación del procedimiento penal.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

38.- Para resolver integralmente la cuestión planteada - que, como se verá, atañe a ambos procesados, pese a los distintos recursos incoados-, la Sala estima necesario examinar los siguientes temas: 1. Sobre la prescripción invocada por la defensa de FREDY RAÚL HERRERA HERNÁNDEZ. 2. Hechos jurídicamente relevantes de los delitos culposos en el marco de la responsabilidad médica. 2.1 Principio de congruencia. 3. El caso concreto.

1. Sobre la prescripción invocada

39.- Toda vez que parte del recurso del defensor de FREDY RAÚL HERRERA HERNÁNDEZ se centra en invocar la prescripción del ejercicio de la acción penal a favor de su prohijado, la Sala deberá examinar, en primera medida, si le asiste razón al recurrente en este aspecto.

40.- Según lo dispuesto en el inciso primero del artículo 83 del Código Penal, durante la etapa de instrucción, la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20).

41.- Por su parte, el art. 86 *ibidem*, modificado por el art. 6° de la Ley 890 de 2004, establece que la prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación. Detenido el término prescriptivo, éste comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad

del señalado en el artículo 83, sin que pueda ser inferior a 5 años ni superior a 10.

42.- Sin embargo, el artículo 292 *ibidem* prevé que: «(l) a prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de imputación. Producida la interrupción del término prescriptivo, este comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal. En este evento no podrá ser inferior a tres (3) años».

43.- Según se anotó arriba, la Fiscalía General de la Nación le imputó al procesado FREDDY RAÚL HERRERA HERNÁNDEZ el delito de homicidio culposo (artículo 109 de la Ley 599 de 2000), ante el Juzgado 9° Penal Municipal con funciones de control de garantías de Bucaramanga, Santander.

44.- Esa conducta punible contempla una pena de prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses de prisión. Este último *quantum*, debido a la interrupción del término por la formulación de imputación, se divide en dos y queda en 54 meses.

45.- Esto demuestra objetivamente que el Estado no había perdido su facultad punitiva para la fecha en que la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga profirió el fallo confirmatorio: si la imputación contra HERRERA HERNÁNDEZ tuvo lugar el 10 de marzo de 2017, la sentencia

de segunda instancia debía dictarse a más tardar el 10 de septiembre de 2021, lo que en efecto ocurrió, por lo que la acción penal aún podía proseguirse.

46.- En consecuencia, deviene inequívoco que la definición de este problema jurídico es contraria a lo propuesto por el censor, motivo por el cual se continuará con el análisis de los otros temas propuestos que, como se expondrá, tienen un núcleo común para ambos procesados.

2. Hechos jurídicamente relevantes de los delitos culposos en el marco de la responsabilidad médica

47.- La Sala ha explicado de manera insistente el concepto de «hechos jurídicamente relevantes», tratándose del presupuesto fáctico previsto por el legislador en las respectivas normas penales. En su estructura deben considerarse aspectos como los siguientes:

(i) Delimitar la conducta que se le atribuye al indiciado; (ii) establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la misma; (iii) constatar todos y cada uno de los elementos del respectivo tipo penal; (iv) analizar los aspectos atinentes a la antijuridicidad y la culpabilidad, entre otros. Para tales efectos es imperioso que considere las circunstancias de agravación o atenuación, las de mayor o menor punibilidad, etcétera¹.

48.- Dadas las características individuales de cada tipo penal – elementos normativos o subjetivos especiales, dispositivos amplificadores, o atenuantes y agravantes- los

¹ Radicado 44599, del 8 de marzo de 2017.

hechos jurídicamente relevantes no obedecen a un estándar concreto o algún catálogo de contenidos.

49.- El efecto de la ausencia de los elementos del tipo penal en su componente fáctico o, mejor, en lo que se erige en inmutable -núcleo central de los hechos jurídicamente relevantes, de cara a su connotación delictuosa-, es la ineficacia del acto procesal sujeto a dicho requisito.

50.- Es decir, si en el contenido fáctico deja de relacionarse el elemento que delimita la naturaleza delictual de la conducta, lo referido carece de trascendencia penal y, en consecuencia, se aparta de un hecho jurídicamente relevante, tópico que no se suple con criterios subjetivos o conceptos eminentemente jurídicos.

51.- Ahora, en algunas ocasiones, si bien puede predicarse la existencia de hechos jurídicamente relevantes, cuando son deficientes o incompletos, se generan problemas al momento del examen de suficiencia probatoria o de la verificación del principio de congruencia. Estos particulares problemas serán dilucidados a lo largo de la providencia.

De los delitos culposos

52.- Para descender a los delitos culposos, el tipo de responsabilidad penal delimita lo que debe contener la descripción de los hechos jurídicamente relevantes, pues entendido que la conducta es consecuencia de la violación al

deber objetivo de cuidado, surge ineludible concretar cómo operó dicha violación al crear el riesgo jurídicamente no permitido.

53.- En tal medida, el resultado dañoso debe derivar de esa específica acción u omisión que crea el riesgo jurídicamente desaprobado, por lo que el hecho jurídicamente relevante queda protocolizado al consignarla.

54.- Así, para imputar a la persona respecto de las consecuencias de un accidente de tránsito o de una mala praxis médica, no es suficiente con atribuirle la lesión o haber dejado morir a otro, por conducir un vehículo o medicar u operar a un paciente. Estas son actividades cuyo riesgo es tolerado o socialmente admisible. Para el juicio de atribución de un resultado semejante es preciso determinar que fue resultado de haberse incrementado el riesgo por la realización de una específica acción u omisión sin observancia del deber objetivo de cuidado.

55.- En consecuencia, atendiendo la especificidad requerida para la delimitación de hechos jurídicamente relevantes de delitos culposos en el marco de la responsabilidad médica, el primer presupuesto para lograr ese propósito es la verificación de un riesgo desaprobado.

56.- Para ello, debe acudirse a la *lex artis*, integrada por el contenido normativo jerarquizado o consensuado en determinada especialidad, que permite concretar la

atribución de la conducta en lo que concierne a la infracción al deber objetivo de cuidado. Sobre la recomendable composición que la doctrina² señala de este contenido extrapenal, se tiene:

- i. La ley. Por ejemplo: Ley 23 de 1981 -Código de Ética Médica-, Ley 6 de 1991 - regula la especialidad de anestesiología-, Ley 1733 de 2014 -regula los cuidados paliativos-.
- ii. Guías y protocolos de manejo.
- iii. Lectura científica o medicina basada en la evidencia.
- iv. Baremo. En este nivel se ubica de manera *ex ante* a una persona en el mismo rol del autor, para determinar su actuación en ese escenario.

57.- A continuación, se enlistan los criterios elementales para verificar el cumplimiento de los hechos jurídicamente relevantes en delitos culposos, atendiendo el juicio de tipicidad, de acuerdo con la doctrina³ y la jurisprudencia de la Corte sobre el concepto de la «imputación objetiva»⁴. Además, las preguntas que surgen a

² CHAIA, Rubén Alberto. Responsabilidad penal médica, Buenos Aires, Edit. Hamnurabi, 2006. VALENCIA CABALLERO, César Javier. La responsabilidad penal de los administradores del sistema de salud: estudio a partir de la imputación objetiva; Bucaramanga. Biblioteca Jurídica Diké 2015 – 130-133 p.

³ ROXIN, C. (2008). Derecho penal. Tomo I. Madrid, Civitas.

⁴ Sobre la imputación objetiva y la concreción de la posición de garante predicada de la asunción de un riesgo, esta Sala cuenta desde antaño con antecedentes, como la sentencia del 28 de octubre de 2009, rad. 32582, en donde se explica que, es a partir de la falta de sujeción al ámbito de competencia del profesional de la salud que surge la posibilidad de delimitar el acto imputado al agente. Dicha decisión señala:

Respecto a cada persona debe existir un ámbito de competencia que delimite sus compromisos funcionales, en donde todo acto se correlacione directa y

partir de auscultar cada criterio devienen en guía para la posterior valoración probatoria. La constatación o exclusión de la responsabilidad penal de los profesionales de la salud, parte de dar respuesta a lo siguiente:

- 1. ¿Cuál fue el riesgo creado y qué es jurídicamente desaprobado? Deberá determinarse la infracción de la *lex artis*, para lo cual se sugiere establecer la normativa/parámetros desatendidos en la realización de la conducta. Si este primer requisito se satisface, se continuará con la resolución de los siguientes interrogantes.
- 2. ¿Cuál fue el resultado de la conducta –activa u omisiva-?
- 3. ¿Cuál es el nexo causal de la conducta y el resultado? Deberá establecerse si la infracción de ese enunciado de la *lex artis*, es el que explica el resultado lesión o muerte.
- 4. ¿El riesgo jurídicamente desaprobado se desarrolla en el resultado típico? ¿Cuál era el ámbito de competencia funcional del actor? Como lo consagra el artículo 8 de la Ley 599 de 2000, la causalidad no basta para la imputación jurídica del resultado. Por ello, debe preguntarse cuándo, pese al riesgo creado -infracción de la *lex artis*-, el resultado no se explica

sustancialmente con los deberes previamente adquiridos (delimitados) y, ellos además, no pueden ser combinados o mezclados con diversas actividades propias de otros agentes para derivar responsabilidades penales, porque sucedido esto, el resultado típico no le será imputable, si no en la medida exacta de su rol de actividades; pues la posición de garante no puede ser objeto de ampliaciones fuera de la órbita de su concreta competencia; pensar diverso es adentrarse en el vedado camino de la responsabilidad objetiva.

en aquel, por ejemplo, al existir conducta alternativa conforme a derecho, o estar ante una auto puesta en peligro, etc.

58.- Dilucidado el panorama en torno a la concreción de hechos jurídicamente relevantes, se han ido decantando sus particularidades en materia de responsabilidad médica, pues, como quedó visto, el solo criterio de causa-efecto no determina necesariamente un juicio de imputación en materia penal para el profesional de la salud.

59.- De ahí, la necesaria suficiencia en la hipótesis acusatoria, en términos de concreción de la acción u omisión que generó un peligro desaprobado en el ejercicio de una actividad riesgosa jurídicamente admisible con desatención del deber objetivo de cuidado, que se concretó en el resultado.

60.- Así, es claro que la determinación de los elementos estructurales del tipo penal que se atribuyen imputados o acusados es esencial, no solo porque entraña la finalidad de las diligencias de imputación y acusación, sino porque en virtud de que este conocimiento se posibilita al procesado y su defensa adelantar su ejercicio de contradicción, además de constituir el soporte fáctico del fallo.

61.- Pues bien, desde etapas primigenias, la fiscalía reprochó a los procesados la atención médica impartida al paciente J.A.D.G., concretamente, el error en el diagnóstico

que ambos galenos atribuyeron al niño, respecto del cuadro clínico que presentaba. Ello, a su vez, impidió la celeridad de la intervención médica, quirúrgica y farmacológica del paciente, por lo que no pudo modificarse el proceso de evolución de la enfermedad de la víctima hasta su deceso.

62.- Si bien, tal relato fáctico no constituye un modelo a seguir – de ahí que la Sala previamente expusiera una suerte de guía, a fin de perfeccionar los hechos jurídicamente relevantes para estos casos-, este supuesto cumple con señalar una conducta específica que se atribuye a los procesados, la cual deberá ser objeto de verificación en el juicio.

2.1 El principio de congruencia

63.- En el asunto examinado se observa que tanto la fiscalía como los jueces de instancias quebrantaron el principio de congruencia en su componente fáctico. El ente acusador, al omitir algunos hechos jurídicamente relevantes en la acusación, que fueron expuestos en la formulación de imputación. *El a quo* y *el ad quem*, por su lado, al deducir contra LUIS HERNANDO ÁVILA ROMERO las circunstancias constitutivas de la infracción al deber objetivo de cuidado - algunas imputadas y no acusadas, otras ajenas a ambas diligencias-.

64.- El desconocimiento de este principio no solo comporta vulneración de la estructura del proceso, sino que afecta el derecho a la defensa, por cuanto el sujeto pasivo de la acción penal es sorprendido en la sentencia con

imputaciones fácticas y/o jurídicas respecto de las cuales no ha tenido oportunidad de controversia (CSJ SP307, feb. 2 de 2024, rad.58682; CSJ SP566, mar. 2 de 2022, rad. 59100)

65.- Pues bien, la Sala tiene decantado que, aunque el componente *jurídico* de la congruencia es flexible – de manera que la calificación de las conductas imputadas puede variar a lo largo del trámite con ciertas condiciones –, el *fáctico* es rígido (CSJ, SP251-2024, Rad. 60102).

66.- Ello significa que los hechos comunicados en la formulación de imputación determinan el marco del proceso y no pueden cambiarse después -salvo que se solicite audiencia de adición a la imputación-. De tal manera, no es posible agregar nuevos presupuestos de hecho en la posterior acusación y, menos aún, en los fallos. Al respecto señaló que:

[...] mientras la congruencia jurídica es flexible y permite que la calificación típica de la conducta investigada y juzgada varíe en las distintas fases del proceso (con ciertas condiciones), la congruencia fáctica es estricta, por lo cual la atribución de los hechos jurídicamente relevantes debe mantenerse indemne desde su formulación en la audiencia preliminar de imputación:

«El principio de congruencia, como se aprecia de la simple lectura del artículo 448 de la Ley 906 de 2004, es predicable en principio entre la acusación y el fallo.

(...)

Sin embargo, la jurisprudencia tanto de la Sala como de la Corte Constitucional ha extendido el ámbito de cobertura de este principio a la formulación de la imputación, hasta el punto de exigir (con algunas restricciones) una consonancia

fáctica entre los hechos que se han atribuido en la imputación y aquellos que se formulan en la acusación.

O, en palabras de aquella Corporación, “[e]l derecho de defensa del procesado se encuentra limitado de manera desproporcionada al no exigirse la aplicación del principio de congruencia entre la imputación de cargos y la formulación de acusación, es decir, limitándola a la relación existente entre la acusación y la sentencia”. En todo caso, “la exigencia de la mencionada congruencia es de orden fáctico”⁵.

De ahí que «la imputación, como garantía del ejercicio del derecho de defensa, exige una **consonancia de orden fáctico entre esta, la formulación de acusación y el fallo condenatorio**»⁶. Dicho de otra manera, «la formulación de imputación se constituye en un condicionante fáctico de la acusación... sin que los hechos puedan ser modificados»^{7, 8}.

67.- Aunque es posible que, luego de formular la imputación, la Fiscalía se entere de hechos jurídicamente relevantes que ignoraba cuando aquélla tuvo lugar, lo procedente en tal evento, justamente para respetar el principio de congruencia, es que los comunique en una ampliación de esa diligencia:

Desde luego, puede suceder, por la naturaleza progresiva de la actuación penal, que la Fiscalía, luego de formular la imputación, se entere de hechos jurídicamente relevantes que ignoraba al momento de comunicar los cargos. Ello es incluso más probable en eventos de flagrancia, y lo es más todavía si, como en este caso, en los momentos inmediatamente posteriores a su comisión la víctima, de quien proviene la mayor parte de la información en las fases

⁵ Sentencia C-025 de 2010. CSJ SP, 17 sep. 2019, rad. 47671.

⁶ Ibidem.

⁷ CSJ SP, 14 oct. 2020, rad. 55440.

⁸ CSJ SP, 14 ago. 2019, rad. 51745. Reiterada, entre otras, en CSJ SP, 30 oct. 2019, rad. 52713 y CSJ SP, 9 dic. 2019, rad. 54458.

primigenias del trámite, se encuentra en incapacidad de comunicarse.

En tales eventos, el mecanismo procesal con que cuenta la Fiscalía para modificar el marco fáctico del proceso no es, como lo entiende la censora, la posterior acusación (en la cual sólo le está permitido agregar presupuestos de hecho secundarios o, en palabras de la Corte Constitucional, **detalles**⁹) sino la adición de la imputación originalmente formulada:

«... cuando el fiscal considere procedente incluir los referentes fácticos de nuevos delitos, introducir cambios factuales que den lugar a un delito más grave o **modifiquen el núcleo de la imputación, deberá acudir a la adición de la imputación, agotando los trámites procesales pertinentes para ello**»^{10, 11}.

68.- También tiene discernido la Corte que, aunque es en la imputación de cargos cuando se establece el marco fáctico del proceso, **«jamás será posible condenar por hechos que no consten en la acusación, aunque hayan sido atribuidos en la imputación de cargos**»¹². Es decir, «aunque hayan sido formulados de manera correcta los hechos jurídicamente relevantes en la imputación, cuando estos no obren en la acusación, se violará el principio de congruencia si el juez condena por aquellos referentes de hecho»¹³.

⁹ Sentencia C – 025 de 2010.

¹⁰ CSJ SP, 14 ago. 2019, rad. 51745. Reiterada, entre otras, en CSJ SP, 30 oct. 2019, rad. 52713 y CSJ SP, 9 dic. 2019, rad. 54458.

¹¹ Ibidem.

¹² CSJ SP, 17 sep. 2019, rad. 47671.

¹³ Ibidem.

69.- En el caso examinado, la formulación de imputación en contra de **LUIS HERNANDO ÁVILA ROMERO** -en lo que corresponde al aparte del reproche endilgado- se hizo en los siguientes términos:

En cuanto a la atención que hicieron el día siguiente, el 5 de septiembre de 2008, los médicos, Luis Hernando Ávila Romero y Sergio Andrés Mendinueta Giacometto, no hubo adecuada interpretación semiológica y diagnóstica en el cuadro clínico que presentaba el paciente, demorando una celeridad intervención médico-quirúrgica, farmacológica, que modificara el curso de la enfermedad, concluyendo que no se enmarcó ni se ajustó a los principios éticos y científicos de la lex artis. Tenemos que, de acuerdo con los elementos materiales probatorios, la evidencia física, la información rendida por los peritos, testimonios del tío, de la madre del menor, de la enfermera, que incluso estuvo al cuidado del niño, en este caso, se debió remitir al menor, como lo hicieron finalmente, desde el mismo momento en que se presentaban los problemas médicos que llevaron a urgencias, igualmente, debieron haber previsto que se trataba de una grave enfermedad y no de unos simples problemas estomacales asociados con parásitos **y, por último, cuando ya hace la remisión, esta remisión debió haber ido en compañía de un médico que pudiera atender los percances que se presentarán durante la remisión entre el municipio de Girón y el hospital de Bucaramanga, contrario a ello, fue enviado con una enfermera y con la mamá del muchacho, que finalmente, llegó muy mala valoración al hospital Ramón González Valencia, donde presentó el cuadro de paro respiratorio, falleciendo este día 5 de septiembre del 2008.**

Tenemos que, el doctor Luis Hernando Ávila Romero, presente en esta audiencia pública, de acuerdo al concepto de Domingo Enrique Pérez Tovar, profesional del Instituto de Medicina Legal, no hizo una adecuada interpretación semiológica y diagnóstica del cuadro clínico que presentaba Joan Alexander Díaz González, se demoró la intervención médico-quirúrgica, farmacológica, que modificara el curso de la enfermedad, es decir, que evitara precisamente ese síndrome de función orgánica múltiple, debido a la peritonitis generalizada, secundaria a ulcera péptica duodenal perforada y drenada a cavidad abdominal. Y, es

por eso, que la Fiscalía considera que el doctor Luis Hernando Ávila Romero, es autor responsable de homicidio culposo, homicidio a título de culpa...

70.- Así, en las audiencias de formulación de imputación de ambos procesados la fiscalía hizo referencia a la necesidad de haber remitido al paciente en compañía de un médico que pudiera atender los percances que se presentaran en el trayecto entre el municipio de Girón y el hospital de Santander, por lo que no era suficiente la compañía de una enfermera. Pero este fragmento factual no se incluyó en las respectivas formulaciones de cargos.

71. Continuando con la concreción de los antecedentes procesales determinantes en este caso, se tiene que el fragmento concerniente al actuar de los procesados, plasmado tanto en el escrito de acusación como verbalizado en la respectiva audiencia, fue el siguiente:

Conforme a peritaje realizado por parte de médico patólogo adscrito al Instituto de Medicina Legal, en la atención médica impartida por el médico Fredy Raúl Herrera Hernández, no hubo una interpretación adecuada de la semiología y diagnóstico con el cuadro clínico que presentaba el paciente, demorando una celeridad intervención médica y quirúrgica y farmacológica que modificara el curso de la enfermedad y por lo tanto, no se enmarcó ni ajustó a los principios éticos y científicos de la lex artis. En cuanto a la atención prestada por los médicos Luis Hernando Ávila Romero y Sergio Andrés Mendinueta Giacometto, no hubo adecuada interpretación semiológica y diagnóstica en el cuadro clínico que presentaba el paciente, demorando una celeridad intervención médico-quirúrgica, farmacológica, que modificara el curso de la enfermedad, concluyéndose, que no se enmarcó ni se ajustó a principios éticos y científicos de la lex artis.

72.- Visto ese referente, se contrasta con los hechos que el *a quo* dio por probados y dedujo contra al médico LUIS HERNANDO ÁVILA ROMERO, conductas que, en esencia, se condensan así: 1. Realizar exámenes paraclínicos incensarios; 2. Ausencia de tratamiento médico diferente al suministro de líquidos para la estabilización del paciente; 3. Remisión del paciente a un hospital de mayor nivel, pero sin la celeridad requerida y sin acompañamiento por parte de un médico. De estos supuestos, se extrae el respetivo sustento de la decisión de primera instancia:

... el diagnóstico emitido por el médico Luis Ávila fue acertado al haberse verificado que el mecanismo de muerte se debió a una sepsis, pero con quien de acuerdo a (sic) la doctrina médica no acierta al momento de señalar la necesidad de realizar exámenes para proceder con un manejo clínico.

Éstos no necesariamente resultan esenciales, toda vez que el médico está en la capacidad de dar un diagnóstico sin requerir un examen paraclínico, ya que esto puede determinarlo con el estado y los signos clínicos que presenta el paciente, más aún tratándose de un diagnóstico como el presentado por el paciente, el cual de su simple análisis físico le permitió al médico referenciar una "fascies Séptica".

...

A las 10:00 horas, cuando se entregan los resultados de los paraclínicos ordenados, se evidencia que el menor empeora. No obstante, el médico tratante decide que cuenta con el tiempo necesario para iniciar un trámite administrativo escalonado sin volverle a otorgar alguna clase de manejo diferente a esperar una remisión desde las 10:00 a.m. hasta las 11:45 a. m., al observarse que ni dentro del juicio ni en los registros aportados se consignó en algún momento que se hubiese otorgado algún otro tratamiento posterior a los líquidos de estabilización que inicialmente se suministraron.

En este aspecto, aclara este Despacho que el punto en el que el médico Luis Hernando Ávila Romero decide no otorgar ningún tipo de manejo a la sepsis que presentaba el paciente y pretendía remitirlo a un hospital de mayor nivel, atendiendo al delicado estado de salud del paciente, debía prever que si no pretendía dar el manejo que requería el paciente de manera inmediata, del mismo modo y de forma prioritaria debía garantizar su traslado inmediato con la finalidad de que se evitara un mayor deterioro como el que ya se había permitido con dos horas de espera injustificadas. No obstante, éste no garantiza al paciente ninguna de las dos opciones existentes para preservar su vida, y se pierden horas valiosas adicionales a las que ya se habían perdido desde las 7:20 de la mañana, sin que se hubiese agotado la posibilidad de remitirlo directamente por su compromiso de gravedad máxima.

...

La falta a *lex artis* se observa en dos momentos, el primero al momento de no otorgarle atención al paciente previo a su remisión para garantizar su estabilidad durante el traslado, y la segunda frente a su decisión de no ser necesario su acompañamiento por un médico.

73.- Obsérvese que las conductas reprochadas por el *quo* al segundo galeno que atendió a J.A.D.G., exceden el supuesto fáctico por el que fue acusado, cuyo eje central partió del diagnóstico equivocado sobre la patología del niño. Esta situación se desvirtuó, al considerarse que el médico ÁVILA ROMERO acertó en el diagnóstico emitido. Tanto así que las mismas disfunciones orgánicas del paciente diagnosticadas por el médico, fueron corroboradas en las causas de muerte. Así lo afirmó la primera instancia:

... el diagnóstico emitido por el médico Luis Ávila fue acertado al haberse verificado que el mecanismo de muerte se debió a una sepsis.

74.- Se reitera, las demás conductas endilgadas y reprochadas al procesado, en especial, las concernientes a la omisión de brindar tratamiento al paciente luego de recibir el resultado de los exámenes, así como su remisión a un hospital de mayor nivel sin acompañamiento por parte de un médico, no fueron referidas en la respectiva acusación. La única conducta por la que se le acusó fue la que el *a quo* encontró ajustada a derecho.

75.- Igual problema de congruencia se evidencia en la sentencia de segunda instancia, en relación con la declaratoria de responsabilidad del médico ÁVILA ROMERO. Así, el *ad quem* dio por probado los siguientes hechos:

Tal como sucedió con Fredy Raúl Herrera Hernández, innegablemente Luis Hernando Ávila Romero fue uno de los médicos que atendió los quebrantos de salud que presentó el niño JADG, aunque éste último lo valoró al día siguiente de aquel, cuando llegó más delicado al Hospital San Juan de Dios de Girón, dada la evolución de su enfermedad; esa mañana del 5 de septiembre de 2008 arribó el aludido menor a la institución médica en difíciles condiciones de salud, producto de la indebida atención médica que recibió la tarde anterior, Luis Hernando Ávila Romero ordenó practicarle una serie de exámenes que tardaron alrededor de dos horas en revelarse, se estableció que padecía sepsis abdominal, le practicó manejo con intervención endovenosa, paraclínicos y manejo clínico, dada la sintomatología del paciente solicitó remitirlo a un centro de salud de mayor nivel y -al final - no efectuó el traslado inmediatamente porque primero buscó estabilizarlo, ya que - según su dicho - no era posible hacerlo durante el traslado en ambulancia, cuando creyó que sus síntomas no habían empeorado y sus signos vitales eran estables optó por autorizar la remisión al centro médico de mayor nivel, sin acompañamiento médico, lo cual se tradujo en el concreto hecho que implicó un desmedro a sus obligaciones como profesional de la salud.

Al respecto el médico Domingo Pérez Tovar recalcó que «...En la atención médica prestada por los médicos Luis: Ávila y Sergio Mendinueta no hubo una adecuada interpretación semiológica y diagnóstica con el cuadro clínico que presentaba el paciente, demorando una célere intervención médico-quirúrgica y farmacológica que modificara el curso inexorable de la enfermedad...»; **y precisamente esa no «célere intervención» obedeció a la demora que se presentó durante el proceso de remisión del niño al HUS porque - distinto al concepto del médico tratante - Se estableció que en casos como el de JADG, debido a la complejidad de sus síntomas e inminente intervención se requería (i) disponer su traslado de la manera más rápida posible y (ii) en compañía de un médico a bordo de la ambulancia, lo que claramente no aconteció.**

76.- Del anterior recuento procesal aparece diáfano que el presupuesto fáctico dilucidado en torno a la infracción al deber objetivo de cuidado del médico LUIS HERNANDO ÁVILA ROMERO no fue mencionado en la formulación de acusación. En contraste, fue deducido de la práctica probatoria y descrito como enunciado probatorio en la respectiva sentencia condenatoria.

77.- Así, el principio de congruencia comporta dos aristas básicas que soportan su relevancia como instituto procesal: (i) derecho a conocer de manera clara y suficiente los cargos por los cuales se acusa a la persona y (ii) concordancia entre los cargos consignados en la acusación y aquellos objetos de sentencia –absoluta en lo fáctico, relativa en lo jurídico-. La violación del principio puede obedecer a una fuente distinta y ocasionar un daño diferente (CSJ, SP4792-2018, Rad. 52507).

78.- En este caso, según lo expuesto en el acápite 2., si bien los hechos jurídicamente relevantes tuvieron falencias de concreción bajo los presupuestos suficientemente decantados por la jurisprudencia – y deseables en materia de responsabilidad médica-, el problema determinante frente a la condena de ÁVILA ROMERO partió de la creación de supuestos fácticos no acusados (algunos, someramente imputados, otros, completamente ajenos a las diligencias).

79.- Así, pues, es evidente que el Tribunal violó el principio de congruencia fáctica cuando dedujo en perjuicio de ÁVILA ROMERO unas infracciones al deber objetivo de cuidado que no fueron adecuadamente acusadas por la Fiscalía en las oportunidades procesales oportunas. Por eso, anticipadamente se vislumbra la prosperidad de la demanda de casación, con el fin de restablecer las garantías conculcadas y la reparación del agravio inferido al acusado.

80.- Ahora, como se prevé en la decisión CSJ, SP835-2024, Rad.64633, la constatación de una ruptura en el principio de congruencia no exime del esfuerzo probatorio debido, para determinar si las pruebas conducen o no a verificar demostrados los hechos jurídicamente relevantes consignados en la acusación. Es así, pues, en todo caso, parte del núcleo fáctico imputado a ambos procesados se replicó en la acusación, salvo la omisión presentada en el caso de LUIS HERNANDO ÁVILA ROMERO respecto de una parte de dicho componente factual.

81.- Sobre este tema, se cita en extensa fracción la decisión en comento, dadas las subreglas allí fijadas, para resolver las distintas controversias en torno a las consecuencias de la incongruencia. Al respecto, se consignó:

Ahora bien, si no se discute que la deficiencia en la manera como se detallan los hechos jurídicamente relevantes, necesariamente conduce a la anulación del trámite, el tema de la incongruencia y sus efectos opera algo más complejo, dado que en algunos casos la decisión debe pasar por la invalidación de lo actuado; en otros por la emisión de sentencia absolutoria; y en algunos más, a partir de la emisión del fallo que, precisamente, corrija la vulneración ocurrida en la instancia anterior.

Así, cuando ocurre que los hechos jurídicamente relevantes consignados en la imputación se varían de forma sustancial en la acusación, la solución, como se anotó antes, reclama invalidar lo actuado, dada la evidente disonancia entre uno y otro hitos procesales -a la manera de entender que no existe un hilo conductor que ate el primer evento con el segundo-, que afecta el debido proceso en su formalidad central y también el derecho de defensa.

A su vez, si ocurre que la acusación -en concordancia con la imputación-, detalla unos hechos jurídicamente relevantes que luego, en la práctica probatoria, se verifican contradichos, esto es, las pruebas allegadas en juicio desvirtúan la teoría del caso de la Fiscalía -plasmada en esos hechos jurídicamente relevantes de la acusación-, dado que demuestran unas circunstancias distintas, independientemente de que por sí mismas representen otro delito, la solución obligada es la absolución, dado que no es posible condenar por ilicitudes distintas, en lo fáctico y jurídico, y tampoco es factible hallar una causal de invalidación de lo actuado.

Por último, si el juez de primera instancia condena por unos hechos ajenos a los que fueron objeto de imputación y acusación, al Tribunal o a la Corte les corresponde examinar las pruebas y comprobar si estas conducen o no a verificar ejecutados dichos hechos.

Esto es, al superior no le basta con determinar que se violó el principio de congruencia para, de entrada, anular o absolver al acusado, pues, precisamente, como segunda instancia, lo pertinente y necesario, en punto de salvaguardar el principio en cuestión, es definir cuál fue el error o en qué momento procesal ocurrió este.

De esta manera, si las pruebas demuestran que, en efecto, el delito objeto de acusación en lo fáctico, sí fue materializado, lo evidente es que el error provino de la actuación del juzgador de primer grado -o del Ad quem-, en cuanto, violó el principio de congruencia al condenar por hechos distintos,

La solución, parece obvio, apenas pasa por revocar ese fallo de primer grado y disponer la condena por los hechos objeto de acusación, se repite, una vez verificado que las pruebas efectivamente demuestran su ocurrencia, pues, determinado que el a quo materializó un yerro que afecta la congruencia, la mejor manera de restablecerla es emitiendo sentencia por los hechos demostrados, que se compadecen con los que fueron objeto de acusación.

Desde luego, si el examen probatorio arroja que esos hechos objeto de acusación no aparecen demostrados, o mejor, que se demuestran otros distintos, así se delimiten delictuosos, la solución no puede corresponder a condenar por estos nuevos hechos, por evidente violación del principio de congruencia, sino que debe absolverse, tal cual se anotó antes.

....

Por el contrario, si lo que ocurre es que se condenó por unos hechos distintos a los de la acusación, pese a que estos sí fueron demostrados, lo propio, para preservar el principio de congruencia, es modificar el fallo y emitir condena por aquellos que contempló la acusación, decisión que, lejos de afectar ese postulado, lo respeta a cabalidad.

82.- Por lo anterior, se procede a la valoración probatoria concerniente.

3. El caso concreto

83.- Para resolver el problema jurídico del asunto, este acápite probatorio se estructura de la siguiente forma:

- (i) En primer lugar, se precisarán los elementos de la culpa y la teoría de la imputación objetiva;
- (ii) En segundo lugar, se determinarán los hechos probados en el caso concreto;
- (iii) En tercer lugar, se expondrán las controversias probatorias, analizándose los reproches formulados por las defensas en contra de la sentencia de segunda instancia;

Como subtemas del ítem anterior, se verificará:

- a. La responsabilidad de FREDY RAÚL HERRERA HERNANDEZ y el cumplimiento del deber objetivo de cuidado; la verificación de la impresión diagnóstica y el resto de atención médica brindada por FREDY RAÚL HERRERA HERNÁNDEZ al niño J.A.D.G.
 - b. La responsabilidad de LUIS HERNANDO ÁVILA ROMERO y el cumplimiento del deber objetivo de cuidado.
- (iv) Finalmente, la conclusión de la Sala.

I. Precisiones conceptuales

84.- El cargo de la demanda de casación interpuesta por la defensa de LUIS HERNANDO ÁVILA ROMERO apunta a derruir los cimientos probatorios de la sentencia condenatoria emitida en su contra por el Tribunal en sede de apelación. Este propósito es coincidente con la finalidad de la impugnación especial presentada por la defensa de FREDY RAÚL HERRERA HERNANDEZ, en tanto mecanismo constitucional que garantiza el derecho a que esa primera

condena sea revisada por otra autoridad judicial, junto con la validez del trámite.

85.- En esas condiciones, la Sala abordará directamente el examen probatorio acopiado en el juicio en orden a establecer la corrección de la decisión recurrida desde los presupuestos legalmente establecidos para emitir un fallo de condena. El principal problema jurídico será determinar si la responsabilidad a título de culpa de FREDY RAÚL HERRERA HERNANDEZ y LUIS HERNANDO ÁVILA ROMERO en el fallecimiento de J.A.D.G., se demostró en el estándar requerido por la ley. A la par, en el respectivo análisis probatorio, se decantará si les asiste razón a las falencias señaladas por los recurrentes.

86.- Al efecto, el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal señala que, para condenar, se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

87.- A los acusados se les atribuye el delito de homicidio culposo previsto en el artículo 109 del Código Penal. Repudia la conducta de la persona que, obrando con culpa, mate a otra persona. De acuerdo con el artículo 23 del Código Penal «La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo».

88.- En otras palabras, la culpa supone un comportamiento autodeterminado hacia una finalidad ajena al derecho penal, pero produciendo un resultado que el sujeto no quería y que pudo y debió evitar. Dicho resultado debe predicarse lesivo a un bien jurídico tutelado por la norma penal, el cual deviene de la omisión al deber de cuidado a que estaba obligado al agente en el caso concreto. Así, en el acto culposo no solo ha de verificarse exclusivamente el desvalor de resultado, sino también el desvalor de acción.

89. Como lo afirmaron los fallos de primera y segunda instancia, es la teoría de la imputación objetiva el consenso doctrinario que permite explicar la relación que debe mediar entre la acción y el resultado en los delitos culposos. Con ella, se reemplaza la exclusiva relación de causalidad y se integran criterios jurídicos, como la creación de un riesgo no permitido y la violación del deber objetivo de cuidado determinante para la producción del resultado.

90.- Tiene establecido la jurisprudencia de la Sala (reciente decisión CSJ, SP, del 04 de diciembre de 2024, Rad.57269; CSJ, SP, del 22 mayo de 2008, Rad. 27357, reiterada en SP3218-2023 de 08 de noviembre de 2023, Rad. 54707) los elementos de la imputación objetiva, así:

«2.2. En la doctrina penal contemporánea, la opinión dominante considera que la realización del tipo objetivo en el delito imprudente (o, mejor dicho, la infracción al deber

de cuidado) se satisface con la teoría de la imputación objetiva, de acuerdo con la cual **un hecho causado por el agente le es jurídicamente atribuible a él si con su comportamiento ha creado un peligro para el objeto de la acción no abarcado por el riesgo permitido y dicho peligro se realiza en el resultado concreto.**

Lo anterior significa que si la infracción al deber de cuidado se concreta en el desconocimiento de la norma de cuidado inherente a actividades en cuyo ámbito se generan riesgos o puesta en peligro de bienes jurídicamente tutelados, es necesario fijar el marco en el cual se realizó la conducta y señalar las normas que la gobernaban, a fin de develar si mediante la conjunción valorativa ex ante y ex post, el resultado que se produjo, puede ser imputado al comportamiento del procesado.

En otras palabras, frente a una posible conducta culposa, el juez, en primer lugar, debe valorar si la persona creó un riesgo jurídicamente desaprobado desde una perspectiva ex ante, es decir, teniendo que retrotraerse al momento de realización de la acción y examinando si conforme a las condiciones de un observador inteligente situado en la posición del autor, a lo que habrá de sumársele los conocimientos especiales de este último, el hecho sería o no adecuado para producir el resultado típico.

En segundo lugar, el funcionario tiene que valorar si ese peligro se realizó en el resultado, teniendo en cuenta todas las circunstancias conocidas ex post.

2.3. En aras de establecer cuándo se concreta la creación de un riesgo no permitido y cuándo no, la teoría de la imputación objetiva integra varios criterios limitantes o correctivos que llenan a esa expresión de contenido, los cuales también han tenido acogida en la jurisprudencia de la Sala (CSJ, SP. sentencias del 4 de abril, 20 de mayo de 2003, y 20 de abril de 2006, radicaciones No. 12742, 16636 y 22941, respectivamente):

2.3.1. No provoca un riesgo jurídicamente desaprobado quien incurre en una 'conducta socialmente normal y generalmente no peligrosa', que por lo tanto no está prohibida por el ordenamiento jurídico, a pesar de que con la misma haya ocasionado de manera causal un resultado típico o incluso haya sido determinante para su realización.

...

2.3.3. Igualmente, falta la creación del riesgo desaprobado cuando alguien sólo ha participado con respecto a la conducta de otro en una 'acción a propio riesgo', o una 'autopuesta en peligro dolosa' (...).

2.3.4. En cambio, 'por regla absolutamente general se habrá de reconocer como creación de un peligro suficiente la infracción de normas jurídicas que persiguen la evitación del resultado producido'.

“2.3.5. Así mismo, se crea un riesgo jurídicamente desaprobado cuando concurre el fenómeno de la elevación del riesgo, que se presenta ‘cuando una persona con su comportamiento supera el arriesgo admitido o tolerado jurídica y socialmente, así como cuando, tras sobrepasar el límite de lo aceptado o permitido, intensifica el peligro de causación de daño’ (CSJ, SP, sentencia del 7 de diciembre de 2005, rad. 24696). (Negrilla fuera del original).»

91.- Así, pues, como se reitera en la decisión CSJ, SP, del 04 de diciembre de 2024, Rad.57269, la atribución jurídica de la responsabilidad culposa exige que el agente con su comportamiento haya creado o elevado un riesgo no permitido y, asimismo, que el riesgo se materialice en un resultado lesivo, pues conforme al artículo 9 de la Ley 599 de 2000, la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.

92.- La mencionada decisión puntualiza lo referido a la estructuración de conductas punibles imprudentes en el ejercicio de la profesión médica, a partir del cumplimiento de los elementos de la teoría de la imputación objetiva. Frente a la jurisprudencia reiterada sobre el tema, se cita en extenso los aspectos determinantes:

Así lo ha dicho la Corporación, «[l]os actos realizados en ejercicio de la práctica médica naturalmente pueden caer en el ámbito de la imputación objetiva; así acontece **cuando habiendo el agente –profesional de la medicina– asumido voluntariamente la posición de garante respecto del paciente, esto es, “la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio” (artículo 25, numeral 1º, del C. Penal) inobserva el deber objetivo de cuidado que le impone la lex artis y, como consecuencia, causa un daño antijurídico**». (SP8759-2016 Rad. 41245)

En la sentencia SP del 27 de octubre de 2009, Rad. 32582, la Sala 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, una vez 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 ha sido examinado en forma amplia en la providencia CSJ SP de 22 de mayo de 2008, Rad. 27357; reiterada en las decisiones SP de 06 de Junio de 2013, Rad. 38904; SP de 29 de junio de 2016, Rad. 41245 y SP1315-2019, Rad. 46766, en las que 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.

...

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

«El médico no puede desprenderse de cualquier forma del paciente a quien ha comenzado a atender, toda vez que la suerte de este último se encuentra estrechamente

vinculada a la práctica iniciada por el facultativo, quien se ha convertido en el exclusivo conductor de su proceso de sanación.

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

Por tal motivo, si no se encuentra en condiciones fácticas o técnicas de prestar un servicio eficaz para conjurar el mal debe colocar al paciente en un centro de mayor complejidad o ante un profesional que, durante el lapso de tiempo que el enfermo se encuentre bajo su órbita, se entiende que ha asumido el riesgo de su cuidado».

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*¹⁴— 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, ROXIN¹⁵ 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**

¹⁴ “Entendida como el conjunto de reglas científicas o de la experiencia verificables y actuales que integran el conocimiento aprobado por la comunidad científica.”

¹⁵ “ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. P. 66.”

la comunidad científica—¹⁶, 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. [...]

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 seguir¹⁷, 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 acudiente, 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

¹⁶ “De acuerdo con el artículo 12 ejusdem, «[e]l médico solamente empleará medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas».”

¹⁷ “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».”

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.»

II. Hechos probados

93.- No existe controversia respecto a los siguientes hechos, probados a través de la práctica probatoria en el juicio realizado en el presente caso:

i. Que de acuerdo con la hoja de vida de FREDY RAÚL HERRERA HERNÁNDEZ y LUIS HERNANDO ÁVILA ROMERO -incorporada a través del técnico investigador Moisés Alberto Cabrejo Martínez-, para el momento de los hechos tenían el título universitario de pregrado como «MÉDICO Y CIRUJANO», siendo ambos médicos generales en el Hospital San Juan de Dios de Girón (Santander), con funciones en la atención de urgencias, entre otras.

Por otro lado, se tiene que para esa época -4 y 5 de septiembre de 2008- Sergio Andrés Mendinueta Giacometto era un estudiante de medicina interno del Hospital San Juan de Dios de Girón. Según su hoja de vida; el plan de estudios de su alma mater; el reglamento de internado de la Universidad Industrial de Santander; el reglamento estudiantil de pregrado UIS; el convenio de servicios entre la UIS y el Hospital San Juan de Dios de Girón; el certificado de programa interno UIS y su propia declaración, debía cumplir

12 meses de práctica clínica, sin que ello constituyera relación laboral alguna con el referido centro de salud.

Así pues, sus funciones se centraban en la elaboración de la historia clínica, sin que le correspondiera atención alguna a los pacientes, responsabilidad que solo incumbía a LUIS HERNANDO ÁVILA ROMERO, galeno con el que cumplía las mentadas prácticas académicas. Ninguna controversia existió sobre la absolución de Mendinueta Giacometto en ambas instancias, por lo que no se hará mayor referencia a su actuación.

ii. Que el 4 de septiembre de 2008 el niño JADG ingresó aproximadamente a las 12:13 pm a la unidad de urgencias del Hospital San Juan de Dios de Girón, pues presentaba un cuadro clínico de dolor abdominal con poco tiempo de evolución. Inicialmente lo atendió el médico FREDY RAÚL HERRERA HERNÁNDEZ, quien - según su declaración y la de la madre del niño, Hilda González Martínez, así como lo consignado en la historia clínica - **conoció los antecedentes gastrointestinales del paciente, consistentes en «resección de la primera porción del duodeno, antrectomía con gastro yeyuno anastomosis por úlcera duodenal activa y shock hemorrágico; además de gastritis superficial e insuficiencia valvular aórtica».**

iii. Que, una vez el paciente es revisado físicamente por el médico FREDY RAÚL HERRERA HERNÁNDEZ, este ordena que **le apliquen una ampolla de bromuro de hioscina**

+ dipirona para administración endovenosa. Al continuar con el dolor, ordenó la aplicación de ranitidina 75 mg endovenosa. El paciente tuvo mejoría solo parcial, por lo que a las 14:20 horas HERRERA HERNÁNDEZ se comunicó con el especialista en pediatría, doctor Fabián Rueda, pues consideró que el niño debía ser trasladado a un hospital de mayor nivel de complejidad, así como ser atendido por un médico de la especialidad requerida, esto es, pediatría.

Sin embargo, el especialista consultado no encontró mérito en el traslado, por lo que le indicó al galeno tratante que le suministrara al niño omeprazol endovenoso, lo que efectivamente realizó. Así, el paciente fue dejado en observación por más de una hora, lapso en el que JADG presentó una notoria mejoría.

Ante este nuevo estado de salud del paciente, el médico HERRERA HERNÁNDEZ le dio de alta, recetándole fórmula médica con ampollas de ranitidina por 50mg y albendazol, así como brindándole recomendaciones a la madre del niño sobre los signos de alarma para tener en cuenta, pues en caso de presentar alguno, debería retornarlo al hospital.

Todo lo anterior fue suficientemente corroborado con la declaración del galeno tratante, de Hilda González Martínez - madre del niño-, así como la historia clínica de urgencia del paciente (en la que HERRERA HERNÁNDEZ consigna a las 4:00pm que «el paciente presenta mejoría notoria, abdomen blando, depresible, no signos de irritación peritoneal...»).

vi. Al llegar a su residencia materna, la señora Hilda González Martínez no le suministró al niño los medicamentos ordenados por el galeno. Sobre las razones para no hacerlo, esto dijo:

- Defensa: ¿Puede indicarnos los motivos por el cual no le dio la droga que le había recetado al médico?

Porque era una purga y la otra era para el dolor, pero yo no le di eso porque como él tenía tanto dolor de estómago, entonces a mí me dio cosa darle esa purga. Yo pensé “si yo le doy eso lo pongo peor de lo que está”, entonces yo por eso no le di esa purga.

- Defensa: ¿Usted consideró que no era necesario darle esa droga? Pues sí señor, porque con ese dolor que él tenía y que él se retorció del dolor, a mí me pareció que no era conveniente darle esa purga.

v. Continuando con la secuencia cronológica de los hechos probados, se tiene que, el niño retornó al hospital San Juan de Dios de Girón al siguiente día de su primera atención, esto es, el 5 de septiembre de 2008, a las 7:20am, por un dolor abdominal generalizado, precedido de vómito y deposiciones con parásitos.

Una vez llegó al centro de salud, debió esperar el cambio de turno aproximadamente hasta las 8:00 am y fue atendido por el médico LUIS FERNANDO ÁVILA ROMERO, quien estaba en compañía del estudiante de medicina Sergio Andrés Mendinueta Giacometto. Así, procedió el galeno a realizar el examen físico, y presentó una impresión diagnóstica de abdomen agudo, síndrome anémico crónico y sepsis de origen a estudio – tal y como se prevé en la historia clínica, el informe pericial de Domingo Enrique Pérez Tovar y la declaración del mismo ÁVILA ROMERO-.

vi. Este diagnóstico preliminar fue seguido por los exámenes paraclínicos ordenados por el médico tratante del niño JADG, mientras éste continuaba en observación y se le suministraban líquidos parenterales. Siendo las 10:00am, el doctor LUIS FERNANDO ÁVILA ROMERO recibió los resultados de los paraclínicos ordenados, con los cuales se evidenció «leucopenia con anemia hipocrómica, microcítica y homogénea leve, parcial de orina patológico para infección urinaria». Ante estos resultados, el informe pericial de Domingo Enrique Pérez Tovar, médico patólogo, quien examinó los procedimientos médicos efectuados en el caso y la posible negligencia médica, consignó¹⁸:

Consideran [LUIS FERNANDO ÁVILA ROMERO y Sergio Andrés Mendinueta Giacometto] posible cuadro de septicemia de origen urinario, parasitosis intestinal con obstrucción intestinal por posibles bridas. Ante la evidencia de síndrome de respuesta inflamatoria sistémica y facies sépticas, deciden remitir a otro nivel de complejidad para decidir manejo. A partir de ese momento, hay notas médicas del médico interno, doctor Sergio Mendinueta G y de otro médico cuyo nombre es ilegible, comunicándose con los hospitales de II y II (sic) niveles, hospital San Juan de Dios de Floridablanca (10:30 horas) y Hospital Universitario de Santander (11:05 horas), con el fin de lograr aceptación de la remisión para tratamiento en la Unidad de Cuidados Intensivos Pediátricos. Finalmente es aceptada la remisión en el Hospital Universitario de Santander, a donde ingresa a las 12:27 horas trasladado en una ambulancia junto auxiliar de enfermería, pero, sin médico (en el hospital de Girón consideraron que al no encontrar deterioro del paciente fuera remitido con auxiliar a las 11:45 am). Lo encuentran sin signos vitales; le realizan maniobras de reanimación avanzada durante 24 minutos, pero, no responde y fallece.

¹⁸ Folio 635 del cuaderno nombrado: EXPEDIENTE NI131326. Informe que fue socializado por el perito en su declaración rendida el 10 de septiembre del Año 2019.

Lo anterior fue confirmado por el médico LUIS FERNANDO ÁVILA ROMERO, quien dio cuenta del proceso de remisión del paciente, una vez allegados los resultados de los exámenes. Al respecto, precisó en su declaración¹⁹:

...Recibo los resultados de los laboratorios, procedo a tomar la decisión, o sea, se valora obviamente nuevamente al paciente (sic), se valoran los resultados y en base en estas circunstancias decido que el paciente debe ser referido a un nivel mayor de complejidad.

-Defensa: Explíqueme doctor Luis Hernando Ávila al despacho ¿cuál es el procedimiento para que un paciente sea remitido?

Bueno, una vez se toma la decisión, el médico debe llamar al hospital con quien la Red de Atención Hospitalaria tiene su segundo, o su tercer, o su cuarto nivel. En el caso del hospital de Girón, como ya lo especifiqué, es un primer nivel, su segundo nivel es el Hospital de Florida Blanca y su tercer nivel el Hospital Universitario de Santander, por eso procedí a llamar al tercer nivel para comentar (sic) el paciente con el pediatra de turno, como está establecido en urgencias.

- Defensa: ¿Entonces estamos hablando de que han transcurrido 3 horas y media para que el paciente sea aceptado en un nivel superior? Sí, como constan en la historia clínica, se reciben los resultados a las 10:00 a.m., inmediatamente se inicia el trámite para remisión a nivel superior, se llama a nuestro centro superior de referencia que es el Universitario y al centro que regula todas las referencias, que es el Centro Regulador de Urgencias y Emergencias, el CRUE. Transcurre más o menos una hora y media en el lapso entre la primera llamada y la autorización de salida del paciente hacia el Hospital Universitario.

- Defensa: ¿Qué ocurre en ese lapso?
Pues, en este lapso de tiempo, en la primera llamada en el servicio de urgencias del Hospital Universitario, el médico pediatra nos expresa que no tienen disponibilidad de cupo... Al no tener cupo, que significa que no hay cama, o sea,

¹⁹ Declaración rendida en sesión de juicio oral del 20 de enero del año 2021.

cualquier motivo, pero, pues (sic), no hay donde instalar el paciente en esa institución, por lo cual yo debo esperar a que haya esa disponibilidad de cupo para poder proceder, por lo cual sigo llamando al CRUE, al Centro Regulador de Urgencias, para ver si el CRUE puede canalizar otro sitio de aceptación, otra clínica, otro hospital que pudiera tener la especialidad o la subespecialidad y la disponibilidad del manejo especializado que el paciente requiere. Básicamente eso era lo que se realizaba.

- Defensa: Doctor Luis Hernando, cuando le autorizan el traslado del menor ¿quién hace ese traslado?
Cuando se autoriza el traslado del paciente, se realiza en una ambulancia del hospital con un auxiliar de enfermería que está asignada a ese cargo y dependiendo las condiciones de los diferentes pacientes, pues el médico que refiere o el que acepta la remisión puede plantear la opción de que vaya acompañado con médico. En este caso en particular, el menor fue remitido en compañía de un auxiliar.

vii. Tampoco hay controversia en el hecho de que, una vez ingresaron al niño J.A.D.G. a la sección de urgencias del Hospital Universitario de Santander -donde se requería la valoración pediátrica-, J.A.D.G. presentó cuadro grave de paro respiratorio, falleciendo el día 5 de septiembre del año 2008, a pesar de las maniobras de reanimación.

viii. Finalmente, el menor J.A.D.G.M falleció por un síndrome de disfunción orgánica múltiple, que tuvo como causa la «peritonitis generalizada, secundaria a úlcera péptica duodenal, perforada y drenada a la cavidad abdominal. Mecanismo de muerte: sepsis, falla orgánica múltiple e insuficiencia respiratoria terminal», constatado en la necropsia médico legal número 2008010168001000587, practicada por el doctor Jesús María Jácome.

III. De las controversias probatorias

94.- Como acaba de exponerse, no existió mayor controversia en el desarrollo cronológico de los hechos. Cada testigo se encargó de corroborar, de acuerdo con lo percibido, el progreso de lo acontecido.

95.- Distinto ocurre con el criterio profesional que los diferentes peritos y testigos expusieron en relación con el cumplimiento de la *lex artis* en el caso concreto. Así, como el problema jurídico de la valoración probatoria se centra en confirmar o desvirtuar la infracción al deber objetivo de cuidado por parte de los galenos y, si es del caso, verificar la relación causal determinante entre la acción de los profesionales de la medicina y la muerte del niño J.A.D.G., la Sala únicamente hará referencia a las pruebas concernientes a estos asuntos.

96.- Como lo señaló la Sala en decisión CSJ SP. 24 jul. 2024, rad. 58031, se ha reconocido la complejidad y variabilidad inherentes a la práctica médica, una disciplina ejercida por personas cuya autonomía y discrecionalidad en la emisión de diagnósticos y tratamientos encuentra sus límites en la *lex artis*, la competencia profesional y la ética médica, entre otros factores. En sentencias como la CSJ SP. 11 abr. 2012, rad. 33920, se admitió que la medicina es una ciencia no exacta, condicionada por múltiples variables que, en situaciones corrientes, acepta la posibilidad de error, la

divergencia de criterios entre profesionales y la materialización de resultados imprevisibles.

97.- Lo anterior, para anticipar la conclusión que se pasará a desarrollar, esto es, que el Tribunal no apreció adecuadamente el juicio profesional de los médicos FREDY RAÚL HERRERA HERNÁNDEZ y LUIS FERNANDO ÁVILA ROMERO, quienes, apoyados en su experiencia y conocimiento científico, diagnosticaron y atendieron al niño J.A.D.G. En criterio de la Sala, no se probó que sus actuaciones constituyeran una violación al deber objetivo de cuidado, sino la aplicación de un criterio médico subjetivo pero fundamentado.

98.- Ahora, frente a la poca determinación de la *lex artis* en el caso concreto -entendida ésta como el conjunto de reglas, protocolos o técnicas que se fundamentan en la experiencia clínica y evidencia científica-, se obtuvo que, a modo general, la atención de un paciente con dolor abdominal inicia con:

- i. La revisión física;
- ii. El diagnóstico parcial;
- iii. El suministro de líquidos para hidratar (o lo que se requiera para la estabilización del paciente), y, en caso de necesitarse:
- iv. Los exámenes paraclínicos.

99.- De lo anterior dieron cuenta los profesionales de la medicina Jesús María Jácome Bohórquez, Domingo Enrique Pérez Tóvar, así como los galenos acusados.

100.- De una vez se advierte: las falencias de la fiscalía en el caso, - que también quedaron expuestas en la insuficiencia de la hipótesis acusatoria-, son más evidentes al momento del análisis probatorio. Asuntos tan elementales como la definición clara de los presupuestos de la *lex artis* para este tipo de casos, no fueron del todo concretados.

101.- Además, la ausencia de interrogatorios detallados y completos a los galenos (llamados a explicar asuntos propios de su especialidad, que se desconoce por parte del resto) reforzó estas inexactitudes. De hecho, siendo este un caso cuyo marco médico debía girar en torno al área especializada de la pediatría (y a partir de ahí entender el tratamiento y los procedimientos más adecuados para el niño J.A.D.G.) ninguna prueba pericial se practicó en este sentido. Los dos pediatras que acudieron a juicio no pudieron dar cuenta de mayores aspectos sobre su especialidad²⁰.

102.- Por un lado, de quien más adelante se ahondará, el pediatra Germán Lauro Pradilla Arenas declaró, de manera exclusiva, sobre las condiciones en las que llegó el niño J.A.D.G. al Hospital Universitario Santander y su reanimación fallida.

²⁰ De ninguna manera la Sala está creando una suerte de tarifa probatoria o de exigencia adicional en los casos de responsabilidad médica. Lo que se pone de presente, al menos para el caso concreto, es la necesaria absolución de dudas en el campo de un área especializada, ajena al derecho, como es la medicina (concretamente, en la especialidad de pediatría).

103.- Por otro lado, se contó con el pediatra Jorge Ortiz Castro, quien ningún conocimiento personal tuvo del caso y, de manera equivocada, fue convocado a juicio para incorporar a modo de “prueba documental” el concepto de este profesional sobre la atención del paciente J.A.D.G.- de conformidad con el análisis que realizara sobre su hoja de vida-.

104.- Lo anterior desconoce reglas elementales sobre la admisibilidad y diferencias entre testigo y perito, siendo este último el llamado a conceptualizar sobre un tema de su experticia a partir del informe base de la opinión pericial. El médico Ortiz Castro no cumplía ninguno de los supuestos, no fue testigo de los hechos y tampoco fue decretado como perito.

105.- Como si fuera poco, al momento de su intervención, la representación de víctimas llamó la atención sobre el desconocimiento del informe que se pretendía incorporar con este declarante, situación que, verificada por las partes, se concluyó que obedecía a un elemento no descubierto -incluso, el informe tenía la fecha de la misma audiencia, 10 de diciembre de 2020-. En definitiva, nada de lo dicho por este médico puede ser considerado en el presente caso.

a. De la responsabilidad de FREDY RAÚL HERRERA HERNANDEZ y el cumplimiento del deber objetivo de cuidado

106.- En primer lugar, no existe duda acerca de la voluntaria asunción de la posición de garante por parte del médico FREDY RAÚL HERRERA HERNANDEZ, respecto de su paciente J.A.D.G., en los términos del artículo 25, numeral 1, del Código Penal.

107.- Así lo demuestran no solo la historia clínica del niño en el Hospital de Girón, sino la manifiesta aceptación del galeno, de haber sido quien atendió a J.A.D.G. el 4 de septiembre de 2008, brindando un diagnóstico inicial y ordenando su tratamiento médico, asumiendo dentro de su ámbito de dominio, la protección real de su paciente.²¹

108.- Ahora, lo reprochado tanto en la acusación como en la sentencia de segundo grado, consistió en la desacertada interpretación de los síntomas del paciente y el diagnóstico inicial equivocado, lo que se tradujo en un tratamiento inadecuado para las necesidades de JA.D.G. y la tardanza para su adecuada atención.

109.- Sin embargo, de la prueba practicada no puede concluirse, sin duda alguna, que el diagnóstico otorgado por el médico fuera desacertado. De lo relatado por el perito Enrique Pérez Tovar y el propio HERRERA HERNÁNDEZ, acorde con lo consignado en la hoja de vida del paciente, se sabe que aquél, al examen físico que le realizó al niño, lo encontró pálido, muy quejumbroso por el dolor, taquicárdico

²¹ Cfr. testimonio de HERRERA HERNÁNDEZ en sesión de audiencia de juicio oral del 20 de enero del año 2021.

- frecuencia cardíaca muy elevada-, con abdomen doloroso a la palpación superficial y con una cicatriz mediana de cirugía anterior.

110.- Por ello, la impresión diagnóstica del galeno consistió en dolor abdominal intenso, gastro-duodenitis ulcerativa recidivante, síndrome adherencial y poliparasitismo. Sobre este diagnóstico y la atención brindada por el médico HERRERA HERNÁNDEZ a J.A.D.G. -descrita en el acápite de hechos probados-, el perito Domingo Enrique Pérez Tovar, médico patólogo en el área de Patología Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses²², concluyó que:

En la atención médica impartida por el médico Freddy Herrera, no hubo adecuada interpretación semiológica y diagnóstica con el cuadro clínico que presentaba el paciente, demorando una célere intervención médico-quirúrgica y farmacológica que modificara el curso inexorable de la enfermedad. Por lo tanto, dicha atención médica no se enmarcó ni se ajustó a los principios éticos científicos de la ley artis de la práctica médica profesional.

111.- Sin embargo, una vez la fiscal le pidió explicación de dicha conclusión, esto dijo el perito:

Recordemos el antecedente importante que tenía el niño de una antrectomía, perdón, siete años atrás con posibles bridas. La enfermedad, la cardiopatía dilatada y la insuficiencia aórtica son condiciones o factores que pueden predisponer en algún momento en el evento adverso.

²² Perito que suscribió el informe GPFO sobre responsabilidad profesional del 14 de julio de 2009 (con la finalidad de evaluar: 1. Si hubo negligencia médica -desde la evaluación lex artis-, y 2. Si los medicamentos suministrados y si los procedimientos médicos fueron los adecuados para este caso), así como el informe técnico correspondiente al estudio patológico, por medio del cual rinde opinión pericial sobre la causa de la muerte del niño y la actuación de los médicos involucrados.

Y luego está la lesión que tenía precisamente en la boca de anastomosis, es decir, cuando se le retira parte del estómago y se le une al yeyuno, en esa en esa porción hay signos inflamatorios que llevan por último a la perforación de ese segmento con salida de material que se contamina produciendo la peritonitis.

Muy probablemente la evolución del paciente sería ominosa, difícil de tratar, pensaría yo, por todos los antecedentes que hemos leído y anotado, haciendo un poco difícil la recuperación.

Pero además de esto, la falta de, en ese momento, desde el punto de vista también administrativo, de proveer todo lo necesario para que el niño fuera trasladado en el menor tiempo posible aún a un centro hospitalario de mayor nivel, quizás, pudieron contribuir pues al evento adverso, pero previamente en un estado de salud realmente comprometido del menor, con todos los antecedentes, porque también en el 2007 había tenido consultas con condiciones que estaban relacionadas con el sistema gastroduodenal, también tuvo una hemorragia, entonces eso también considero yo que es un, digamos, es un factor predisponente para un resultado adverso, que sumado a a la no remisión pronta y efectiva a un centro hospitalario de mayor nivel, pudo contribuir a finalmente al deceso del menor.

112.- La anterior respuesta proporcionada por el doctor Domingo Enrique realmente no explica su conclusión. El perito reitera que los antecedentes del niño J.A.D.G. hacían difícil su recuperación, pero nada refiere sobre qué era lo que debía diagnosticar el médico tratante. En lo que resta con su reproche a la atención del paciente, alude problemas administrativos que escapan al galeno.

113.- De hecho, en la pregunta que formuló más adelante, la fiscal intentó recabar más información sobre su conclusión, sin embargo, el perito no indicó cuál era la interpretación semiológica diagnóstica correcta,

retrotrayéndose nuevamente al estado previo de salud del paciente y a la necesaria remisión a un centro hospitalario de mayor nivel. Así lo planteó:

- Doctor domingo, una adecuada interpretación semiológica diagnóstica, como usted lo ha dicho, con el cuadro que presentaba el menor paciente, ¿hubiese cambiado este resultado final, este fatal resultado?

Como anoté, el estado previo de salud, la presanidad del menor jugó de pronto un papel preponderante también para el resultado, no es lo mismo un paciente que previamente ha estado sano con uno, digamos, con un cuadro de apendicitis que pudiera fácilmente, digamos, el cuerpo pudiera solucionarlo de manera controlada y con la ayuda del personal médico.

Entonces es importante el antecedente de este menor, en el cual pues ya hemos dicho que siete a los tres años había tenido una cirugía por lesiones importantes, entonces puede en este momento del resultado variar y obviamente las condiciones previas del paciente también hay que considerarlas en ese momento, unido a que obviamente la remisión al centro hospitalario de mayor nivel, pues era ahí necesario.

114.- Al momento de ser contrainterrogado, la defensa solicitó al perito la explicación sobre la causa de la muerte del niño y el tiempo que se requería para haberse generado la enfermedad causante de su deceso.

115.- De nuevo, el perito refirió los antecedentes del paciente, además del proceso de inflamación que erosiona la pared del intestino, causando una perforación y, esta a su vez, ocasionando la salida del contenido intestinal. Luego, adujo:

Cuando sucede esto de una ruptura por X o y motivo, en este caso hay una lesión, hay una inflamación y se rompe, sale esto y se produce una infección generalizada, lo que como está en la cavidad abdominal y la membrana que recubre a las asas intestinales es el peritoneo, pues se denomina peritonitis.

En este caso generalizada quiere decir que esa infección estaba regada por todo el abdomen. Entonces esa infección conlleva también a alteraciones en los órganos que son fundamentales para preservar la vida, como los riñones, el hígado, el corazón, los pulmones, sí, y entonces entra en una falla, pero es generado a partir de eso y que empieza entonces a fallar y por último se presenta la muerte.

116.- Esta respuesta continúa siendo ambigua para conocer lo que debió cambiarse en el respectivo diagnóstico, de hecho, genera una nueva inquietud relacionada con la infección generalizada en el abdomen de la que se habla, pues no se aclara si esta estaba desde el primer día que fue el niño J.A.D.G. al hospital, menos aún el nivel de su previsibilidad.

117.- Sobre la vinculación de la causa de la muerte y el diagnóstico debido, la falta de respuestas concluyentes también se replicó en la declaración del perito Jesús Marías Jácome Bohórquez, médico Forense del Instituto de Medicina Legal, quien practicó la necropsia médico legal al niño, cuya opinión pericial se construyó al correlacionar los datos obtenidos del acta de inspección a cadáver, la epicrisis de atención médica y los hallazgos de la necropsia.

118.- Al referir sobre la manera probable de muerte del niño J.A.D.G., adujo que esta fue «natural, sin que se pueda establecer con base a los documentos probatorios anexos, si

existe correlación causa efecto entre la atención médica referida y la causa última de la muerte».

119.- Su declaración tampoco fue concluyente frente a la relación de la causa de muerte y la atención médica brindada. Además, al igual que el médico Domingo Enrique, su especialidad no es pediatría, lo que incidió en la indeterminación de posibles necesidades y tratamiento del niño, que pudieron tener una relación causal con su muerte.

120.- Lo anterior puede advertirse en las siguientes respuestas del perito al momento de ser contrainterrogado:

- Defensa: doctor Jesús María... ¿usted podría determinar un tratamiento basado en algo pediátrico, en un tema pediátrico?

- No, yo no soy pediatra, no trato niños.

- Defensa: quisiera que nos explicara al estrado y a los presentes ¿esta enfermedad [refiriéndose a la causa de muerte del niño] se realiza de un momento a otro o es con el paso de los tiempos?

La enfermedad ulcerosa péptica tiene etapas, va desde una simple gastritis que se trata con antiácidos, hasta formación de úlceras gástricas o úlceras duodenales, que son como su nombre lo dice, úlceras que van perforando la mucosa, las capas musculares y que en un momento dado pueden perforar toda la luz del tubo digestivo y comunicarse por ende la cavidad del tubo tracto digestivo a la cavidad abdominal y drenar los contenidos del tubo digestivo hacia la cavidad peritoneal, que es una cavidad aséptica y causan el proceso de inflamación y de peritonitis.

El tiempo es muy difícil de establecer qué tiempo (sic) pueda llevar una persona, porque eso lo podría determinar de pronto la familia o el médico tratante qué tiempo lleva, pero por lo general hay úlceras pépticas agudas que se pueden perforar muy rápidamente, como hay enfermedad ulcerosa péptica que dura muchos años sin que nunca se perfora.

Entonces es imposible poder decir tiempo para una perforación de una úlcera.

- Defensa: ¿En la experiencia que usted tiene, se podría determinar a simple vista este diagnóstico en el paciente estando en vida?

En vida no puedo decir absolutamente nada. En muerte se determina por los hallazgos de la necropsia médico legal. En vida hay una cantidad de síntomas y signos que determinan la posibilidad de una enfermedad péptica de tipo ulcerosa, que se puede corroborar por una serie de exámenes y estudios para clínicos.

121.- Asimismo, en respuesta a pregunta complementaria realizada por el juez, el médico reiteró que no era posible prever el tiempo del desarrollo de las causas por las que murió el niño, pues pueden transcurrir años u horas en la formación de esa patología:

- Juez: Bien doctor, esa úlcera péptica duodenal en su proceso de formación y llegar a ese estado de perforación, aproximadamente, obviamente sé que un tiempo exacto no se puede establecer, pero debe tener un proceso de días, meses, años, horas, segundos, o sea, un estándar o una oscilación para que se desarrolle esa enfermedad y llegue a esa perforación... ¿cuánto tiempo mínimo puede obtener el proceso de formación?

No se puede establecer un tiempo exacto de evolución para que se produzca una perforación.... la formación de la úlcera péptica puede ser enfermedad ulcerosa péptica aguda, en la cual se desarrolla muy rápidamente, como puede ser crónica que se desarrolla mucho más lentamente.

- Juez ¿Y para usted qué es muy rápidamente?

Muy rápidamente pueden ser horas a días. Esa es una condición que como médicos somos incapaces de prevenir o de prever qué va a pasar con eso.

Uno puede tener un paciente perfectamente normal, y lo digo por mi especialidad, yo puedo tener una materna

perfectamente normal con una tensión arterial elevada, le hago el diagnóstico de trastorno hipertensivo asociado al embarazo y esa paciente en cuestión de horas se me puede deteriorar, pasar a evolucionar de una preeclampsia a una eclampsia, a un síndrome gel, inclusive a morírseme en horas.

122.- Finalmente, sobre la falta de precisión de su concepto al no ser pediatra, esto señaló:

En el caso de la enfermedad ulcerosa péptica, simplemente puede aparecer desde un trastorno digestivo, que puede cursar simplemente con acidez, con agrieras, con reflujo y que puede simplemente calmarse con la toma de antiácidos, pero que puede persistir y esas personas, pueden, mucho tiempo después, desarrollar una enfermedad ulcerosa péptica.

O sea, yo no puedo decirle “esta es una úlcera de tres días o esta es una de día y medio”. Las hay agudas, las hay hiperagudas y las hay crónicas. **El cuadro clínico del niño no lo puedo definir porque yo no lo traté.**

...

De pronto quien más le podría aclarar esto es un pediatra, desde el punto de vista de enfermedad ulcerosa péptica en niños.

Sobre la verificación de la impresión diagnóstica y el resto de atención médica brindada por FREDY RAÚL HERRERA HERNANDEZ al niño J.A.D.G.

123.- Uno de los reproches del *ad quem* al galeno, consistió en la medicación que hiciera al niño sin verificar su diagnóstico inicial con exámenes paraclínicos. Sin embargo, se verá que esta exigencia no cuenta con respaldo probatorio. Así, el mismo perito Domingo Enrique otorgó parte de la

razón a HERRERA HERNÁNDEZ con el necesario diagnóstico presuntivo como presupuesto inicial de la consulta. Veamos:

- ¿Doctor Domingo, o sea, el personal médico que atendió al menor podía inmediatamente detectar el grave estado que se encontraba o era necesario para diagnosticar o para detectar exámenes que así indicaran, que así pudieran dar el diagnóstico que correspondía?

Obviamente todos los médicos sabemos que precisamente antes se elabora o se hace un diagnóstico presuntivo y se deben corroborar con los exámenes paraclínicos complementarios para poder confirmar o descartar la sospecha diagnóstica del médico... Todo médico sabe eso y debe ordenar esos paraclínicos, esos exámenes para asimismo establecer un diagnóstico.

124.- Ahora, en respuesta a pregunta complementaria que realizara el Ministerio público, el perito señaló que lo suministrado por FREDY RAÚL HERRERA HERNANDEZ pudo enmascarar el verdadero diagnóstico, pues «Uno sabe que un cuadro de dolor abdominal no puede administrársele analgésicos hasta tanto no se haga un diagnóstico certero para el paciente», premisa que no explicó a partir de leyes o consensos científicos, sino que asumió indiscutible.

125.- Así pues, el punto controversial radica en la exigencia al primer galeno de realizar exámenes paraclínicos para corroborarla con su impresión diagnóstica inicial. Al respecto, nada dijo el perito Domingo Enrique sobre el tiempo que se requería de evolución de enfermedad para que pudiera diagnosticarse a modo definitivo y realizarse exámenes paraclínicos complementarios (siendo esa la explicación dada por FREDY HERRERA HERNÁNDEZ: el poco tiempo transcurrido desde la dolencia abdominal imposibilitaba que

se le practicaran exámenes paraclínicos al niño. Esta justificación no se refutó por otros criterios profesionales en juicio).

126.- Precisamente, ante la pregunta que se le realizó al acusado sobre la necesidad de realizar más exámenes al niño, para no quedarse únicamente con la revisión física inicial, señaló:

... es que el niño cuando llegó a mi consulta tenía muy pocos momentos de haber iniciado el dolor. Creo que no había transcurrido ninguna hora.

Entonces, en ese lapso tan pequeño de tiempo...pueden no haber ni signos al examen físico, ni mucho menos de laboratorio.

- ¿Pero no era necesario realizar exámenes de laboratorio? No, como ya les dije, no había protocolos, pero los protocolos son el adiestramiento que uno tiene. Y el adiestramiento que uno tiene es que tan cortas horas de síntomas los exámenes no nos van a revelar nada.

... El tiempo de evolución tan corto, así tenga los antecedentes que tenga, los exámenes de laboratorio no van a pintar nada si las horas del paciente son menos de 6 horas de evolución, para nada.

...

- Doctor, y atendiendo ese examen físico y el diagnóstico que usted acaba de darnos, no era conveniente mantener el niño en observación, ¿cómo debería hacerse para ayudar a una persona en su salud y no devolvérselo a la mamá?

Se tuvo en observación y si se le devolvió a la mamá fue cuando el niño ya se recuperó. Y por orden del médico pediatra, no por orden mía. Yo lo llamé, yo llamé al pediatra para remitirlo, pero el pediatra no me lo aceptó, dijo que la remisión no iba, que le instaurara el tratamiento que él ordenaba y que si el niño no mejoraba que lo volviera a llamar y él me lo recibía. Pero resulta que con el tratamiento que el pediatra ordenó, el niño mejoró notablemente.

- Señor defensor, si desea hacer uso el redirecto, por favor, proceda.

- ¿Doctor Freddy, cuando se habla de que los exámenes de

laboratorio no se podían hacer porque era de poco tiempo, puede explicar eso al juez?

Sí, claro. En una patología como es el dolor abdominal, uno espera, por ejemplo, digamos, tipo apendicitis, tipo colectivis, problemas de vesícula, problemas de apéndice. Por eso se dice que el diagnóstico hay que hacerlo entre 12 y 36 h, más o menos.

O sea, por ejemplo, un dolor abdominal que lleve menos de 12 h es muy poco probable que sea apendicitis. Que haya unos signos que entre la hora 12 y la hora 36 de iniciado los dolores, es muy probablemente que la clínica aumente y que se puedan pedir toda la batería de examen... muy poquito tiempo de evolución no es compatible con que los laboratorios clínicos nos muestren algo tiempo.

127.- Por su parte, el patólogo Jesús María Jácome Bohórquez, ante pregunta complementaria que le formulara la representante del Ministerio Público, también dio la razón a FREDY RAÚL HERRERA HERNANDEZ, quien omitió ordenar exámenes clínicos al paciente:

- Procuradora: Doctor Jesús María Jácome, dentro de su experiencia como médico, en un caso como el que nos ocupa de este menor que llega al centro hospitalario con un dolor abdominal, ¿cuál sería el protocolo para seguir por un médico para descartar cuál es la causa de ese dolor abdominal?

- Las diferentes instituciones de salud tienen protocolos médicos de atención de pacientes dependiendo del enfoque clínico que le dé el médico que está a cargo, y esos protocolos establecen el tipo de tratamiento que se le da, el tiempo de observación, tipo de droga que se les administra para poder llegar a un diagnóstico.

- Procuradora: ¿Necesariamente antes del médico dar un diagnóstico es obligatorio que realice algunos exámenes?

No necesariamente. El médico está en capacidad de dar un diagnóstico de una enfermedad sin tener la necesidad de pedir un examen paraclínico.

Valga el ejemplo, un paciente que llega con un estado gripal, con toda la sintomatología de congestión respiratoria, congestión ocular, nasal, respiratoria, yo hago un diagnóstico de un estado viral respiratorio sin necesidad de pedirle placa de tórax o de pedirle ningún otro tipo de examen. La medicina es así. No todos requieren exámenes de laboratorio ni de pruebas para clínicas. Eso depende de la condición clínica en que llegue el paciente y del estado clínico del paciente.

- Procuradora: doctor, pero para el caso concreto de un menor de edad que llega con un dolor abdominal, o sea, ¿necesariamente se requiere que el médico le ordene la práctica de esos exámenes?

Vuelvo y repito, depende de la condición clínica del paciente. Yo no puedo dar una fórmula como de cocina para todos los pacientes. Depende del estado clínico, de la sintomatología, de los signos clínicos y del examen clínico que se le practique.

El médico toma una conducta determinada, ya sea de iniciar un tratamiento si lo encuentra deshidratado, de hidratarlo si lo encuentra con náuseas, con vómitos, de administrar un antiemético si lo encuentra con dolor, de administrar un analgésico y de pedir exámenes paraclínicos, dependiendo del enfoque clínico que haga y del diagnóstico clínico que haga.

128.- Resulta pues infundado, al menos desde lo probado, la exigencia al médico HERRERA HERNÁNDEZ de la comprobación de su impresión diagnóstica a partir de la realización de exámenes clínicos, así como la improcedencia de suministrar medicamentos, antes de la constatación de los segundos.

129.- Ahora, al hacer un recuento sobre lo ocurrido, el perito Domingo Enrique indicó que el niño J.A.D.G. pudo ser observado por mayor tiempo. Sin embargo, recuérdese que la mejoría del pequeño desde que FREDY RAÚL HERRERA

HERNANDEZ le suministró lo ordenado por el especialista fue de más de hora y media, tiempo que estuvo en observación, y en el que el médico general constató la notoria mejoría desde el suministro del medicamento señalado por el pediatra.

130.- Se insiste: no fue refutado el galeno acusado en su afirmación sobre la imposibilidad de practicarle exámenes al niño J.A.D.G., debido al poco tiempo transcurrido de su sintomatología, menos aún, que el tiempo que estuvo en observación desde que se le suministró la medicina por orden del especialista, fuera insuficiente para darle de alta (una hora y media).

131.- Sobre el recuento de la atención brindada, se extrae en extenso algunos fragmentos de la declaración de FREDY RAÚL HERRERA HERNANDEZ, dada su importancia y la falta de refutación de la prueba pericial y testimonial recaudada. Señaló el acusado:

Yo decidí, basado en los antecedentes del niño más que todo, y que el niño no evolucionaba bien, decidí llamar a remitirlo, a enviarlo a otro nivel, porque consideré que el niño podría muy probablemente ser de manejo de segundo nivel.

Llamé para comunicarme con el pediatra, le informé cuáles eran los antecedentes del niño, que el niño no era un niño de 10 años normal, que tenía muchas patologías, que tenía varias patologías, que tenía varias cositas que nos hacían pensar en que el niño podía hacer un caso delicado, entonces que por eso era manejo de urgencias de pediatría.

...

Decidí remitir al niño al nivel superior, al hospital, al hospital universitario.

El pediatra me dijo que mejor le diera un manejo que él consideraba que unas ampollas endovenosas y pues el niño con esas ampollas mejoró, mejoró bastante, se le dio salida y me enteré de que al otro día en la mañana volvió en estado muy delicado.

...

Con lo que le dio el pediatra y con lo que le mandó, nosotros podemos asumir que entonces el niño tuvo gran mejoría, que el pediatra entonces tenía la razón y que le dejó una fórmula para que la mami se la diera allá en la casa.

- Manifieste a juzgado si en aquella época existían protocolos de atención urgencias en la clínica?

No, en ese entonces todavía no estaban instaurados los protocolos de atención.

- Manifiéstale al juzgado cuál era cómo era la mecánica o el trámite para hacer las remisiones a niveles superiores.

Solamente el médico tenía la sospecha de que el paciente no podía ser manejado en el primer nivel y se comunicaba con el especialista de turno, o sea, cuando se tomaba el teléfono para comunicar era que ya se salía de las manos el manejo del paciente en el primer nivel.

132.- Al explicar sus actuaciones y la intervención que en estas tuvo el especialista consultado, esto dijo el galeno:

La mayoría de las veces, pues la remisión es contundente. Pero en otros casos, como en este, un especialista puede dudar de la palabra del médico de urgencia y creer que con el manejo que él pueda instaurar, el paciente se pueda mejorar y no necesariamente remitirlo. Y eso fue lo que sucedió.

Él envió un manejo. Él envió un manejo de unas ampollas que se le colocaron al niño y el niño mejor notoriamente.

El especialista en la mayoría de las veces lo acepta, pero en otras veces no, como sucedió en esta vez... Salió sintiéndose bien, con un abdomen blando, sin signos de dolor profundo, nada, muy tranquilo. Se le dio una fórmula dicha por el pediatra para que la mami le comprara esa formulita y se la diera en la casa. Y eso fue todo.

- ¿Recuerda cuáles fueron las recomendaciones que dio el especialista del nivel superior?

Sí, señor. Que, se le diera que se le aplicaran primero dos ampollas endovenosas y que se dejara en un tiempo en observación y que se le mirara la evolución del paciente. Se le aplicaron las dos ampollas que él mandó, el niño tuvo una gran mejoría y salió caminando tranquilamente por sus propios medios de la sala de urgencias.

- Doctor Fredy, ¿recuerdas cuáles fueron las recomendaciones tuyas cuando el niño ya se le dio salida?

Sí, claro. Que tenía que seguir al pie de la letra la fórmula que había mandado el doctor. Que, si llegaba a presentar algún signo de alarma, como si fuera vómito, fiebre muy alta o dolor intenso abdominal, que consultara en ese momento, a cualquier hora de la noche, a cualquier hora de a cualquier hora que se presentaran los síntomas.

133.- Sobre la sujeción del médico tratante a lo ordenado por el médico especialista, así como los pasos a seguir para efectuar una eventual remisión a un paciente -lo inicialmente estimado por HERRERA HERNÁNDEZ-, el acusado reiteró y enfatizó el necesario cumplimiento al orden jerárquico, a partir del concepto otorgado por el pediatra. Así lo continuó explicando al momento del contrainterrogatorio:

El médico de urgencias expone el caso, dice esta es la magnitud del asunto y este niño necesita irse para un nivel avanzado de atención. Ese es el protocolo, ese es el deber ser, que en algunas veces el médico que está en el nivel superior pueda controvertir eso que está diciendo el médico de urgencias. Puede ocurrir en pocas veces, pero sí puede ocurrir, como ocurrió en esta vez.

[Preguntas complementarias del MP:]

- Doctor Freddy, si usted como médico de urgencias, médico autónomo, no requería que ningún superior o ningún otro,

ningún superior le autorizara la remisión de ese menor, y usted ha manifestado en esta declaración que usted consideraba que el niño sí necesitaba una atención de segundo nivel, ¿por qué no hizo la remisión de manera inmediata?

- Ah, no, lo que usted está tratando de preguntarme es que si yo soy autónomo en la remisión.

No, yo no soy. Yo soy autónomo para decir que el paciente se remite, pero no soy autónomo para enviarlo sin que me lo autoricen.

Yo tengo que llamar y el especialista que está en el tercer nivel, por el nivel superior tiene que autorizar el paciente. Si no lo autoriza, el paciente no se va. Yo soy autónomo en la sala de urgencias del primer nivel, pero no allá en el otro lado donde van a recibir al niño, no, allá el autónomo es el que lo recibe, no yo.

- Díganos, doctor, ¿en dónde se encuentra reglamentado esta afirmación que usted hace que, si en el segundo nivel consideran que la remisión no es necesaria, no le reciben al paciente?

Pues es algo muy básico que se enseñan al practicante, al médico interno. Desde que uno empieza sus prácticas en la medicina, siempre le enseñan eso en las primeras rotaciones o en el año de internado es donde le enseñan a uno eso, que si uno quiere que le reciban a un paciente institucional, tiene que primero llamar al especialista que lo va a recibir y que ese especialista lo autorice. No lo puede enviar así, que reciban en este paciente tal especialidad y lo envío. No, así no es. Es lo primero que uno como médico interno aprende antes de recibir el título de médico.

...

La autoridad para mí en ese momento es el médico especialista.

Esa es mi autoridad. Suena crudo decirlo, yo entiendo su posición y eso nos ha pasado muchas veces en la práctica, no nos pasa una ni dos, nos pasa muchas veces, que consideramos que un paciente debe ser visto en nivel superior y nos llenamos de argumentos y nos llenamos de todos los argumentos que tú quieras, pero desafortunadamente para la autoridad superior mía en ese momento es una el médico pediatra al que se lo comenté.

134.- En consecuencia, no queda duda que, en un primer momento fue previsible para el galeno -y en

consonancia con ello, su actuación posterior- la posible complejidad y gravedad del asunto médico. Por ello, tomó las precauciones debidas del caso, esto es, consultarle a un médico de la especialidad requerida en ese momento (pediatra), para ponerle de presente la situación del niño J.A.D.G. y lograr su traslado, para que fuera aquel quien siguiera su proceso de atención.

135.- Lo anterior es de suma trascendencia, pues el galeno sí actuó conforme a la obligación de evitar la creación o intensificación de un riesgo innecesario. Al FREDY RAÚL HERRERA HERNANDEZ poner en consideración su caso al pediatra, manifestándole, además, su concepto para remitírselo, HERRERA HERNÁNDEZ se aseguró de no incurrir en una de las formas de violar el deber de cuidado, como es la impericia -surgida por la insuficiente aptitud para el tratamiento especializado de un asunto en el que no se es especialista-

136.- Fijese que, fue a partir del cumplimiento de lo ordenado por el pediatra, que el niño mejoró notoriamente, por lo que la obligación de curar o mejorar la condición aflictiva de salud del paciente se había cumplido, y se previó el tratamiento posterior para la verificación de su estado de salud (esto, en otros términos, puede afirmarse como el cumplimiento de la lex artis, según la cual, el médico debe realizar las acciones que estén a su alcance para mejorar la patología del paciente).

137.- Lo anterior, pues el galeno no solo proporcionó una fórmula médica para que le fuera suministrada a J.A.D.G., sino que advirtió a su progenitora sobre los signos de alarma que debía tener presente, y la inmediata remisión al hospital en caso de llegar a presentar alguno.

138.- Así, el marco general de la actuación del médico no permite asegurar una infracción al deber objetivo de cuidado pues, antes que aumentar o crear un riesgo desaprobado, el galeno cumplió con una serie de pasos dirigidos a descartar una patología más grave, y observar la evolución del paciente con el suministro de medicamentos inicialmente considerados por su diagnóstico y luego, por el del especialista. Así lo resumió la primera instancia, al concluir la imposibilidad de afirmar que el médico FREDY RAÚL HERRERA HERNÁNDEZ faltó a la lex artis y aumentó el riesgo permitido, pues al momento de atender al paciente:

i) tuvo en cuenta sus antecedentes clínicos; ii) realizó valoración física inicial, con la cual inmediatamente inició un tratamiento médico; iii) consultó el criterio de un médico de un especialista en el área de pediatría; iv) siguió las directrices de dicho galeno, suministrando medicamentos al paciente; v) deja en observación al paciente durante aproximadamente dos horas más; vi) ante la notoria mejoría del paciente (abdomen blando sin signos de irritación, disminución casi total del dolor) decide darle de alta, y le advierte a la madre del niño sobre los signos de alarma que debe tener presente para retornar al centro hospitalario.

139.- Por el contrario, desacierta el ad quem al considerar que FREDY RAÚL HERRERA HERNANDEZ debía responder porque se le exigía más rigurosidad y dedicación

con el paciente J.A.D.G., ya que era un niño que había presentado problemas gastrointestinales, por lo que el médico debió «descartar todas las patologías y no suministrar calmantes que enmascararon el verdadero diagnóstico», otorgando total credibilidad a la apreciación del médico Domingo Enrique Pérez Tovar, concepto del que ya se hizo el respectivo reparo, en tanto: i. No fue desarrollado a partir de fundamentos médicos consolidados y ii. Incluso su referencia a este aspecto se hizo de manera dubitativa.

140.- En ese sentido, debe evitarse que la decisión judicial se apoye en datos forenses de insuficiente calidad, por lo que es necesario auscultar su origen y controlar la calidad de los datos que los expertos ofrecen. Esto último, depende en gran medida de la forma como se desarrolla el interrogatorio cruzado y la adecuada preparación del caso.

141.- Al valorar la fiabilidad de la prueba pericial y su relación con la hipótesis, deben verificarse criterios propios de la forma en que se obtuvieron los hallazgos, así como la aceptación de las herramientas empleadas para la comunidad científica²³.

142.- Además de lo indicado por el a quo en el presente asunto, de este apartado puede concluirse lo siguiente:

²³ Sobre la debida practica probatoria de la prueba pericial y su posterior valoración, véase: Ideas para un "control de fiabilidad" de las pruebas forenses. Un punto de partida para seguir discutiendo. Marina Gascón Abellán en: Manual sobre Derechos Humanos y prueba en el proceso penal, Primera edición noviembre de 2021.

- i. No hay prueba que permita a la Sala afirmar que la primera impresión diagnóstica del galeno que atendió al niño el 4 de septiembre de 2008 desatendía los síntomas del paciente y el ponderado criterio médico a partir de las circunstancias del caso.
- ii. Si bien, el perito Domingo Enrique señaló que el galeno no debió suministrar analgésicos al niño J.A.D.G. sin antes descartar todas las posibilidades de su dolor abdominal y obtener un diagnóstico certero (es decir, luego de realizados los exámenes clínicos), nunca se refutó si, con el tiempo que llevaba de observación el niño (4 horas), era factible ordenar exámenes clínicos para resultados certeros.
- iii. Tampoco se demostró que el postratamiento a cargo del galeno (fórmula médica recetada y no aplicada) hubiera causado un efecto nocivo y correlacional del bien jurídicamente tutelado.
- iv. El ad quem le reprochó a HERRERA HERNÁNDEZ que no hubiera ordenado practicar un examen especializado al paciente para concretar su diagnóstico, sin embargo, no confrontó lo dicho por el galeno, en cuanto a la prontitud para poder realizar exámenes clínicos. No podría asumirse que efectivamente debían realizarse esos exámenes en tan poco tiempo de evolución del dolor abdominal. Esto lleva a otra inquietud, en cuanto a la necesidad o no de dejar más tiempo en observación al paciente. La respuesta, al menos desde lo probado, es razonable: el tratamiento ordenado por el médico especialista fue satisfactorio, por lo que se procedió a

dar de alta a J.A.D.G. y a dejar recomendaciones de eventuales signos de alarma.

De la responsabilidad de LUIS HERNANDO ÁVILA ROMERO y el cumplimiento del deber objetivo de cuidado

143.- Tampoco existe duda acerca de la voluntaria asunción de la posición de garante por parte del médico LUIS HERNANDO ÁVILA ROMERO, respecto de su paciente J.A.D.G., en los términos del artículo 25, numeral 1, del Código Penal.

144.- Así lo demuestra la historia clínica del niño J.A.D.G. en el Hospital de Girón y la manifiesta aceptación del galeno, de haber sido quien lo atendió el 5 de septiembre de 2008, asumiendo dentro de su ámbito de dominio, la protección real de su paciente.²⁴ Lo anterior, pues fue el encargado de: *i.* brindarle un diagnóstico inicial; *ii.* ordenar exámenes paraclínicos y tratamiento médico; así como *iii.* Remitir a J.A.D.G al Hospital Universitario de Santander.

145.- Ahora, la acusación reprochó al galeno la desacertada interpretación de los síntomas del paciente y su diagnóstico equivocado, lo que las instancias ampliaron al errado tratamiento suministrado al paciente J.A.D.G., así

²⁴ Cfr. testimonio de ÁVILA ROMERO rendido en sesión de audiencia de juicio oral del 20 de enero del año 2021.

como a su remisión tardía y sin las condiciones exigidas al Hospital Universitario de Santander.

146.- Sea lo primero señalar que la prueba practicada demostró el acertado diagnóstico dado por el galeno a los padecimientos de su paciente. Sobre esto dan cuenta las declaraciones del perito Domingo Enrique Pérez Tovar y el galeno acusado.

147.- Por su parte, el mentado perito ilustró sobre los diagnósticos dados por el médico LUIS HERNANDO ÁVILA ROMERO. Inicialmente, en la impresión diagnóstica el galeno tratante refirió un «abdomen agudo, un síndrome anémico crónico y sepsis de origen a estudio». Luego, al recibir los resultados de los exámenes paraclínicos ordenados, confirmó el diagnóstico de un posible cuadro de septicemia de origen urinario y una parasitosis intestinal con obstrucción intestinal por posibles bridas. Por otro lado, las palabras del galeno ÁVILA ROMERO, que explican su diagnóstico sobre el estado de salud del paciente, fueron:

Bueno, pues los diagnósticos clínicos que realizamos en el hospital de Girón fueron los diagnósticos de un abdomen agudo, una posible obstrucción intestinal. En cuanto a las obstrucciones intestinales hay múltiples causas, una sepsis de origen abdominal, una infección de vías urinarias, una gastritis.

Esos fueron los diagnósticos clínicos realizados en el hospital de Girón. **En el informe de necropsia tengo conocimiento que los diagnósticos fueron una peritonitis generalizada, que eso es prácticamente el mismo hallazgo que decir un abdomen agudo, una sepsis de falla multiorgánica, que fue mi diagnóstico, una**

sepsis de origen abdominal, una gastritis. El diagnóstico de la necropsia fue una úlcera péptica, esas son palabras que tienen el mismo significado y se encontró ya el hallazgo de una necrosis tubular aguda, que son cambios relacionados a una posible infección de vías urinarias. Las causas realmente, pues, pueden ser muchas.

...A pesar de tan corta edad del niño, tiene una patología de muchos años de evolución que se puede relacionar, se pudo haber de pronto evitado con un mejor manejo de consulta externa, **pero la causa en el momento es imposible determinar qué fue lo que pasó. Pudo haber sido una perforación intestinal, pudo haber sido una obstrucción intestinal, pudo haber sido una generalización de la sepsis. Tenía muchos factores que se identificaron que pueden desencadenar un paro respiratorio.**

148.- En efecto, como ya se adujo, el médico forense Jesús María Jácome Bohórquez, encargado de la necropsia del paciente en el presente caso, consignó como causa de muerte «peritonitis generalizada secundaria a úlcera péptica duodenal perforada y drenada a cavidad abdominal. Mecanismo de muerte: sepsis, falla orgánica múltiple e insuficiencia respiratoria terminal», causas concordantes con el diagnóstico brindado por el galeno, quien, ratificó su impresión diagnóstica con los resultados de los exámenes paraclínicos ordenados. En ese sentido, ninguna infracción al deber objetivo de cuidado se verificó, relacionada con los diagnósticos - inicial y confirmatorio- emitidos por el galeno ÁVILA ROMERO.

149.- Ahora, existió una incipiente práctica probatoria frente al tratamiento que debió suministrarse al niño JADG el 5 de septiembre de 2008 -en punto de controvertir la actuación del galeno encargado dicho día-. En otras

palabras, poco se sabe lo correspondiente a la *lex artis* en el manejo del paciente en el estado descrito para aquella fecha.

150.- Por un lado, LUIS HERNANDO ÁVILA ROMERO señaló haberle suministrado líquidos estabilizadores a J.A.D.G, más concretamente «hidratación endovenosa inmediata para estabilizar el paciente», por otro lado, el a quo adujo que, además de dicho suministro, debió el galeno brindarle un tratamiento con antibióticos. Esto, en lugar de ser clarificado con la prueba practicada en juicio, fue finalmente deducido por el juzgado de primera instancia a partir de un elemento ajeno al recaudo probatorio del presente caso, como se pasa a explicar.

151.- La conclusión a la que llegó la primera instancia no fue producto de una prueba practicada en juicio, sino de la consulta a la revista científica: «RHODES, adrew; EVANS, Waleed alhazzani. Guía Internacional para el manejo de la sepsis y el shock séptico. En: Revista care med. 2017;45. p. 4-24»; documento que, según el a quo, señala que en presencia de sepsis o schok séptico – y luego de haberse estabilizado al paciente con el aporte de líquidos, lo que en efecto se hizo-, debe procederse con el suministro de antibióticos que combatan la infección, para lo cual se ha considerado que:

De ser posible se realicen hemocultivos antes de iniciar la terapia antimicrobiana, siempre que se pueda hacer con rapidez, de lo contrario la relación riesgo/beneficio se inclina hacia la administración rápida de antimicrobianos. De tal forma, son enfáticos en señalar que: "La rapidez de la administración de antimicrobianos apropiados es fundamental para obtener un efecto

beneficioso. En presencia de sepsis o shock séptico, cada hora de retraso se asocia con un aumento de la mortalidad. Si bien los datos disponibles para obtener resultados óptimos sugieren administrar los antimicrobianos apropiados IV lo antes posible luego del reconocimiento de la sepsis o del shock séptico, un objetivo mínimo razonable para retrasar su iniciación es 1 hora, aunque debido a consideración práctica no todos los centros están en condiciones de cumplirlo".

152.- Así, concluyó el despacho que:

Ante la presencia de la sepsis se sugiere por la comunidad científica proceder en una etapa inicial con la correspondiente hidratación del paciente y seguidamente su manejo séptico con antibiótico, señalando la pertinencia para un mejor manejo de toma de exámenes de hemocultivo siempre y cuando estos puedan obtenerse en un lapso menor a una 1 hora, toda vez que, dada la gravedad de este tipo de condición clínica una hora puede implicar un aumento en la probabilidad del fallecimiento del paciente; situación por la cual, encuentra el Despacho la primera y grave falta a la práctica médica por parte del profesional Luis Hernando Ávila Romero quien pese a contar con múltiples indicios acerca de la existencia de sepsis y señalarla como uno de los diagnósticos iniciales dado el estudio físico del paciente, procede inicialmente con la estabilización del paciente, sin que de manera posterior inicie el tratamiento pertinente con antibióticos, pese a conocer que la espera de paraclínicos para confirmar una sepsis ya identificada implicaba la espera de dos horas sin tratamiento...²⁵

153.- De lo anterior se extrae sin dificultad que esta argumentación del a quo entraña un falso juicio de existencia, el cual se configura cuando el fallador: (i) desconoce por completo el contenido material de un medio de prueba debidamente incorporado a la actuación, o (ii) concede valor probatorio a uno que no fue recaudado,

²⁵ Página 30 de la sentencia de primera instancia.

suponiendo su existencia (CSJ AP2169-2022, AP5164-2022, AP2665-2023 y AP5772-2024).

154.- En efecto, estamos ante el segundo supuesto, pues ninguna prueba pericial fue practicada para soportar tal referencia o consenso científico, según el cual, posterior a la estabilización del paciente con líquidos parentales, procedía el suministro de antibióticos. Esto, en lugar de ser producto del correspondiente debate probatorio, constituyó conocimiento privado del juez, en una búsqueda probatoria de oficio que no es permitida bajo el actual modelo de juzgamiento acusatorio. En otras palabras, escapa del conocimiento derivado de la práctica probatoria, si lo concluido en este punto por las instancias corresponde a medicina basada en la evidencia y, en todo caso, tampoco fue un conocimiento sometido al debido proceso probatorio.

155.- Aunado lo anterior, el *a quo* infirió que el médico LUIS HERNANDO ÁVILA ROMERO contrarió la «doctrina médica» al momento de considerar necesarios los exámenes previo manejo clínico, pues estos no resultaban esenciales para proceder con el suministro de medicamentos, situación que tampoco surge de algún consenso médico verificado en juicio²⁶, que permitiese al menos acercarse a un parámetro de precaución – protocolo, norma, manual, baremo o

²⁶ Lo único que sobre el tema se planteó, someramente, fue el comentario del médico Jesús María Jácome Bohórquez, al afirmar que para un médico no era obligatorio ordenar exámenes paraclínicos para otorgar un diagnóstico.

actividad concreta conforme a la *lex artis* – que debía aplicar al caso específico el galeno referido.

156.- Ahora, tanto la primera como la segunda instancia reprocharon a LUIS HERNANDO ÁVILA ROMERO la última actuación que estuvo bajo su cargo, esto es, la remisión del paciente al Hospital Universitario de Santander en compañía de una auxiliar de enfermería y no de un médico. Al respecto señaló el *ad quem*:

El propio Germán Pradilla Arenas -especialista en pediatría- confirmó que los protocolos enseñan que el médico tratante tiene la obligación de determinar si es pertinente o no ordenar el traslado con acompañamiento médico, lapso en el que era perfectamente viable que dicho profesional, no una enfermera, realizara maniobras de reanimación - de ser requeridas -, dicho que replicó el pediatra Carlos Miguel Figueroa en el sentido que el estado crítico de un paciente - como el de JADG - recomendaba el acompañamiento médico durante el traslado de un centro hospitalario a otro, lo cual evidentemente no sucedió, pues Luis Hernando Ávila Romero estimó que no era necesario, pero las circunstancias conocidas *ex post* demostraron que sí era imperativa tal compañía, en virtud a que durante el traslado el niño se complicó, así lo dejó entrever su progenitora que dijo sentirlo "helado" y "morado", circunstancias todas que - en últimas - provocaron su muerte, pese a que la enfermera consideró que eso no era probable que ocurriera.

157.- Pues bien, no hay duda de las condiciones en las que se encontraba J.A.D.G. en el camino hacia el Hospital Universitario de Santander, así como al momento de su llegada. Tanto su madre Hilda González Martínez como el médico Germán Lauro Pradilla, coinciden en las pésimas condiciones del niño. Por un lado, la madre manifestó que

sus dedos y labios se empezaron a poner morados cuando iban rumbo hacia el referido hospital, por otro lado, el médico Pradilla refirió que el paciente había llegado en pésimas condiciones generales.

158.- Asimismo, en la epicrisis de la historia clínica del menor, se consignó que el reporte de ingreso fue “muerto”, expresión aclarada por el médico Pradilla, en tanto realmente la condición es “premuerto”, pues esa mínima posibilidad de reanimación sustentó dicha labor por aproximadamente 24 minutos. En todo caso, su condición ya era crítica.

159.- Entonces, a través del testimonio del médico Germán Pradilla Arenas en su calidad de pediatra del servicio de urgencias del Hospital Universitario de Santander, fue posible acreditarse que el día 5 de septiembre de 2008 ingresó el menor JADG, con ocasión a la remisión que hicieran de éste desde el Hospital San Juan de Dios de Girón, quien fue trasladado por medio de ambulancia sin médico acompañante, con pésimas condiciones generales. A los dos minutos de su ingreso, inició con un paro cardiorrespiratorio, por el cual se procedió a practicar técnicas de reanimación de 24 minutos, sin embargo, pese a ello fallece.

160.- Ahora, salvo el patólogo Domingo Enrique Pérez Tovar, quien indicó que la remisión en ambulancia debía ser obligatoriamente en compañía de un médico -sin que señalara la norma o el protocolo que así lo establecía-, el resto de los galenos cuestionados sobre este aspecto dan

cuenta de la posibilidad del médico tratante para determinar bajo qué acompañamiento debe preverse una remisión de un paciente -incluso, así lo reconoció el ad quem al considerar el dicho del pediatra Germán Pradilla en este sentido-. Sobre este aspecto, ÁVILA ROMERO señaló:

Pues en la historia clínica queda consignado que según mi experiencia, según mi conocimiento y el criterio médico autónomo, se decide trasladar el paciente con auxiliar de enfermería, considerando que desde el ingreso del paciente al momento de decidir la salida, que son aproximadamente 4 horas, el paciente no presentó ninguna modificación o ningún deterioro en sus signos clínicos, en sus signos vitales, que son quienes nos indican a nosotros como médicos si el paciente de pronto está presentando algún deterioro o alguna modificación de su clínica.

Como el paciente permanece 4 horas y yo analizo que tiene la misma tensión arterial o un poco mejor, porque incluso la tensión arterial mejoró un poco, la frecuencia cardíaca, la frecuencia respiratoria y la saturación de oxígeno, esos signos vitales me indican que con 4 h de permanecer el paciente ahí, no hay un deterioro, pues decido remitir al paciente con auxiliar de enfermería.

161.- En esta misma dirección, el médico Carlos Miguel Figueroa Mantilla, que para el 2008 trabajaba de docente asistencial del Hospital Universitario de Santander en el servicio de Urgencias, refirió que, si bien lo ideal era trasladar al paciente con un médico, cada traslado tenía condiciones distintas, dependiendo la gravedad y sus particularidades.

162.- Entonces, es cierto que, de lo probado en juicio puede afirmarse que, lo ideal en casos de pacientes en grave estado de salud es remitirlos en compañía de un médico, no

de un auxiliar de enfermería. Esto, pues, según lo aducido por el pediatra Germán Lauro Pradilla Arenas solo los médicos estaban capacitados para una eventual reanimación, la cual puede efectuarse en ambulancia.

163.- Sin embargo, varias dudas surgen a partir de circunstancias no constatadas o refutadas en juicio, a saber:

164.- No es razonable que la decisión de remitir a un paciente en compañía de médicos o personal de enfermería no esté a cargo de cada médico tratante en cada caso concreto. Ahora, la discusión se centra sobre la gravedad del paciente al momento en que la ambulancia lo recoge, pues según ÁVILA ROMERO sus signos vitales se encontraban estables.

165.- Dicho médico señaló que, al momento de ser recogido por la ambulancia, el paciente tenía estabilidad de los signos vitales. Recuérdese que en el presente caso se saben las condiciones en las que llegó el niño al Hospital Universitario de Santander, y se tiene conocimiento que, en el transcurso del camino hacia el hospital, el niño empezó a ponerse morado, según el dicho de su madre.

166.- El anterior contexto es relevante porque debe partirse de un supuesto probado: los médicos tenían la opción de remitir al paciente con algún miembro del área de la salud, fuera auxiliar de enfermería o médico, y ello

dependía del criterio del galeno, atendiendo la necesidad de cada caso.

167.- En ese sentido, si al momento de remisión del niño, este se encontraba estabilizado, la compañía por parte de una auxiliar de enfermería no estaba por fuera del riesgo permitido. En otras palabras, en esas condiciones no se incrementaba el riesgo conforme lo regula la *lex artis*.

168.- Ahora, suponiendo que el paciente sí se encontraba inestable al momento en que la ambulancia lo recogiera, a modo general podría plantearse que, examinando la situación desde las condiciones de un observador inteligente situado en la posición del autor, sumados los conocimientos especiales de este último, el hecho de remitir al niño sin la compañía de un médico podría haber incrementado el riesgo jurídicamente desaprobado, pues una eventual complicación en el camino -como en efecto ocurrió- no podría ser atendida por una enfermera, pero sí por un médico. En otras palabras, podría ser que la elevación del riesgo intensificara el peligro de causación de daño.

169.- Sin embargo, lo anterior se plantea a modo dubitativo porque no se comprobaron aspectos relativos a la real posibilidad que existía de reanimación del paciente en la ambulancia, pues nada se dijo sobre el equipamiento de la ambulancia destinada al traslado para realizar una reanimación avanzada. Recuérdese que, el proceso de

reanimación fue descrito por el médico encargado para ello en este caso, Germán Lauro Pradilla Arenas, quien narró, entre otros aspectos, la intubación orotraqueal con tubo, las ampollas endovenosas, drenaje, y todas las actividades que conlleva este tipo de reanimación, que no se limitan a un masaje cardíaco.

170.- Así pues, no se sabe si la ambulancia dispuesta para la remisión de este caso estaba equipada para posibilitar una reanimación avanzada, por lo que ni siquiera asegurando su acompañamiento médico se hubiera podido realizar.

171.- Incluso, si se afirmara la existencia de elevación del riesgo desaprobado a partir de la decisión del médico de ÁVILA ROMERO de remitir al niño en compañía de una enfermera, tampoco se tiene la constatación probatoria de que ese peligro se realizara en el resultado antijurídico muerte, teniendo en cuenta todas las circunstancias conocidas ex post. Esto, pues tal y como lo planteó el mismo médico Domingo Enrique Pérez Tovar, no pueden obviarse las fallas de tipo administrativo en la red de servicio hospitalario, ya que primó el criterio administrativo de autorizaciones, antes que el concepto médico y el inminente peligro de muerte del paciente.

172.- Sobre estos procedimientos, lo narrado por cada galeno se complementó, en el sentido de que son varias las gestiones administrativas a realizar en cada remisión. No

solo existe el Centro Regulador de Urgencias, cuya función es comunicarse con el médico o con la persona que está en turno de las instituciones de mayor complejidad, sino que, para ese momento se debía también establecer comunicación y aprobación del médico especialista del lugar donde sería remitido, pues en todo caso debía existir disponibilidad en el sitio de remisión.

173.- Así, al retrotraerse al momento de la actuación del galeno desde una perspectiva *ex ante*, para efectos de verificar su posible creación o aumento del riesgo jurídicamente desaprobado, se advierte que, salvo en un último momento a su cargo, no se tienen dudas frente a su actuación ajustada a la *lex artis*. Esto, por cuanto pudo constatar, que:

- i. Una vez el galeno asumió la posición de garante del niño, procedió a suministrarle líquidos y estabilizarlo hemodinámicamente, así como ordenarle exámenes clínicos.
- ii. Inmediatamente recibió los resultados de los exámenes paraclínicos ordenados, tanto el médico ÁVILA ROMERO como el estudiante de medicina que lo acompañaba, comenzaron la búsqueda de un hospital de mayor nivel para remitir al pequeño.
- iii. Dicha búsqueda no era tan sencilla para aquel entonces, pues no solo se requería la aprobación del centro médico solicitado, sino la autorización del CRUE. Si bien, en juicio se comentó por parte del

galeno Germán Pradilla que también era posible tomar la decisión de salir con el paciente por cuenta propia del médico tratante, lo relatado por el resto de los médicos, incluyendo ÁVILA ROMERO y Carlos Miguel Figueroa - quien coordinaba y decidía el traslado del paciente- da cuenta de una serie de pasos a cumplir, al menos, lo concerniente a aceptación del hospital a remitir. En la historia clínica consta la búsqueda infructuosa en un inicio por parte de ÁVILA ROMERO y el estudiante de medicina, pues, como el mismo galeno lo manifestó, para que se aprobara el traslado debía contarse con disponibilidad del sitio a enviar.

iv. El galeno continuó estabilizando al paciente hasta que fue remitido por una ambulancia al Hospital Universitario de Santander, medio de transporte del que no se tuvo conocimiento sobre sus características (el equipamiento que tenía, incluyendo herramientas para reanimación avanzada).

Conclusión

174.- En lo que concierne a los cargos endilgados a los procesados, a la fiscalía le bastó referir que, de acuerdo al peritaje realizado por parte del médico patólogo adscrito al Instituto de Medicina Legal, en la atención médica impartida por los médicos FREDY RAÚL HERRERA HERNÁNDEZ y LUIS HERNANDO ÁVILA ROMERO, «no hubo una

interpretación adecuada de la semiología y diagnóstico con el cuadro clínico que presentaba el paciente, demorando una celeridad en la intervención médica y quirúrgica y farmacológica que modificara el curso de la enfermedad y por lo tanto, no se enmarcó ni ajustó a los principios éticos y científicos de la *lex artis*».

175.- La relevancia jurídica de los hechos referidos por la Fiscalía, son consecuencia de que el hecho dañoso, la muerte del niño paciente, pueda atribuirse directamente a una acción u omisión de los médicos que lo atendieron, acorde con lo que respecto del punible culposo consagra el tipo penal específico. Lo anterior no pudo probarse en juicio, contrario a lo resuelto por las instancias.

176.- Así, el *ad quem* reprochó a FREDY RAÚL HERRERA por no observar con detenimiento los síntomas y evolución del niño para darle correcto tratamiento a su enfermedad. Que, a pesar de verlo en estado crítico, sin ordenar la práctica de un examen especializado, se limitó a suministrarle calmantes de dolor que enmascararon la verdadera afectación en su salud. Todo esto generó un diagnóstico errado que influyó en el resultado fatal del 5 de septiembre de 2008.

177.- Sin embargo, en juicio no se demostró el diagnóstico desacertado sobre el estado de salud del paciente y, por el contrario, se constató una actuación diligente del galeno en el suministro de medicamentos, la consulta al

especialista, la observación del paciente, y las recomendaciones brindadas para una eventual recaída.

178.- En cuanto al reproche endosado a LUIS HERNANDO ÁVILA ROMERO, la sentencia de segundo grado confirmó la negligencia planteada por el *a quo* – la omisión para suministrar antibióticos-, enfocando de manera especial, la falta de celeridad para disponer el traslado del niño JADG a un hospital de mayor nivel, sin que en la ambulancia estuviera acompañado por un médico.

179.- Ninguno de los anteriores hechos fue probado. Por el contrario, pudo establecerse el cumplimiento de la *lex artis* por parte del galeno tratante, quedando únicamente dudas sobre su observancia en la última actuación de ÁVILA ROMERO, al haber remitido el paciente sin compañía de un médico. En todo caso, la declaratoria de responsabilidad por esta última actuación, soslayó el principio de congruencia, pues el supuesto fáctico es ajeno de lo acusado.

180.- Aunado a lo anterior, el reproche concerniente a la omisión de suministro de antibióticos no solo vulneró el mentado principio, sino que, tal conclusión fue producto del conocimiento privado del juez, advirtiéndose la configuración de un *falso juicio de existencia*, a partir de la suposición de una prueba no recaudada, a la cual se le dio un valor probatorio determinante para la declaratoria de responsabilidad del galeno.

181.- Toda vez que los jueces de instancias no valoraron con suficiencia y rigor la prueba recaudada, lo que conllevó a condenar a los acusados sin que fuera superado el estándar probatorio previsto en la ley para ello, la Sala deberá revocar el fallo condenatorio emitido por primera vez en contra de FREDY RAÚL HERRERA HERNANDEZ, y casar la sentencia condenatoria en contra de LUIS HERNANDO ÁVILA ROMERO.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, conforme la impugnación especial presentada en favor de FREDY RAÚL HERRERA HERNÁNDEZ.

SEGUNDO: CASAR la sentencia impugnada, proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, conforme la demanda presentada a favor de LUIS HERNANDO ÁVILA ROMERO.

TERCERO: En consecuencia, **ABSOLVER** a FREDY RAÚL HERRERA HERNÁNDEZ y LUIS HERNANDO ÁVILA ROMERO respecto del delito de homicidio culposo.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y
cúmplase.



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN
Presidenta de la Sala



GERARDO BARBOSA CASTILLO



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS



GERSON CHAVERRA CASTRO



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO



HUGO QUINTERO BERNATE



CARLOS ROBERTO COLCHUZANO GARAVITO



JOSÉ JOAQUÍN URBANO MARTÍNEZ

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: 872F8C4D3CFC738943024D73B6B1F09C45ACDDD84FC6BA82DFD459AF9A1CBF23

Documento generado en 2025-03-31