



PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO DE SEGUROS

RESPONSABILIDAD MEDICA DE INSTITUCIONES Y ENTIDADES HOSPITALARIAS.
Análisis Jurisprudencial para optar por el título de Especialista en Derecho de Seguros

Elaborado por
MARIA DANIELA BUENO CASTRO

Bogotá, 2021.

Tabla de contenido

SENTENCIA SC9193-2017	4.
1. RESEÑA	4.
1.1. Relación de los Hechos	4.
1.2. Planteamiento del Problema Jurídico	6.
1.3. Reseña de los Fallos de Instancia	6.
1.4. Fundamentos del Fallo de Segunda Instancia	7.
1.5. Recurso de Casación	8.
1.6. Consideraciones de la Corte	10.
1.7. EVALUACIÓN CRITICA	16.
 SENTENCIA SC13925-2016	 19.
2. RESEÑA	19.
2.1. Relación de los Hechos	20.
2.2. Planteamiento del Problema Jurídico	20.
2.3. Reseña de los Fallos de Instancia	21.
2.4. Fundamentos del Fallo de Segunda Instancia	21.
2.5. Recurso de Casación	21.
2.6. Consideraciones de la Corte	23.
2.7. EVALUACIÓN CRITICA	26.

SENTENCIA SP8759-2016	27.
------------------------------------	------------

3. RESEÑA	27.
-----------------	-----

3.1. Relación de los Hechos	27.
-----------------------------------	-----

3.2. Planteamiento del Problema Jurídico	27.
--	-----

3.3. Reseña de los Fallos de Instancia	27.
--	-----

3.4. Fundamentos del Fallo de Segunda Instancia	28.
---	-----

3.5. Recurso de Casación	29.
--------------------------------	-----

3.6. Consideraciones de la Corte.....	32.
---------------------------------------	-----

3.7. EVALUACIÓN CRÍTICA	37.
-------------------------------	-----

SENTENCIA SC9193-2017
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACIÓN CIVIL
M.P. Ariel Salazar Ramírez
Radicación No. 11001-31-03-039-2011-00108-01
28 de junio de 2017

1. RESEÑA

1.1. Relación de los Hechos.

1. La señora Luz Mery Zambrano que se encontraba afiliada a la EPS Sanitas, el 19 de junio de 2007 asistió a control prenatal en la Clínica Colombia, dada su calidad de primogestante de 39 semanas de embarazo. En dicha atención se encontró *“actividad uterina irregular”* y se ordenó regresar para practica de examen una semana después.
2. El 20 de junio de 2007 la demandante consulto nuevamente por urgencias, aduciendo un dolor punzante en la región lumbar, irradiado a la pierna derecha y dolor abdominal, lo que podía indicar el inicio de trabajo de parto, esto según afirma la parte actora, alegando que no se siguió con el protocolo, esto es, registro de actividad uterina, tacto vaginal requerido, ni indicación de monitoreo fetal, pues los anteriores no fueron consignados en historia clínica. De la anterior atención se diagnosticó dolor lumbar y como tratamiento se aplicó ampolleta de Diclofenaco y un analgésico para el malestar.
3. Ante el incremento del dolor la demandante acudió por tercera vez al servicio de urgencias de la Clínica Colombia, refiriendo ausencia de movimientos fetales asociada a dolor periumbilical y vómitos, tras el examen físico se demostró un trabajo de parto en fase activa, evidenciado una dilatación de 3-4 cm, con membranas íntegras, entre otros. El médico tratante hizo una impresión diagnóstica de “trabajo de parto G1PO, 39 semanas, hipoactividad fetal”.
4. El diagnostico anterior y la ausencia de movimiento fetal eran clara señal de la perdida de bienestar fetal, pues sugerían un grado de sufrimiento fetal agudo. Sin embargo, las indicaciones medicas fueron continuar con trabajo de parto natural y ordenar la conducción de este.

5. Según resultados de monitoreo realizado, debió procederse a la extracción del niño mediante cesárea, esto según la anamnesis y la impresión diagnóstica. Sin embargo, el 21 de junio de 2007 se produjo el parto vaginal *“eutócico con líquido amniótico meconiado (meconio reciente), nace flácido, sin patrón respiratorio y poco reactivo a estímulos”*, realizando posteriormente los procedimientos para su recuperación, esto es soporte con máscara y ventilación, masaje cardíaco y otros.
6. Se afirma que el hecho de que el menor presentara “cordón umbilical teñido de meconio más meconio reciente” indica que el parto fue atendido de manera tardía, lo anterior aun cuando la paciente acudió en tres oportunidades solicitando la atención médica y solo recibió instrucciones para tratamiento desde su domicilio, pues según los signos presentes todo estaba dentro de la normalidad.
7. Según se indica el recién nacido presentó sufrimiento fetal grave, con acidosis metabólica severa, encefalopatía hipóxico-isquémica perinatal, lo anterior constatado por el test de Apgar y por la necesidad de asistencia ventilatoria mecánica. Así mismo se indica que las anomalías presentadas por el menor reveladas en resonancia magnética cerebral son resultado de un sufrimiento fetal intenso.
8. El anterior fue reiterado en diagnóstico del 06 de julio de 2007 por neuropediatría, que confirmó que el neonato sufrió *asfixia perinatal y hemorragia intracraneana occipital derecha y áreas corticales frontoparietales, con convulsiones neonatales, todo ello enmarcado dentro de la encefalopatía hipóxica*.
9. Según se indica el menor también sufrió disfunción orgánica múltiple, esto es la afección de otros órganos tales como depresión miocárdica, insuficiencia renal, necrosis intestinal o depresión respiratoria profunda según se indica en la historia clínica del paciente.
10. Se afirma que la parálisis cerebral y minusvalía a la que quedó sometido el menor no es otra cosa que la consecuencia del sufrimiento fetal agudo que presentó *in útero*, por demora en la atención del parto.
11. Los signos de sufrimiento fetal según se indica no alarmaron al personal médico, que podría haber sospechado las posibles causas y realizar otras pruebas diagnósticas concluyendo la necesidad de parto por cesárea.
12. El 08 de julio de 2007 se le da de alta al menor, según se manifiesta en muy mal estado de salud y con compromiso neurológico severo que retrasó su desarrollo global, con presencia de convulsiones permanentes y reiteradas, situación que

genero una alta dependencia de terapias y tratamientos médicos constates por diferentes especialidades.

13. Afirman los demandantes que se han generado graves secuelas de tipo neurológico, tales como *encefalopatía hipóxica isquémica, parálisis cerebral de tipo cuadriplejía espástica, retraso cognitivo, epilepsia de diferentes tipos*, entre ellas *síndrome de West, daños en la visión nivel central, dificultades para dormir y comer, apnea del sueño*, entre otras.

1.2. Planteamiento del Problema Jurídico

¿Existe Responsabilidad Medica en cabeza de la institución hospitalaria por los presuntos perjuicios causados a los demandantes derivados de la supuesta atención deficiente y tardía a la paciente?

1.3. Reseña de los Fallos de Instancia

a. Primera instancia.

El Juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda que apuntaban a la declaración de responsabilidad medica de los demandados, por no hallar prueba de los elementos de la responsabilidad civil en la atención prestada a la paciente.

b. Segunda instancia.

Confirmó el Tribunal el fallo de primera instancia, pues afirma no está probado el nexo de causalidad entre el hecho lesivo y el daño sufrido por el menor. Se concluyo que no hay prueba de que la paciente presentará síntomas factor de riesgo que alertaran al personal médico para realizar los procedimientos tendientes al iniciar el parto en los primeros ingresos.

1.4. Fundamento del Fallo de Segunda Instancia.

Del análisis realizado por el Tribunal, se concluye que no hay prueba de los elementos de la responsabilidad en cabeza de los demandados, se afirma que no hay prueba de que la paciente presentará síntomas - factor de riesgo que alertaran al personal médico para realizar un tacto vaginal o la hospitalización de la paciente, que las anteriores son decisiones exclusivas y del resorte del médico tratante que para el caso de marras se indica no reñía con las pautas de la *lex artis*.

Se consideró que el testimonio del ginecólogo Callamand Borrero generó más convicción que el del neurólogo José Aldana, esto por su especialidad y análisis basado en la historia clínica, agregó que según la epicrisis el 19 de junio se practicó a la paciente el examen de rigor, sin encontrar anomalías respecto del embarazo.

Indicó que el concepto del doctor Aldana tiene menos peso que el del ginecólogo Callamand Borrero, pues el primero reconoció que el tema sobre el que se debate no es de su especialidad, pues él se encarga de la valoración del niño y no del parto, situación que le compete al obstetra.

Respecto de la presunta mora en la atención, esto en el segundo ingreso de la paciente, no está probado el dicho de los demandantes, pues no da cuenta la historia clínica de tal retraso. Por otra parte, con relación al dolor punzante lumbar, se adujo que no puede considerarse como un síntoma de una situación anormal, esto según concepto del especialista, quien en su declaración avaló el proceder del médico tratante.

Manifestó el Tribunal, que según consta en el expediente el doctor Gómez le tomó la tensión arterial, la frecuencia cardíaca y respiratoria, y le practicó un examen físico a la paciente, por lo que no puede hablarse de una atención negligente o tardía. Así mismo se indica que solo en atención del 20 de junio se registró ausencia de movimiento fetal, momento en el que se practica inmediatamente tacto vaginal e iniciación del parto.

Del análisis realizado a las pruebas practicadas y arrimadas al del proceso, esto es historia clínica, testimonio de especialistas y notas de enfermería, se coligió que solo el 20 de junio la paciente presentó síntomas indicativos de factores de riesgo, ante los cuales el personal médico acudió de inmediato y como lo establecen los protocolos.

Finalmente, en lo que tiene que ver con presencia de meconio en el cordón umbilical, manifestó el Tribunal que ello no es una señal indiscutible de la tardanza en la atención, pues tal circunstancia pudo obedecer a *“situación normal como la presión que recae sobre la cabeza del bebé durante el parto, u otra circunstancia similar, sin que esa ambigüedad sea posible de absolverse en contra del médico, quien como se sabe, asume a estos respectos (la salud de una persona al nacer) una obligación de medios”*.

Corolario de lo anterior, para el Tribunal no quedo demostrada la tardanza, negligencia o imprudencia de la demandada respecto de la atención medica brindada a la demandante, adicionando que no existe prueba alguna del nexo causal entre la conducta de la entidad de salud y los daños causados al menor.

1.5. Recurso de Casación

El citado recurso de casación se formula con apoyo de la causal primera de casación, mediante cuatro cargos, todos por violación indirecta de la ley sustancial.

CARGO PRIMERO.

El primer cargo tiene como fundamento la violación indirecta del artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, por error en la apreciación de las declaraciones técnicas rendidas por los médicos Andrés Augusto Callamand Borrero y Francisco José Aldana Valdés.

Respecto de la declaración rendida por el doctor Callamand, no se tuvo en cuenta la afirmación del experto sobre la *actividad uterina irregular* presentada previamente por la paciente, solo se analizó la declaración en la ausencia de factores de riesgo que permitieran inferir alteraciones del bienestar fetal. Omitiendo por otra parte la declaración del doctor Aldana Valdés quien resalto cómo la actividad uterina irregular era un signo de sufrimiento fetal o intrauterino que advertía la necesidad de la cesárea.

Lo anterior en concordancia con las anotaciones realizadas en la historia clínica para el 19 de junio de 2007, en la que se puede leer “*paciente presentó actividad uterina irregular*”, lo que ameritaba mayores cuidados por parte del personal médico. Contrario a ello el Tribunal insistió en restar credibilidad a los argumentos del médico neurólogo y neonatólogo, para dar mayor peso a las declaraciones del ginecólogo basado únicamente en su especialidad y no en la coherencia y detalle de la declaración.

CARGO SEGUNDO.

El segundo cargo tiene como fundamento nuevamente la violación indirecta de la norma relacionada en el cargo anterior, esto por error en la apreciación conjunta de las pruebas.

Afirmo el casacionista que el Tribunal no valoró correctamente la historia clínica en armonía con lo que expresaron los testimonios técnicos de los médicos Callamand Borrero y Aldana Valdés. El *ad quem* echo de menos los síntomas que tuvo la paciente en su segunda consulta, esto es el dolor punzante en la región lumbar que refirió, según el cual afirma el casacionista conjuntamente con la actividad uterina irregular fue signo

inequívoco de anomalía, esto respaldado por el medico Aldana, quien afirma que tanto los síntomas como los signos ameritaban atención medica más diligente.

CARGO TERCERO.

Nuevamente se repite como fundamento la violación indirecta de la norma relacionada en los cargos anteriores, por no apreciar en conjunto la historia clínica y los testimonios técnicos de los médicos Augusto Callamand Borrero y Francisco José Aldana Valdés. Aludió que el *ad quem* solo considero que en la tercera consulta se presentó la ausencia de movimiento fetal, contrario a lo que según da cuenta la historia clínica y las declaraciones de los médicos, que al unisonó manifestaron los signos de malestar fetal desde la primera consulta.

Al respecto el doctor Aldana Valdés menciona que la falta de movimiento fetal desde la primera consulta indicaba sufrimiento fetal por falta de irrigación de oxígeno al cerebro, lo que ameritaba la intervención inmediata. Por su parte el medido Callamand Botero, indico que ante la ausencia de movimiento fetal el mejor procedimiento según la practica medica era considerar una prueba de trabajo de parto para establecer el grado de compromiso placentario o de oxígeno.

Sumado a lo anterior, se alega que el Tribunal no advirtió que todas las pruebas apuntaban a que la paciente presento factores de riesgo que debieron ser tomados en cuenta por la institución y así evitar los daños causados al menor.

CARGO CUARTO.

Fundó el casacionista para este cargo, la misma causal invocada en los cargos anteriores, reiterando el error del Tribunal por no valorar de manera articulada la historia clínica y los testimonios técnicos rendidos por los doctores Callamand Borrero y Aldana Valdés.

Manifiesta el recurrente que el fallador de segundo grado aprecio erradamente la historia clínica y los testimonios técnicos, los cuales según indica son prueba suficiente de la negligencia y falta de atención médica para acudir a la paciente ante la actividad uterina irregular presentada que generó el daño cerebral y sus secuelas que padece el menor Juan Sebastián Sanabria Zambrano.

1.6. Consideraciones de la Corte

Los cuatro cargos formulados atacan la providencia de segunda instancia por error en la valoración de las pruebas, esto respecto del análisis en conjunto de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana critica, por lo que se estudiarán todos los cargos como uno.

La valoración racional de las pruebas requiere de los jueces la necesaria motivación razonada de su decisión, así se estableció en el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, que indica *«la motivación deberá limitarse al examen crítico de las pruebas y a los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones (...)»*. Lo anterior es reiterado por el artículo 280 del Código General del Proceso, en los siguientes términos: *«La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones (...)»*.

Así las cosas, la motivación razonada de la decisión es que la decisión debe estar basada en un razonamiento lógico, cuya conclusión es el resultado de la demostración de los hechos relativos a la norma sustancial que contienen las consecuencias jurídicas pretendidas en la demanda. Es por ello que las normas procesales están concebidas para la averiguación de la verdad en el proceso, esto no quiere decir necesariamente que se garantice la certeza o verdad absoluta, sino que ofrece la posibilidad de corregir la decisión sobre los hechos con relevancia jurídica con la base fáctica del litigio.

Bajo el sistema de la sana critica se otorga validez a la sentencia a través de la debida aplicación de la norma sustancial que rige el caso y el de la correspondencia entre los enunciados facticos con los hechos probados en el proceso, lo que genera la efectividad de la decisión, situación está que se alcanza cuando se adecua a la demostración de la verdad de la *causa petendi*.

Ahora bien, la apreciación individual y conjunta de las pruebas según las reglas de la sana critica, es un método de valoración que impone a los jueces reglas claras y concretas para elaborar sus hipótesis sobre los hechos a través de razonamientos lógicos, analógicos, tópicos entre otros, que establecen el presupuesto efectivo de la decisión.

Así pues, la aplicación de los presupuestos anteriores en la valoración del Tribunal para el caso de marras, tanto en la individualidad de las pruebas como en su conjunto, halla la razón al recurrente, pues se evidencia una ausencia de sustentación basado en las reglas de la sana critica respecto de los enunciados facticos del *ad quem* para tomar su decisión, en conclusión, la sentencia carece de motivación razonada sobre los hechos en que se fundó la decisión.

Ahora bien, respecto de la *actividad uterina irregular* que presento la paciente el 19 de junio de 2007, afirmo el Tribunal que el mismo no era por si solo un signo de alarma, y que por la ausencia de otros signos que aumentarían el riesgo, en debida forma el personal médico no considero la necesidad de someterla a una observación más rigurosa. Conclusión a la cual llegó el Tribunal basado únicamente en el testimonio técnico como fuente absoluta para determinar una práctica adecuada a la *lex artis ad hoc*, contrariando con sus afirmaciones la evidencia científica, la información contenida en la historia clínica y el concepto de otro médico que arrimo su exposición al proceso.

Se aclara por cuanto el Tribunal descarto el testimonio técnico de uno de los médicos, que un testigo técnico es aquella persona que además de haber presenciado los hechos, posee especiales conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre ello, cuyos conceptos por sus saberes resultan informativos y valiosos para el proceso sobre la ocurrencia de los hechos concretos.

De cara a lo anterior, no puede equipararse un concepto de experto u especialista con un testimonio técnico, pues cumplen una función probatoria totalmente diferente, en la medida en que el testigo técnico puede dar cuenta no solo por su experticia de los procedimientos científicos adecuados, sino también de los hechos que percibió durante la atención y que finalmente dieron lugar a la fijación del litigio.

Tampoco es posible asimilar el testimonio técnico con el dictamen pericial, porque, aunque tienen una finalidad parecida, se alejan de la función que cumplen, pues nuevamente se recuerda que el testimonio técnico da una ilustración más clara de los hechos que rodean la litis, así pues, la valoración de las pruebas se debe realizar individualmente y en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana critica, pues de lo contrario el sentenciador resolvería la controversia según su íntima convicción.

No puede perderse de vista que si bien en la norma procesal no se estable presunción alguna por sospecha respecto del declarante, en caso del médico que prestó sus servicios para una de las entidades hospitalarias, esto respecto de su parentesco o vínculo con la parte, lo cierto es que debía tomarse en cuenta al momento de valorar la consistencia de la información rendida como medio de prueba y en contexto con las demás practicadas, pues para el caso de marras se contraponen los conceptos de dos expertos, pero uno de ellos al servicio de una de las partes, situación que debió ser ampliamente valorada por el Tribunal para corroborar la consistencia y fidelidad de la información rendida respecto de su objetividad.

El Tribunal puso en tela de juicio la conveniencia e idoneidad de la declaración rendida por el galeno, basando su calificación única y exclusivamente en una respuesta dada por el citado médico, en la que afirmo que por su especialidad no tenía que responder a tal pregunta y que esta era competencia de obstetricia, anulando por ello la totalidad de la declaración, echando de menos el Tribunal que el tema sobre el cual se discutía eran las implicaciones de la actividad uterina irregular como factor que desencadenase el daño neurológico, concepto que era dilucidado en dicho momento por el galeno respecto de sus conocimientos como neuroneonatólogo, pero que fue por completo desechado.

Ahora bien, con relación a la manifestación del Tribunal en la que según este primaba la declaración del doctor Callamand porque se refirió a la historia clínica, no tiene sentido que la declaración del doctor Aldana quien también se refirió a la historia clínica en su declaración, sea abolida por tan débil argumento, en todo caso se reitera la función de la declaración de los expertos que no es otra cosa que dar una explicación genera sobre el esto de su ciencia o arte.

Por otra parte, adujo el Tribunal que las conclusiones del doctor Andrés Callamand fueron más detalladas y coherentes, situación que no considera así la Honorable Corte, al respecto y sobre algunos conceptos emitidos se manifiesta.

Frente al concepto de actividad uterina irregular considera la Corte que el galeno se limitó a indicar que este era el “trabajo de parto falso” o “falsa labor”, sin entrar en mayores detalles respecto de las contracciones anormales que alego la paciente; situación que mas bien si fue dilucidada por el doctor Aldana, quien afirmo que la actividad uterian irregular manifestaba *«un signo ya de sufrimiento fetal o intrauterino»* que podía deberse a causas como *“infecciones, aumento de la tensión arterial de la madre y la hipoxia que es la disminución de oxígeno del niño”*, concepto que considera la Corte mas adoptado a la técnica para la atención del parto, y que si bien en muchos casos en fase de parto es un síntoma común ello no era motivo para descuidar a la paciente y si para denotar una alarma y prepararse para un posible sufrimiento fetal agudo.

El tribunal contrario a lo indicado por las reglas de la sana critica en la valoración de los conceptos emitidos por los galenos se guio por una creencia respecto de uno de los especialistas, quien indico la falta de factores de riesgo que forzaran la práctica de un tac vaginal y consecuentemente la hospitalización e iniciación de trabajo de parto, situación que no se compadecía con criterio de la lex artis, pues como indico el casacionista el comportamiento del medico tratante transgredió esos principios, pues a pesar de que la paciente presentaba todos los síntomas descritos y consignados en la historia, no se le dio el tratamiento adecuado con ocasión del diagnóstico e incurrió en negligencia en la prestación de la atención.

Tras un detallado recuento de las asistencias de la paciente a la entidad hospitalaria, en el que se denota el estado de su salud y las múltiples afecciones que venía presentando la paciente, tales como cefalea, síncope, múltiples dolores, mareos, y un antecedente familiar de hipertensión entre otros tantos, el 19 de junio con 39 semanas de embarazo la paciente acudió por presentar actividad uterina irregular que no fue estudiada por el ginecólogo a través de exámenes mínimos y consulta de antecedentes personales y familiares.

Otra de las anomalías presentadas en la atención de la paciente es la explicación sobre el diagnóstico y ausencia de movimiento fetal, que era según el galeno porque en las últimas semanas de gestación se podía presentar disminución de movimiento fetal con ocasión a posible insuficiencia placentaria por infecciones o a que el feto pudiera tener una patología neurológica de base que limitara su movimiento. Se resalta que el diagnóstico y manejo de ausencia de movimiento fetal y en general de presunta sospecha de sufrimiento fetal no es otro que una prueba de bienestar fetal, consistente en imágenes o exámenes de ayuda que pueda corroborar el estado del feto y eventualmente permitan evaluar la necesidad de proceder a desembarazar a la paciente.

Por lo mencionado, si el mismo ginecólogo afirmó que la ausencia de movimiento fetal podía deberse a presunta insuficiencia placentario por infección entre otros, no es justificable que se haya asegurado ausencia de factores de riesgo; así como no puede afirmarse atención oportuna y seguimiento de protocolos de control prenatal, pues a la manifestación de la paciente de ausencia de movimiento fetal y las continuas atenciones por síntomas persistentes y antecedente de la paciente, no se registran en la historia procedimientos ni paraclínicos generados por una prueba de bienestar fetal con el fin de *“establecer si hay que desembarazar a la paciente ya sea por parto o por cesárea”* según manifiesta el galeno.

Ahora bien, contrario a lo afirmado por el galeno en su declaración cuando indico que, con base en lo anotado en la historia clínica del 20 de junio de 2007, el análisis de las imágenes y pruebas de laboratorio no se evidenciaba factores de riesgo para la madre o el feto, es completamente infundado pues al consultar el folio referido se evidencia “hipoactividad fetal” y la ausencia imágenes diagnósticas o pruebas de laboratorio. Así mismo, mantiene la contradicción el doctor Callamand en su declaración, cuando afirmó que para la fecha del parto no o existía examen de laboratorio o imágenes diagnósticas que permitieran prevenir posibles lesiones al feto *“tales como síndrome de West, parálisis cerebral o retraso cognitivo”*, y en respuesta anterior aseguro que el “control prenatal de manera protocolaria se solicitaba paraclínicos e imágenes diagnósticas para establecer posible riesgo obstétrico y clasificarlo como tal.

De modo que con la declaración del mismo galeno se infiere que si existía prueba que permitiera establecer el nivel de bienestar fetal con el fin de prevenir las complicaciones, y contrario a lo afirmado por el doctor Callamand, el neuroneonatologo Aldana resalto que era posible evitar el daño ocasionado al menor Juan Sebastián con el debido cuidado de la paciente tras analizar su estado de salud y síntomas en controles prenatales y prevenir el compromiso neurológico que genero las irreversibles secuelas

Por otra parte, el síndrome de aspiración meconial se puede prevenir, pero cuando no se actúa oportunamente la probabilidad de complicaciones y morbilidad aumentan, las ayudas diagnosticas son indispensables para conocer la salud fetal y tomar decisiones clínicas, así pues, tanto el conocimiento científico como las normas técnicas coinciden en que si era posible detectar factores de riesgos de sufrimiento fetal en el caso de marras.

Por todo lo mencionado, esto es las contradicciones en las declaraciones del doctor Callamand, la falta de correspondencia con la historia clínica y la relación de dependencia del galeno con la institución demandada, permiten concluir que la valoración de Tribunal respecto de esta prueba a la que le atribuyo mayor credibilidad que a la declaración del neuroneonatologo, denotan una falta a las reglas de la sana critica y confianza en su mera opinión.

De cara a lo anterior, la atención brindada a la señora Luz Mery Zambrano no se puede decir que cumplió con las lex artis y menos que en ella se siguieron los protocolos mínimos para garantizar la seguridad y salud de la gestante ni del feto, el daño neuronal ocasionado al menor, según el doctor Aldana pudo prevenirse al valorar los síntomas que mostraban una anormalidad en el estado del feto, los signos con la ausencia de movimiento fetal indicaban según el galeno un mayor sufrimiento para el feto por que se disminuye la capacidad de oxígeno en el cerebro, ocasionándole un daño al menor que pudo evitarse con un control adecuado

Con relación al dolor punzante lumbar irradiado a la pierna de la paciente, el Tribunal considero que no era indicativo de una anomalía porque no estuvo asociado a otros síntomas, conclusión que carece de sustento en la evidencia médica, pues recurrió para esta afirmación el Tribunal al concepto del ginecólogo que considero que los signos y los síntomas que presento la gestante se encontraban dentro de lo normal.

Cuestiona duramente la Corte el análisis realizado por el Tribunal respecto de las pruebas con ocasión a la sumatoria de síntomas presentados por la paciente, pues no solo no analiza el contexto y manifestaciones de la paciente, dentro de las cuales se reitera el dolor punzante lumbar, sino que tampoco toma en cuenta los antecedentes familiares, diagnóstico de “migraña debido a tensión”, resultados de exámenes e ingresos anteriores por cuadro de síncope de 8 meses de evolución y glasgow 11 (estado de conciencia alterado) entre otros tantos, que a juicio de la Corte contrarían la afirmación del tribunal respecto de la cual justifica el actuar del medico tratante, quien omite la remisión de la paciente al ginecólogo y no prescribe exámenes necesarios para prevenir futuros daños neurológicos.

Ahora bien, respecto del sufrimiento fetal que por sí solo representa un factor de riesgo, pues es la alerta de las múltiples complicaciones presentes en el trabajo de parto, que pueden generar afectaciones a la vida y la salud de la paciente, cuestiona la Corte la actitud pasiva de la entidad y sostiene que según dan cuenta las pruebas mencionadas, ya para el 20 junio de 2007 se evidenciaban suficientes síntomas de pérdida de bienestar fetal.

Aunado a lo anterior, repele la Corte el análisis del Tribunal respecto del cual la presencia de meconio en el cordón umbilical era una situación normal, es decir que considero que no era una señal indiscutible de problemas en el trabajo de parto, omitiendo que dicho análisis debe arrojar como resultado para determinar la normalidad de la situación un estudio de señales contingentes. Ahora bien, manifiesta la honorable Corte que si bien la presencia de meconio por si sola no genera alarma en el proceso de parto, lo cierto es que para el caso de marras el Tribunal no analizo en conjunto los otros síntomas y signos que alegaba la paciente para evitar la tardanza hoy la afirmación de mora en la prestación del servicio.

Por último, es contradictorio con la literatura médica la afirmación del médico declarante según la cual la presencia de meconio en el cordón umbilical es normal, pues la citada literatura contempla precisamente este signo como una alarma en el trabajo de parto, así mismo debatió la Corte el apego del Tribunal respecto de esta situación medica particular, a la explicación única y exclusivamente del médico Callama, sin tomar en cuenta la literatura médica y los saberes afianzados por la comunidad científica, que para este caso están a su alcance.

Finalmente, respecto de la valoración del nexo causal que realizo el tribunal, discute la Corte una serie de imprecisiones y confusiones en las que incurrió.

Afirmo el tribunal que el estado de salud de menor no es atribuible a la atención por cuanto se diagnosticó también *aspiración – deglución de sangre materna*, que podría ser como lo indico el declarante el suceso que genero la disminución de oxígeno y la hipoxia severa circunstancias que generaron “*la asfixia perinatal, la acidosis metabólica y el sufrimiento fetal agudo que experimentó el recién nacido*”, afirmación que para la Corte, contrario de desvirtuar el nexo causal confirma la demora en la atención del parto, pues la deglución de sangre ratifica la mora. Aunado a lo anterior sostiene la Corte la ausencia de debida valoración de la prueba en conjunto, por cuanto como se ha venido manifestado, tanto la deglución de sangre, así como la presencia de meconio en el cordón umbilical y la asfixia perinatal se relacionan con la tardanza en la atención del parto, por lo que resulta para la Corte incompleto el análisis para determinar la ausencia de nexo causal.

Como consecuencia de lo anterior casa la sentencia por insuficiencia al no haber valorado las pruebas particularmente y en conjunto de conformidad con las reglas de la sana critica.

1.7. EVALUACIÓN CRÍTICA

Se trata en el presente acápite de abordar brevemente la decisión de la Corte, con la cual me encuentro de acuerdo, pero sobre todo se pretende abordar o centrar en la responsabilidad de la institución respecto de su actuar que posteriormente y como se determinó ocasionó un daño a la vida y la salud del menor Juan Sebastian Sanabria y a sus familiares.

En principio está claramente probado el daño sufrido por el menor, que tras la demora en la atención, esto es atención adecuada del parto sufrió por ausencia de oxígeno que generó un sin número de lesiones y afectaciones no menores a su vida y salud, pues como da cuenta la historia clínica da cuenta la historia clínica, este nació con flacidez, sin patrón respiratorio y cianótico entre otros – parálisis cerebral y minusvalía que son consecuencia de la atención tardía en el parto.

Ahor bien respecto de la responsabilidad de la entidad hospitalaria que finalmente es la que se ataca en el presente, es claro que como indica la Corte, se trató aquí de una atención negligente y tardía, que culminó en la generación de un daño insostenible por parte del menor y sus familiares, lo anterior basados como lo indica la Corte en las reglas de la sana crítica respecto de la valoración de las pruebas, pues se dice que para el caso de marras, existen varias pruebas que fueron omitidas en su valoración y que eran determinantes para establecer la responsabilidad de la institución y los médicos tratantes respecto del daño a la salud y otros ocasionados a los pacientes.

De la ausencia del análisis de la historia clínica.

En este caso si bien la historia clínica nos permite determinar el estado de salud posterior al parto, que apunta claramente y según las pruebas prácticas a que la atención del parto fue tardía y generó una serie de lesiones y perjuicios en la salud del menor, se resalta como la Corte analiza la historia clínica desde la ausencia de anotaciones, procedimientos y ordenes de paraclínicos que con diligencia podía haber empleado la entidad Hospitalaria para determinar en los primeros ingresos de la paciente sobre el sufrimiento fetal y así prevenir los daños ocasionados.

No puede perderse de vista que la historia clínica es un elemento fundamental respecto de la relación médico paciente, pues la misma permite establecer no solo los signos, sino también los síntomas de cada paciente, lo que le permite al galeno garantizar que su valoración es total e integral respecto de los hechos que relata el paciente, así como sus antecedentes y tratamientos previos que advierten al profesional para proceder como corresponde. Así pues, se resalta que en el deber de esa relación médico-paciente es primordial en la práctica médica, como lo establece la Ley 23 de 1981 en su artículo cuarto que reza:

“[...] La relación médico-paciente es elemento primordial en la práctica médica. Para que dicha relación tenga pleno éxito, debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico [...]” (subrayado y cursiva fuera del texto original)

Por lo mencionado se cuestiona duramente la ausencia de valoración respecto de la historia clínica de la paciente, pues o bien no se consignaron en su totalidad de los momentos contentivos del acto médico, o se omitió su estudio mediante el cual en previas y repetidas ocasiones la paciente refería dolor, ausencia de movimiento fetal y en general reiteraba los síntomas padecidos en otros ingresos, pues se reitera la importancia de la historia clínica deviene de la necesidad de registrar el acto médico.

Lo anterior si se tiene en cuenta que la historia clínica es la relación de los sucesos de la vida de un paciente, pues en ella se registran datos de vital importancia, tales como antecedentes familiares, ingresos, síntomas referidos, signos y tratamiento, que como se ha indicado permiten al profesional trazar una ruta de trabajo para determinar las posibles causas de los anteriores que se enmarcan en una patología que puede ser diagnosticada a tiempo e impartido un tratamiento.

Así pues, para el caso de marras determina la Corte a través del análisis de la historia clínica la falta de seguimiento, continuidad e integralidad en la atención del paciente, lo que pone en tela de juicio el actuar de la entidad hospitalaria, pues de la sola valoración era evidente que existía un riesgo y anormalidad respecto de la evolución del estado de la paciente y de su hijo.

Respecto de los síntomas presentes por la paciente.

Cabe resaltar que contrario a lo que se quiso en el proceso respecto de la declaración que depuso el neuroneonatólogo, a quien se pretendía desacreditar respecto de su concepto con ocasión a su especialidad, y quien finalmente logro develar como los síntomas presentados por la paciente en los primeros ingresos, siendo bien atendidos podían evitar las complicaciones de la paciente y posteriores perjuicios sufridos por el menor. Lo anterior por cuanto es claro a lo sumo que la paciente no se encontraba en perfecto estado de salud, que su estado de gravidez por si solo ameritaba que los médicos tratantes, prendieran los signos de alerta respecto del estado de salud de la paciente, pues la presunta ausencia de movimiento fetal por si sola genera un signo de alarma que debía ser adecuadamente atendido por los galenos, por lo menos para confirmar que se trataba de una situación que se encontraba dentro de la normalidad, y no remitir a la paciente nuevamente sin tener en cuenta sus signos y síntomas que refería.

Por lo anterior es importante resaltar desde el análisis de la Corte, el valor que le asigna al examen que realiza el medico basado en los síntomas y signos presentados por la paciente, esto en conjunto con sus antecedentes y manifestaciones, pues se hace una valoración integral, holística y no se rechaza ninguno de los factores que intervienen en el proceso desde el ingreso, hasta el diagnóstico e incluso el tratamiento impartido a la paciente. Por lo anterior es reprochable que tras la referencia de la paciente respecto de unos síntomas que venia padeciendo de tiempo atrás, se indique su situación y estado de salud se encontraba acorde y dentro de la normalidad, pues como se ha indicado la ausencia de movimiento fetal y los síntomas de la paciente, claramente podían referirse al sufrimiento fetal.

Es importante resaltar que la responsabilidad de las EPS no es únicamente administrativa, pues no puede soslayarse el deber en la prestación del servicio con la simple intermediación, debe garantizarse la prestación adecuada y oportuna respecto de los servicios prestados a la paciente, por lo cual sumado a la ausencia de valoración de la historia clínica, así como a la falta de análisis respecto de los síntomas de la paciente, se cuestiona o más bien resulta probada la negligencia de la entidades en prestarle los servicios adecuados a la accionante con ocasión a la prestación tardía y defectuosa.

Finalmente, es clara la responsabilidad de las demandadas respecto de la ausencia de la prestación del servicio adecuado y oportuno, pues no solo no se prestó la adecuada atención cuando la paciente así lo requirió en sus diversos ingresos, sino que tras el diagnostico inicial errado se incurrió en una mora en la prestación del servicio, que genero claramente un perjuicio irreparable en el menor y su familia.

Se advierte, por último, como lo reitero la Corte que, de haberse prestado la atención adecuada y oportuna, realizando un análisis respecto de la historia clínica de la paciente y finalmente prestando toda la atención que requería los síntomas de la paciente, podía haberse advertido el estado de sufrimiento fetal que ameritaba la intervención inmediata de los médicos tratantes.

SENTENCIA SC13925-2016
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACIÓN CIVIL
M.P. Ariel Salazar Ramírez
Radicación No. 05001-31-03-003-2005-00174-01
30 de septiembre de 2017

2. RESEÑA

2.1. Relación de los Hechos.

1. El 29 de mayo de 2002, ingresó la señora Luz Deisy Román Marín (q.e.p.d.), de 40 años, a la clínica las Vegas en la ciudad de Medellín, refiriendo un fuerte dolor abdominal y calambres en la pierna derecha. En dicha oportunidad se le diagnosticó a la paciente con *“cólicos menstruales”*, para lo cual se impartió el tratamiento adecuado y acorde al dictamen; finalmente se le da de alta el mismo día.
2. El 30 de mayo de 2002, los síntomas presentados por la paciente persistían, en dicha oportunidad y tras la realización de exámenes diagnósticos, se dictaminó *“infección renal”*, e impartió el tratamiento correspondiente.
3. El 01 de junio de 2002, ingresa nuevamente la señora Luz Deisy Roman (q.e.p.d.) a la IPS mencionada, por cuanto el dolor abdominal y calambres en la pierna persistían, en su momento se atribuyeron estos síntomas al dispositivo anticonceptivo que la paciente se había implantado desde hacía más de 10 años, se ordenó tratamiento farmacológico.
4. El 02 de junio de 2002, debido a la persistencia de los síntomas e intensidad del dolor abdominal, la señora Luz Deisy Roman (q.e.p.d.) regresó a la Clínica, en cuya oportunidad se le valoró y diagnosticó con *“apendicitis aguda perforada”*. Posteriormente a la intervención prevista se evidencio una *“apendicitis aguda con absceso y peritonitis localizada”*.
5. Transcurridos cuatro días aproximadamente desde la intervención realizada a la señora Luz Deisy Roman (q.e.p.d.), la misma es dada de alta con la recomendación de comprar “seis inyecciones de antibiótico”, pues Coomeva no cubría tales medicamentos, los mismos serían aplicados por una enfermera domiciliaria.
6. Coomeva se negó presuntamente a proveer la enfermera que suministrara los medicamentos diariamente, se le manifestó al cónyuge de paciente la imperiosa

necesidad de asistir todos los días en la tarde y noche a la clínica para recibir el tratamiento adecuado, quien manifestó la imposibilidad de sufragar los gastos de desplazamiento.

7. El 09 de junio de 2002, tras ingresar a entidad hospitalaria para continuar con el tratamiento, se le dio de alta a la señora Luz Deisy Román Marín (q.e.p.d.) y se le formuló acetaminofén.
8. El 12 de junio de 2002 la paciente acudió a una revisión de rutina y el médico tratante, luego de examinarla, le manifestó que se encontraba en muy buenas condiciones de salud.
9. Posteriormente y transcurridos solo unos días desde la intervención quirúrgica, la paciente refería persistencia en los síntomas padecidos, por lo que se le interviene nueva y posteriormente hasta en cinco ocasiones.
10. El 23 de junio de la misma anualidad la señora Luz Deisy Román Marín (q.e.p.d.), murió como consecuencia de un shock séptico, previa sepsis abdominal y peritonitis.

2.2. Planteamiento del Problema Jurídico

¿Existe responsabilidad civil medica en cabeza de las entidades hospitalarias con ocasión de la presunta deficiencia e indebida atención prestada a la Señora Luz Deisy Román Marín (q.e.p.d.), radicada en diagnóstico tardío e inadecuado tratamiento de apendicitis aguda con absceso y peritonitis?

2.3. Reseña de los Fallos de Instancia.

a. Primera instancia.

El Juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda que apuntaban a la declaración de responsabilidad civil extracontractual de los demandados con ocasión del fallecimiento de la Señora Luz Deisy Román Marín, por cuanto no se probaron los elementos mínimos de la presunta responsabilidad civil extracontractual, por ausencia de prueba del nexo causal.

b. Segunda instancia.

Confirmó el Tribunal el fallo de primera instancia, por cuanto no halló culpa del médico tratante, toda vez que los síntomas que presentó la paciente fueron difusos y bien pudieron corresponder a varias dolencias, reiterando la ausencia de prueba de nexo causal.

2.4. Fundamento del Fallo de Segunda Instancia.

Respecto del diagnóstico emitido el 29 de mayo de 2002 declaró el Tribunal la cosa juzgada penal, por cuanto se adelantó investigación contra la profesional que emitió el primer diagnóstico y terminó con la preclusión de esta por no encontrar prueba de la culpa, así pues, se circunscribió al estudio del problema jurídico al diagnóstico proferido el 01 de junio de 2002.

Declaró entonces el Tribunal no probada la culpa por parte del médico tratante, toda vez que los síntomas que presentó la paciente fueron difusos y bien pudieron corresponder a varias dolencias. Resalta el Tribunal que debido a que la paciente no presentó signos de irritación peritoneal sino de otro tipo de infección, el médico tratante con base en dichos hallazgos hizo el diagnóstico que consideró pertinente y dispuso el tratamiento con antibióticos, remitiendo a la paciente a su casa.

Resalta según el Tribunal la correspondencia del leal saber y entender del médico tratante, pues el citado determinó que el tratamiento era acorde con los síntomas presentes en la paciente, mismos que no apuntaban al eventual diagnóstico de *“apendicitis aguda perforada”* y mucho menos al de *“apendicitis aguda con absceso y peritonitis localizada”*. Finalmente, indicó el Tribunal que, si bien es cierto, *a posteriori* se puede establecer la existencia de un error de diagnóstico, tal error no es indicativo *per se* de la culpa del profesional.

Por lo citado, el Tribunal no halló responsabilidad del médico tratante respecto de su proceder, que permitiera establecer la responsabilidad civil extracontractual del mismo y de las instituciones demandadas en el lamentable fallecimiento de la señora Luz Deisy Román Marín (q.e.p.d.).

2.5. Recurso de Casación

El citado recurso de casación se formula con apoyo de la causal primera de casación, mediante tres cargos, todos por violación indirecta de la ley sustancial.

CARGO PRIMERO.

El primer cargo tiene como fundamento la violación indirecta de los artículos 1613, 1614, 1615, 1626, 2341, 2343, 2356 y 2357 del Código Civil, esto respecto de errores de hecho en que incurrió el Tribunal por la indebida apreciación de la prueba documental (historia clínica).

El casacionista afirma que el *ad quem* no valoró en debida forma la prueba documental contentiva de la epicrisis de la paciente, esto es la que contenía los síntomas de la

enfermedad padecida por la causante, situación que impidió el fallo condenatorio en cabeza de las entidades hospitalarias vinculadas y de los galenos que prestaron la atención, por presunta responsabilidad civil extracontractual.

Manifiesta el casacionista tres situaciones que presuntamente derivan en la negligencia institucional, relacionando en primer lugar la ausencia de análisis de la epicrisis, esto respecto de la evidente correlación de la sintomatología de la paciente que según el citado develaba la patología padecida; por otra parte, se indica que de la evaluación del 01 de junio no solicitaron imágenes diagnósticas, violentando así todos los protocolos médicos, y finalmente se aduce negligencia en cuanto no se evaluó rigurosamente el estado de salud de la paciente, que siempre fue en un rápido descenso.

Finalmente, afirma el casacionista que el juicio probatorio fue arbitrario por parte del sentenciador, pues si bien se declara el error en el diagnóstico, se indica que el mismo no demuestra la culpa del personal médico, esto por la ausencia del nexo causal entre el error del diagnóstico y el fallecimiento de la paciente, situación que resalta el recurrente como violatoria de la lógica probatoria.

CARGO SEGUNDO.

Se sustenta el presente cargo en la infracción indirecta de las mismas normas sustanciales invocadas en el cargo anterior, en este evento por error de hecho en la apreciación de la prueba testimonial, pues se les da valor probatorio a los testimonios para acreditar la ausencia de culpa por parte de los galenos, y no para establecer la presunta responsabilidad por negligencia de las instituciones y galenos, que se afirma, incluso estaba acreditada con este medio de prueba.

Finalmente se asevera que la sentencia impugnada no menciona los testimonios presuntamente esenciales, pues no son tenidos en cuenta para demostrar según el casacionista la culpa de los médicos en el diagnóstico errado y tratamiento tardío en la enfermedad de la paciente que genera la mala atención recibida en el centro hospitalario.

CARGO TERCERO

Nuevamente se acusa la sentencia por infracción indirecta de las normas sustanciales mencionadas en los cargos anteriores, en esta oportunidad por error de hecho en la ausencia de apreciación del contenido de la prueba pericial, en adición a la no valoración en conjunto de los demás medios de prueba según las reglas de la sana crítica.

Manifiesta el casacionista que la prueba pericial en cuanto a su análisis y conclusiones fue por completo desechada por parte del Tribunal, pues no tuvo en cuenta las razones

científicas que dieron lugar a las afirmaciones determinantes y conclusivas de la responsabilidad de los galenos e instituciones vinculadas, que según criterio del recurrente se resumen en las siguientes conclusiones.

“

1. *La muerte se produjo por falla multisistémica, shock séptico e hipovolemia irreversible, secundaria a peritonitis por fístula intestinal.*
2. *La fístula provino de los procedimientos quirúrgicos realizados a la paciente.*
3. *Los procedimientos quirúrgicos tuvieron diferentes episodios que trataron de recuperar la salud deteriorada de la paciente: apendicectomía, suturas, lavados de la cavidad abdominal, obstrucción intestinal, ileostomía cecal, etc.*
4. *Diagnósticos errados del 29 de mayo de 2002 y del 01 de junio del mismo año efectuados por galenos del servicio de urgencias de la Clínica Las Vegas Coomeva IPS Ltda.*
5. *Evolución sin intervención quirúrgica de la apendicitis padecida por la paciente, del 29 de mayo al 2 de junio, cuando se intervino quirúrgicamente y se halló una infección severa.*
6. *Cinco cirugías practicadas luego de la apendicectomía para desinfectar y curar la peritonitis y los abscesos generados por la tardía intervención.*
7. *Anamnesis elaborada irregularmente en la primera consulta, donde no se incluyen los antecedentes de la paciente, su estado de sanidad, ocupaciones, vida sexual, etc.” (cursiva fuera del texto original)*

Conforme lo anterior, concluye el recurrente afirmando que el tribunal violó las reglas de la sana crítica al valorar la prueba pericial de manera individual y no en conjunto con los demás medios de prueba practicados.

2.6. Consideraciones de la Corte

Tras analizar que todos los cargos se refieren y procuran atacar el mismo punto de la sentencia, esto es la errónea valoración del acervo probatorio por parte del Tribunal, la Corte decidió resolver las acusaciones conjuntamente, advirtiendo a primera vista el error en que incurrió el Tribunal respecto de la absoluta ausencia de valoración probatoria, declarando la existencia de responsabilidad de las demandadas, pues los hechos y omisiones alegados ocurrieron en todas las atenciones prestadas, esto es desde el 29 de mayo de 2002 y hasta el 23 de junio de 2002 cuando la usuaria falleció, y no solo con el diagnóstico del 01 de junio de 2002.

El Tribunal circunscribió el análisis probatorio a un aparte de la atención médica, esto es solo al diagnóstico elaborado por el galeno Juan Felipe Martínez del 01 de junio de 2002, omitiendo otras fracciones del proceso organizacional en el que tuvo lugar la muerte de la

paciente, esto sin justificar dicha omisión en la valoración de las evidencias que dan cuenta de los hechos acaecidos en un periodo superior y determinante.

De conformidad con lo anterior, afirma la Corte que la sentencia proferida por el Tribunal se dio sin ningún sustento factico, esto en razón de la absoluta falta de apreciación de las pruebas obrantes en el proceso, que dieran lugar al análisis de los hechos y atenciones anteriores y posteriores al 01 de junio de 2002, lo anterior sin perjuicio de los errores en que incurrió el *ad quem* en la valoración probatoria respecto del único diagnostico que se analizó.

Se afirma que el Tribunal no tuvo en cuenta que la historia clínica de la paciente revelaba a través de los signos y síntomas un avanzado estado de apendicitis, pues se describía dolor abdominal hipogástrico de varios días en evolución, deposición diarreica, náuseas y vomito, flujo vaginal verdoso no fétido entre otros, así mismo se evidencia ausencia de valoración en los resultados de exámenes de laboratorio, que bien indicaban una grave patología que ameritaba por lo menos hospitalización de la paciente para mantenerla en observación.

Por otra parte, se afirma que no se examinaron los resultados del hemograma completo, así como no se valoró el dictamen pericial, según el cual los resultados de esos exámenes ameritaban una mayor observación y un diagnóstico claro, contrario a ello el medico dio de alta a la paciente con un diagnostico equivocado. El *ad quem* no valoró la declaración de la doctora Piedad Montoya, quien afirmo que en el “hemoleucograma” cuando hay apendicitis, se presenta alteración en los leucocitos y los neutrófilos, pues al estar elevados indican un proceso infeccioso que, si bien se puede atribuirse a otras patologías, lo cierto es que una de ellas es la apendicitis.

Tampoco se observó que según refirió la citada galena, frente a tales exámenes debía dejarse a la paciente en observación y según la evolución se determinaba dar de alta con manejo ambulatorio o evaluar la posibilidad de cirugía, esto según el estado de la paciente y no como sucedió que se dio de alta con tratamiento inadecuado.

Reitera la Corte la ausencia de valoración probatoria respecto de la declaración rendida por la doctora Piedad Montoya, quien en su testimonio resalto que según los análisis de laboratorio no debió darse de alta a la paciente, pues lo mismos daban cuenta de un cuadro infeccioso agudo, así mismo recalcó la galena ella no hubiera suspendido la ecografía y que tras los análisis habría solicitado una evaluación por cirugía. Así mismo se insiste en la omisión probatoria respecto del testimonio del doctor Carlos Enrique Ramirez, quien indico que los exámenes de laboratorio eran compatibles con una infección intraabdominal que indicaba ser una apendicitis complicada.

Así mismo, se indica que se pasó por alto la conclusión a la que llegó la doctora Luz Helena Calderón, quien mencionó que los resultados de laboratorio permitían concluir un proceso infeccioso que en conjunto con los síntomas y signos de la paciente presentados desde hacía 4 días son manifestación de un abdomen agudo, con compromiso intestinal o una víscera y que solo con un examen tipo ecografía o tac habrían permitido un diagnóstico claro y oportuno, esto en apoyo de un especialista que sería el cirujano y el ginecólogo.

Nuevamente se resalta la omisión del Tribunal al evaluar la declaración del médico Carlos Enrique, quien frente al cuadro clínico de la paciente del 29 de mayo y el 01 de junio, manifestó que la historia permitía deducir un cuadro apendicular y que vista la paciente y algunos exámenes iniciales él galeno podía concluir que se trataba de un abdomen agudo causado por apendicitis. En concordancia con la anterior omisión, se tiene que en la sentencia de segunda instancia nada se dijo del dictamen pericial, que indicó el cuadro en el que se encontraba la paciente el 01 de junio de 2002, mismo que ameritaba el siguiente procedimiento *“Una vez la paciente reingresa por un cuadro ya de 3 días de evolución con taquicardia es necesario descartar un proceso infeccioso intraabdominal, iniciar líquidos endovenosos y realizar un examen físico minucioso que descarte signos de irritación peritoneal. Se deben realizar estudios paraclínicos básicos y de acuerdo con los hallazgos obtenidos (examen físico y paraclínicos) definir la necesidad de exámenes complementarios de imágenes diagnósticas. Es prudente iniciar manejo antibiótico de manera intrahospitalaria para observar la evolución, para determinar el alta se espera que haya mejoría manifiesta por ausencia de signos de respuesta inflamatoria, mejoría del dolor preferiblemente sin la necesidad de analgésicos, tolerancia a la vía oral»*.

Otra omisión en la que incurrió el Tribunal respecto del acervo probatorio fue la inobservancia del dictamen pericial en el sentido de que el médico no registró en la historia clínica el criterio para darle de alta a la paciente, pues no aclara en la nota si mejoró el dolor y solo se limita a formular tratamiento antibiótico ambulatorio. El tribunal nuevamente omite la declaración del doctor Omar de Jesús Castaño quien afirmó *“Hacen falta el parcial de orina y falta el coprológico y las imágenes para aclarar el diagnóstico”*, nuevamente pasando por alto la declaración de un galeno que en conjunto con las pruebas arrojadas al proceso permitían un fallo condenatorio.

Por todo lo manifestado, concluyo la Corte que el Tribunal no dio el valor probatorio a las escasas pruebas que tuvo en cuenta, esto respecto del corto periodo que se analizó, y en todo caso la evidente omisión de valoración respecto de otras pruebas obrantes en el plenario, situación suficiente para casar la sentencia impugnada.

2.7. EVALUACIÓN CRÍTICA.

Respecto del caso de la referencia, es importante resaltar como se indicará más adelante que efectivamente se dan los presupuestos para la declaración de la responsabilidad médica en cabeza de las instituciones y médicos tratantes, esto si se tiene en cuenta la ausencia de atención adecuada y oportuna para la paciente, pues si el diagnóstico correcto se hubiera emitido dentro de un tiempo prudencial para el tratamiento adecuado de la patología, la paciente no hubiera fallecido.

No puede perderse de vista el número de ingresos de la paciente en los que refería mismos síntomas y que en un primer momento fueron desechados incluso mediante la afirmación que se trata de un dolor abdominal relacionado con cólicos menstruales, que tras posteriores ingresos continuaron siendo relacionados con otro tipo de circunstancias como la aplicación de dispositivo de planificación, sin que tras las reiteradas solicitudes y referencias de la paciente, se tomara en serio su patología y a lo sumo se realizaran procedimientos diagnósticos más acertados.

Así pues, el evidente diagnóstico tardío que se emitió a la paciente concluyó en su deceso, situación que se había podido evitar si a lo sumo se hubiese diagnosticado adecuadamente y en tiempo para tratar la enfermedad padecida por la causante, no puede perderse de vista que el diagnóstico es el procedimiento ordenado y sistemático para determinar de manera precisa el padecimiento de una patología y posteriormente impartir un tratamiento adecuado que procure la mejoría de la paciente.

Ahora bien, como si lo anterior fuera poco, esto es la atención tardía que tras varios ingresos de la paciente se evidencia, el diagnóstico errado en las distintas atenciones y posteriores tratamientos inadecuados impartidos a la paciente, que le negaron la oportunidad de recibir a tiempo la intervención adecuada, se suma la remisión tras procedimiento quirúrgico a su casa, echando de menos la condición y estado de salud de la paciente, así como avanzada evolución de la patología, situación que genera una serie de ingresos posteriores al procedimiento quirúrgico por parte de la paciente para tratar de contener la infección que finalmente se encontraba en avanzado estado de evolución, lo que devela nuevamente la responsabilidad en que incurrió la entidad hospitalaria respecto de la atención deficiente que culmina en la muerte de la paciente.

Así las cosas, es claro que para el caso en concreto las demandadas incurrieron en responsabilidad médica respecto de la atención de la paciente, pues se dan los elementos constitutivos de dicha responsabilidad, pues no solo puede hablarse de atención tardía respecto de los ingresos de la paciente, sino también negligencia frente al diagnóstico que en repetidas ocasiones fue errado, y posteriormente en lo que tiene que ver con los procedimientos quirúrgicos y posquirúrgicos que finalmente concluyeron en un estado avanzado de la patología y posterior fallecimiento de la paciente.

SENTENCIA SP8759-2016
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACIÓN PENAL
M.P. José Luis Barceló Camacho
Radicación No. 41245

3. RESEÑA

3.1. Relación de los Hechos.

1. El 24 de julio de 2007 el patólogo doctor José Edgar Duque emitió el informe de patología No. P07-1634, reportando un hallazgo de carcinoma ductal de tipo tubular con cambios fibroquísticos en el tejido mamario de la paciente la señora Maria Teresa Restrepo Cañón.
2. El anterior resultado se mantuvo como definitivo pues no se confirmó o descartó a través de exámenes adicionales.
3. De conformidad con el citado informe y considerando que se trataba de un cáncer invasivo, el medico oncólogo Jaime Ramon Rubiano estableció el tratamiento a seguir, consistente en la extirpación total del seno derecho con vaciamiento de ganglios.
4. El procedimiento mencionado se realizó el 03 de septiembre de 2007.
5. Posteriormente y tras examen realizado al tejido extraído, la patóloga Maria Teresa Ramirez estableció que no se trata de una lesión maligna, sino de una adenosis esclerosante, lesión de naturaleza benigna.

3.2. Planteamiento del Problema Jurídico

¿Existe responsabilidad penal por las lesiones personales culposas (por deformidad física de carácter permanente) causadas a la señora Maria Teresa Restrepo Cañón, en cabeza de los médicos demandados?

3.3. Reseña de los Fallos de Instancia.

- **Primera instancia.**

El Juzgado Séptimo Penal Municipal con función de conocimiento de Cali, condenó al doctor José Edgar Duque a las penas principales de 6 meses y 12 días de prisión y multa de 6.932 S.M.L.M.V., y como accesorias a la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas *"por el mismo término de la pena principal y privación del derecho a*

ejercer la profesión por término de 24 meses”, por cuanto lo hallo penalmente responsable por el delito de lesiones personales culposas.

El doctore Jaime Ramón Rubiano Vinues a fue absuelto.

- **Segunda instancia.**

El Tribunal confirmó el fallo del 14 de febrero de 2013, sin embargo, redosificó la pena privativa de la libertad a 10 meses de prisión. En lo demás mantuvo la decisión impugnada.

3.4. Fundamentos del Fallo de Segunda Instancia.

Señala el Tribunal que el caso debe abordarse desde la imputación objetiva, esto es la creación de un peligro no comprendido por el riesgo permitido con incidencia en un resultado lesivo concreto, sin omitir el elemento subjetivo, que es el *conocimiento del agente responsable de las circunstancias creadoras del riesgo y el peligro en sí mismo*.

El *ad quem* repasa los elementos del delito culposo, resalta la conciencia y la voluntad en realizar un comportamiento que recae en el deber objetivo de cuidado, así como la necesidad de analizar la conducta creadora y si el peligro se concretó posteriormente. Se indica que la ciencia médica si se ejerce dentro de la *lex artis* no debería generar juicio de reproche, así no se produzca el resultado esperado.

El Tribunal considero que el doctor José Edgar Duque no actuó conforme el debido cuidado y previsibilidad que le exigía su profesión, pues si bien los resultados iniciales arrojaron carcinoma, para confirmar este diagnóstico era necesario un estudio de inmunohisquemia, mismo que no realizo el procesado.

Ahora bien, se reitera que era deber del profesional por su experiencia, conocimientos y la necesidad de ajustarse al cuidado necesario, actuar prudentemente frente a situaciones riesgosas para como es del caso confirmar el diagnostico de carcinoma, conforme lo ordenan los artículos 12 y 13 de la Ley 23 de 1981.

Según el perito Harol Daniel Cuello, se tiene que la diferenciación entre carcinoma y adenosis esclerosante es complicada y que para ello se debía realizar un estudio para saber si había células mioepiteliales, por otra parte, y según concepto del perito Liliana Mercedes Moreno, con el estudio de inmunohistoquímica el patólogo ya tendría criterios para determinar si observa una invasión y esta provenir de una patología maligna.

Por lo anterior el Tribunal ataca la ausencia de examen de inmunohistoquímica que debió referir el patólogo para descartar la malignidad, pues no es admisible el argumento del doctor Duque, respecto del cual le estaba evitando un riesgo mayor a futuro a la

paciente, por lo que ordeno la resección total del seno contrario a lo que aludió el perito Juan Carlos Bonilla, quien indica una alta probabilidad de curación.

Se afirma que el doctor Duque, no actuó prudentemente para evitar consecuencias que conllevaran a la afectación de la salud de la demandante, manifiesta la Corte que el análisis del galeno fue pobre y limitado únicamente a la percepción de sus sentidos en concordancia con sus conocimiento y experiencia, sin corroborar su dicho a través de examen adecuado, esto es la prueba de inmunohistoquímica, sobre todo cuando se sabe que científicamente el carcinoma y la adenosis esclerótica son difíciles de distinguir sin la prueba adicional.

Agrega el Tribunal que existe nexo causal entre el actuar del patólogo, catalogado como contrario al deber de cuidado y el resultado, esto es la mastectomía practicada a la paciente, pues se manifiesta como una falta al deber de cuidado y *lex artis* que el patólogo hubiera basado su diagnóstico sin apoyo de otros medios disponibles, que para el caso de marras y según los peritos y protocolos de patología era el estudio de inmunohistoquímica.

Se resalta que el medico tiene posición de garante respecto del diagnóstico, que no es otra cosa que acudir a todos los medios necesarios para establecer el diagnostico efectivo y así garantizar el bienestar del paciente, teniendo en cuenta además que como lo indican la defensa la patología no es una ciencia exacta y que tiene un margen de error no atribuible a la impericia, es decir no depende de la experticia del galeno, por lo cual debió acudirse para el diagnostico a otros elementos determinantes, que para este caso es el estudio de inmunohistoquímica.

3.5. Recurso de Casación.

Formula el casacionista cargo por presunta violación indirecta de la ley sustancial, por vía de error de hecho, en las modalidades de falso juicio de existencia, falso juicio de identidad y falso raciocinio procurando demostrar la atipicidad de la conducta de su representado.

Manifiesta el recurrente, que echa de menos el Tribunal al momento de estudiar la practica desarrollada por el patólogo doctor Duque Echeverry, que este baso su dictamen en una de las técnicas admitidas por la *lex artis* de la patología y no como indica el citado juzgador, que incurrió en una falta al no realizar el estudio de inmunohistoquímica, pues el diagnóstico de cáncer admite tres criterios para ello, el citológico (celular), el arquitectural (del tejido) y la metástasis. Realizando el patólogo Duque su diagnóstico conforme al criterio arquitectural, pues evidencio una arquitectura de malignidad.

Por lo anterior, se afirma que el patólogo Duque Echeverry Cumplió con el deber de cuidado objetivo, pues empleo uno de los criterios admitidos para establecer el diagnostico

final, situación que en nada es determinante del presunto delito, contrario a que el medico hubiese evidenciado tejido benigno y lo hubiese establecido como maligno.

PRIMER CARGO

Este cargo lo desarrolla el casacionista como un *falso juicio de existencia* que propone respecto de la presunta responsabilidad del patólogo por la supuesta toma de la muestra, que el citado afirma no fue practicada por él, pues según el recurrente omite el Tribunal que quien realizo la extracción de las muestras fue el ginecólogo Eduardo Montaña, quien manifestó “*se extraen tres nódulos de la mama derecha*” sin dar una localización exacta que le permitiera orientar y ubicar el cuadrante de las muestras, situación que habría evitado el procedimiento invasivo tras la ubicación clara que permitiría una intervención parcial.

Así mismo, se indica que el fallador omitió el estudio de la historia clínica, respecto de la cual se evidencia un antecedente familiar de cáncer, esto es, respecto de la hermana de la paciente quien padeció de cáncer de mama, situación que aunada al hallazgo de malignidad arquitectural configuro el diagnóstico. Afirma el recurrente que de no haber omitido el fallador el estudio de la historia clínica habría determinado que la acción del patólogo no fue negligente ni descuidada.

SEGUNDO CARGO

Respecto del citado cargo se formuló como *falso juicio de identidad*, pues se señala que el Juzgador hubiera omitido las conclusiones a las que llegaron mediante dictamen pericial los médicos Reyes Cardozo, Caicedo Mallarino, Fernando Perry y Lilibian Mercedes quienes concluyeron que el material probatorio contradice la afirmación del ginecólogo que alega haber entregado la muestra debidamente marcada.

Se indica que omite el Tribunal la afirmación del doctor Reyes Cardozo quien reitera la importancia de conocer la ubicación del tumor para así reseccionar el cuadrante y no realizar una mastectomía; aunado lo anterior al análisis del antecedente familiar y al resultado de una evidente arquitectura maligna que tras la no ubicación mediante cuadrante de la biopsia dio lugar al procedimiento realizado a la paciente.

Alega el casacionista que el Tribunal le resta importancia a la declaración de los médicos oncólogos respecto de la importancia del antecedente familiar de carcinoma, pues en muchas ocasiones el solo antecedente conlleva a pensar en realizar una mastectomía preventiva, pues este es un procedimiento admitido y recomendado por una escuela de la medicina al respecto.

Así las cosas, se indica que de haber tenido en cuenta el sentenciador el peritaje en conjunto con las otras pruebas (hallazgos e historia clínica) habría determinado que el

patólogo Duque Echeverry no era quien había tomado la muestra, quien no la habría demarcado y determinado el procedimiento a seguir.

Ahora bien, se manifiesta que el fallador restó importancia al concepto del perito que indicó que la extirpación total del seno no fue una consecuencia directa del diagnóstico del patólogo, pues este da su concepto, pero es regla que dicho concepto sea analizado por el médico tratante y en consonancia con los exámenes clínicos y factores de riesgo, por lo que no debe acreditarse como único criterio al del patólogo el procedimiento establecido como tratamiento.

Finalmente se alega que el Tribunal se equivocó al afirmar que ante la duda del patólogo debió haber acudido a un estudio inmunohistoquímico, pues como se indica no hubo asomo de duda por parte del doctor Duque de que se tratase de una patología maligna. Así mismo que no se consultara una segunda opinión no es un acto contrario a la *lex artis*, sumado a la ausencia de valoración de los conceptos emitidos por los patólogos del Instituto Nacional de Cancerología, quienes relacionan las alteraciones arquitecturales del tejido como una característica de cáncer.

Por lo mencionado, según se indica de no haberse presentado los falsos juicios de identidad citados, el Tribunal habría determinado el buen proceder del patólogo acusado y se le habría absuelto de los cargos.

TERCER CARGO

Este cargo lo presenta el recurrente como *falso raciocinio*, en tanto que el juzgador alega como una falta a la *lex artis* de la patología la ausencia de estudio de inmunohistoquímica, esto basado en la declaración de cuatro patólogos que analizaron los resultados y con ocasión de la duda que les asistió indicaron la necesidad de acudir al estudio de inmunohistoquímica, omitiendo el fallador que otros tres patólogos revisaron la evidencia y no dudaron en realizar el diagnóstico sin el estudio de inmunohistoquímica.

De cara a lo anterior alega el casacionista que las pruebas omitidas por el fallador permitían claramente determinar el actuar del patólogo Duque ajustado a la *lex artis*, el deber objetivo de cuidado y el grado de previsibilidad de la profesión, pues el Tribunal cuestiona el deber de cuidado respecto del diagnóstico que debe ser efectivo y certero por parte del patólogo, y este a su vez resalta que su proceder estaba totalmente abalado por los protocolos que indican que solo en caso de duda debe acudirse a otros medios para comprobación del diagnóstico inicial.

Así mismo alega el casacionista que el argumento del sentenciador incurrió en una incongruencia lógica, pues absolvió al cirujano oncólogo basado en que este actuó conforme el principio de confianza respecto del diagnóstico del patólogo, pero le condenó sin tener en cuenta que de haberse marcado en debida forma las muestras seccionadas

por el ginecólogo la cirugía habría podido ser mas conservadora, adicionando a lo anterior que finalmente el doctor Duque realizó el diagnostico de patología sin que su actuar fuera determinante respecto de la decisión quirúrgica y los hechos posteriores.

Finalmente, indica el casacionista que la falta de conocimiento por parte del fallador respecto de las reglas de la *lex artis* le llevaron a condenar la conducta de recurrente, sin tener en cuenta las pruebas que apuntaban al estricto cumplimiento de los postulados de la debida diligencia y cuidado que acudieron al proceder del patólogo, incurriendo así en yerros de existencia, identidad y raciocinio.

Por todo lo anterior solicita el recurrente se case la sentencia impugnada y en su lugar absuelva al procesado.

3.6. Consideraciones de la Corte.

Es preciso determinar si conforme los cargos formulados el juicio fue o no acorde a la premisa de que el patólogo Dr. Duque Echeverry desconoció la *lex artis* que por su diagnóstico concluyo en la producción del daño. Lo anterior por cuanto alega el casacionista que su conducta se debió a la omisión del ginecólogo que extrajo la muestra del tejido quien no indico con precisión la ubicación del tejido examinado, situación que conllevo al cirujano oncólogo a practicar la mastectomía y no un procedimiento mas conservador.

La Corte aborda el anterior desde el estudio de la imputación objetiva en materia médica, pues se resalta que la imputación objetiva se trata del aumento del riesgo jurídicamente desaprobado que al realizarse genera un resultado típico, replanteando así la tesis exclusiva de causalidad, que sostiene el vínculo entre la acción y el resultado, pues en este caso se analiza si la conducta del actor genero un peligro que supera el previsto y concluye en el resultado concreto lesivo.

Así las cosas, en materia de practica medica se puede hablar en el ámbito de la imputación objetiva, cuando el agente que ha asumido la posición de garante (*protección real de una persona o una fuente de riesgo*) inobserva el deber objetivo de cuidado y como consecuencia causa un daño antijuridico.

Visto lo anterior la corte anuncia anticipadamente que los cargos formulados por el casacionista contra el fallo recurrido no acreditan un error ostensible respecto de la apreciación probatoria realizada por el juzgador, por lo que se anuncia no se casara la sentencia.

Así las cosas, se hace un análisis de los hechos que resultaron probados, por lo cual se citan los más relevantes.

1. La idoneidad del patólogo y reconocimiento por parte de este frente a las dificultades para la distinción entre carcinoma tubular y la adenosis esclerosante.

Se determina que está probada la experticia del patólogo Dr. Duque Echeverry, así mismo el dicho de la perito del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses respecto de la dificultad para distinguir estas dos patologías, quien explico que se trata de una patología que por su morfología, a pesar de ser benigna la adenosis esclerosante puede aparentar ser un cáncer, y lo que esta situación es conocida y aceptada por el Doctor Duque.

2. El estudio de inmunohistoquímica es útil para distinguir las dos patologías y para el caso de marras no se practico dicho estudio.

Es aceptado este hecho por el demandado, que no practico el estudio de inmunohistoquímica y que en su lugar diagnostico basado en su experiencia y conocimientos. Así mismo partiendo de la premisa respecto de la cual se presenta dificultad para la identificación de las patologías, el doctor Duque afirmo que no baso su diagnostico en este examen diagnostico pues no presento duda alguna de su diagnosis.

3. El tejido extraído y analizado que dio base al diagnostico no fue debidamente identificado en su localización.

Se concluyo que la ausencia de marcación respecto de las tres muestras extraídas imposibilito al cirujano oncólogo para hacer un procedimiento menos traumático, pues la falta de dicha marcación le obligaba a realizar una extracción total para evitar dejar cáncer residual en zonas del seno que no estaban identificadas respecto de la muestra.

De cara a lo anterior, contrastando los hechos probados con relación a la teoría de imputación objetiva en materia medica que se aplica para el caso se determinó que el Dr. Duque Echeverry asumió la posición de garante frente a la paciente, esto respecto del diagnostico emitido, que se esperaba fuera efectivo y certero. Respecto del cual se reprocha la ausencia de estudio confirmatorio de inmunohistoquímica respecto de diagnóstico inicial de carcinoma - lesión maligna, que tras nuevos estudios se determinó que la lesión no era maligna sino benigna.

Por lo anterior, funda el casacionista el cargo respecto de la anterior situación en un falso raciocinio pues manifiesta que este no tenia necesidad de acudir a ningún otro estudio de apoyo para emitir su diagnóstico, por cuanto no presento duda respecto de su valoración. Así mismo mediante los cargos de falso juicio de existencia e identidad que propone el casacionista, propone responsabilidad respecto del ginecólogo que extrajo las muestras y remitió sin demarcación respecto de su ubicación que habría permitido la realización de una cirugía mas conservadora.

Por su parte la Corte aborda el anterior desde la violación al deber objetivo de cuidado que debe concurrir en el actuar del médico tratante, pues de actuarse sin acatamiento del anterior la responsabilidad del médico será evidente, por lo demás, de causarse un daño generado dentro el riesgo permitido y con la observancia de la *lex artis* este no sea atribuible al médico.

Ahora bien, respecto del acatamiento de las reglas de la *lex artis* en la práctica del doctor Duque Echeverry, lo que se cuestiona no es su idoneidad, ni si quiera el diagnóstico "inicial" que tras la pericia del patólogo concluyo en carcinoma tubular, sino que omitiera realizar estudios de apoyo para la comprobación de su diagnóstico, esto por cuanto de entrada le arrojaba su examen que la lesión era maligna, situación está que connotaba gran importancia para la paciente, pues el procedimiento a seguir era determinante respecto del diagnóstico.

Finalmente, se cuestiona que, al ser el diagnóstico inicial de carcinoma, sin confirmación mediante otros estudios, se aumento el riesgo no amparado por la *lex artis*, pues los métodos y prácticas de la profesión han demostrado que una lesión maligna en realidad puede no serla.

Ahora bien, respecto de la ausencia de demarcación de las muestras extraídas en la biopsia, si se sostiene que el patólogo conocía de primera mano que las misma no habían sido debidamente ubicadas y que aunado a su diagnóstico, uno tan trascendental, debió ordenarse el estudio de inmunohistoquímica procurando confirmar el diagnóstico y en todo caso proyectando un procedimiento menos trascendental.

Por otra parte, respecto de la presunta omisión del juzgador frente al análisis realizado por el patólogo respecto del antecedente familiar de cáncer de la paciente, indica la Corte que no se trata de una omisión, sino de la menor calificación respecto de la argumentación del patólogo para confirmar el diagnóstico, pues no concibe la Corte que el acusado no haya solicitado exámenes requeridos para la confirmación de su diagnóstico (estudio de inmunohistoquímica) y que hubiera tenido como una confirmación de un diagnóstico tan radical el solo antecedente familiar.

Con relación al anterior, manifiesta tajantemente la Corte que el argumento del patólogo respecto del cual no realizo el estudio mencionado, por cuanto no surgió duda de su diagnóstico, y que este argumento esta abalado por otros médicos que fueron declarantes dentro del proceso, se indica que no puede hablarse de los procedimientos médicos como un listado inflexible que no permite análisis y toma de decisión por parte del profesional, pues entonces la profesión se degradaría a realizar los exámenes únicamente mencionados y no admitiría el análisis critico del profesional.

Así las cosas, cuestiona nuevamente la Corte que el profesional no hubiera realizado ese análisis critico que tanto se demanda respecto de los conocimientos particulares de su

especialidad, esto con el propósito de confirmar el diagnóstico y finalmente reducir el riesgo de la confirmación de un diagnóstico tan nocivo que podría haber mejorado la condición de vida de la paciente.

Finalmente insiste la corte en que el actuar del profesional estuvo desprovisto de la visión de debido cuidado, pues se reitera que para el caso de marras y como lo ha indicado el acusado, muchos eran los factores que insidían y contrario a lo mencionado por este, eran indicativos de confirmación por la gravedad del diagnóstico, así pues se resaltan los factores mencionados, esto es, que existía un antecedente familiar de cáncer, la omisión del ginecólogo respecto de la demarcación de las muestras y por último la posibilidad de encontrarse frente a un *enmascaramiento* (patología benigna que se muestra como maligna), lo que hacía necesaria la confirmación del diagnóstico, pues con ello se hubiera evitado la realización de una mastectomía radical.

Por lo anterior, no se cuestiona que el patólogo haya acudido al criterio arquitectural que se encuentra dentro de la *lex artis* de la patología, sino que hubiera limitado su análisis al anterior sin confirmar por los medios admitidos su diagnóstico, que como se ha indicado tiene una connotación negativa respecto del procedimiento a seguir esto es la mastectomía, por lo que se advierte se cae por sí pero el cargo de falso raciocinio, pues el cuestionamiento no es el análisis inicial mediante el criterio arquitectural sino la ausencia de confirmación del diagnóstico.

Ahora bien, respecto de los cargos de falso juicio de existencia y falso juicio de identidad que se relacionan entre sí, por cuanto con los citados pretende atacar el casacionista el argumento del Tribunal mediante el cual se afirma que si hubo marcación por parte del ginecólogo que extrajo la muestra y que la responsabilidad radica en la falta de confirmación mediante estudio de inmunohistoquímica y no la ausencia de demarcación, que condujo a la mastectomía radical. Vale la pena mencionar al respecto que se demostró en el proceso que efectivamente las muestras no fueron debidamente localizadas y demarcadas, sin embargo, se indica que dicha situación carece de relevancia respecto de la responsabilidad del patólogo respecto de las otras situaciones ya mencionadas.

En conclusión, ningún yerro de apreciación probatorio del juzgador resulta relevante respecto de la verdadera responsabilidad del doctor Duque Echeverry, que concluyo en la mastectomía – aumento de riesgo no permitido y vulneración en posición de garante respecto de la práctica realizada a la señora Maria Teresa Restrepo. Por lo anterior y frente a la imputación objetiva el agente responde como coautor de la conducta punible, por la vulneración a la posición de garante, pues se entiende que el profesional de la medicina no solo este llamado a abstenerse de dañar al paciente, sino que debe conservar y mejorar su estado de salud, y en dado caso minimizar el impacto de los tratamientos aplicados para su recuperación.

Por lo anterior se insiste que el dr. Duque Echeverry desconoció el deber objetivo de cuidado y excedió el riesgo permitido como se ha mencionado.

3.7. EVALUACIÓN CRÍTICA

Teniendo en cuenta la valoración de la Corte respecto de la responsabilidad penal médica que en este caso se aborda, como se ha indicado por tratarse de un asunto penal que se evalúa desde la teoría de la imputación objetiva, que no es otra cosa que el incumplimiento a los postulados de la *lex artis* respecto de la violación al deber objetivo de cuidado y la creación o aumento del riesgo permitido y que concluye en un resultado lesivo para el paciente incurriendo así en una conducta punible, se tiene que como lo analiza la Corte el acusado infringió con dichos postulados a través de su conducta, esto es el deber de cuidado y el aumento del riesgo permitido.

Lo anterior, por cuanto la actuación del patólogo dr. Duque Echeverry respecto no del diagnóstico inicial, sino de la ausencia de confirmación de dicho diagnóstico, actúa por encima de los presupuestos mencionados, pues si bien su valoración inicial conforme las declaraciones de otros médicos, concordaba con el diagnóstico de cáncer, lo cierto es que careció de confirmación y al parecer se apresuró a proferir un diagnóstico tan radical y trascendental para la paciente, esto sin tener en cuenta su posición de garante respecto de la salud y bienestar de la accionante.

No puede perderse de vista que si bien el dr. Duque Echerry procedió conforme uno de los medios admitidos por la *lex artis* en patología, esto es el criterio de evaluación arquitectural de los tejidos valorados, lo cierto es que muchos factores que el afirma jugaron en contra de un diagnóstico positivo, por su posición de garante y con relación al impacto de su diagnóstico, debieron ser valorados como elementos fundamentales para aumentar su duda y buscar confirmación mediante los medios necesarios para ello.

Por lo anterior, es admisible la valoración que realiza la Corte entendida desde esa vista protectora y de cuidado que finalmente se busca respecto de la salud de un paciente que se deja en manos de un profesional de la salud, por lo que es claro que no se condena el actuar del doctor Duque, pues no se alega negligencia respecto de su diagnóstico, pero si se esperaba un mayor nivel de investigación frente a un diagnóstico tan devastador para la paciente, pues como se ha indicado contaba el galeno con un serie de eventos que como la mencionado la Corte debieron prender los signos de alarma para confirmar su diagnóstico.

Así pues, se contaba con un antecedente familiar de cáncer, pues la hermana de la paciente padeció cáncer de mama y era necesario confirmar esa línea cancerígena, así mismo conoció el patólogo de la infracción del ginecólogo tratante que tomó la muestra y que incurrió en un error, así como reconoció la Corte respecto de la ausencia de demarcación de las muestras, pues se espera que la muestra extraída sea debidamente

localizada e identificada para conocer claramente su ubicación y proceder conforme los protocolos, sin embargo el patólogo solo se limitó a realizar el análisis de las muestras, perdiendo de vista que esta omisión en concordancia con su diagnóstico eran trascendentales para haberle dado a la paciente un tratamiento menos invasivo, así como el presunto enmascaramiento de estas patologías, que no es otra cosa que la aparente malignidad de una patología que puede ser benigna.

De cara a lo anterior, es entendible el reproche de la Corte respecto de los argumentos del casacionista con los que pretende librar su responsabilidad, pues el citado toma los anteriores como hechos determinantes de confirmación de su diagnóstico y justificación de la ausencia de estudio de inmunohistoquímica, y lo que es peor pretende librar su responsabilidad bien por la omisión del ginecólogo en la demarcación y/o a través de la argumentación que la práctica de una mastectomía radical en una paciente con antecedentes familiares es lo mejor que se le podía haber hecho a la paciente para evitar complicaciones futuras, esto sin tener en cuenta las graves y fuertes secuelas que puede padecer la paciente tras dicho procedimiento.

Por todo lo mencionado es claro que el actuar del dr. Duque, respecto de la ausencia de estudios que confirmaran su radical diagnóstico, estuvo provisto de falta al deber de cuidado, esto es actuar de modo que se evitara con los actos del medico atentar contra la salud y la vida de la paciente, que si bien no se dio a través de la ausencia de diagnóstico o negligencia en la atención de la paciente, si se dio mediante el diagnostico errado a la paciente y que como se ha mencionado aumento el riesgo permitido en los casos de esta índole, vulnerando así los derechos de la paciente y olvidando la posición de garante que reviste al galeno.

Finalmente, se resalta que el diagnóstico errado proferido a la paciente trajo consigo una serie de afectaciones a su salud y vida, pues no es admisible la posición que eventualmente pueda sustentar que a la paciente se le salvo la vida a pesar de las lesiones que se le ocasionaron, pues no es la expectativa cuando se acude a un profesional de la salud, para que se limite a salvar la vida sin tener en cuenta las condiciones que posteriormente van a rodear al paciente, pues de ellas también depende la calidad de vida que va a tener la paciente.