

M. PONENTE	: LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
ACTA DE APROBACIÓN	: 022 de 2017
RADICADO	: 05001 60 00 206 2010 14300
CLASE DE ACTUACIÓN	: APELACIÓN
TIPO DE PROVIDENCIA	: SENTENCIA ABSOLUTORIA
FECHA	: 23 DE ENERO DE 2017
DECISIÓN	: REVOCA Y CONDENA
DELITOS	: LESIONES PERSONALES CULPOSAS

## PROVIDENCIA

PROCESO: 05-001-60-00206-2010-14300  
 DELITO: Lesiones Personales Culposas  
 ACUSADO: Juan Raúl Mesa Ochoa  
 PROCEDENCIA: Juzgado 37 Penal Municipal de Medellín  
 OBJETO: Apelación de sentencia absolutoria  
 DECISIÓN: Revoca y condena  
 M. PONENTE: Luis Enrique Restrepo Méndez

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR**

Medellin

**SALA DE DECISION PENAL**

**Medellín, () de de dos mil diecisiete (2017).**

**Aprobado por Acta Nro. .**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la víctima, ciudadana Denis Espitia Mestra, en contra de la sentencia proferida el 25 de octubre de 2016, a través de la cual el Juzgado 37 Penal Municipal de esta ciudad absolvió al acusado Juan Raúl Mesa Ochoa de los cargos que en su contra formulara la Fiscalía General de la Nación a través de su delegado.

### I. ANTECEDENTES:

Los de orden fáctico fueron descritos por la *a quo* como sigue:

*El episodio como tal se circunscribe al día 25 de septiembre de 2009, cuando la señora Denis Espitia Mestra acudió a cita no programada con médico general ante la IPS Coopsana, persona que había procreado a su primogénito para el 22 de agosto de 2009, dado que presentaba dolor e inflamación en su seno derecho por la lactancia, y a su vez que para el 5 de septiembre del mismo año, había sido atendida por una mastitis, con el suministro de antibióticos y anti inflamatorios. Para ese 25 de septiembre, el médico Juan Raúl Mesa Ochoa, en su valoración indicó que la paciente presentaba “pezones lacerados bilaterales, no eritematosos”, y diagnosticó “celulitis de otros sitios”. (sic) Para lo cual le prescribió lavar con jabón íntimo los pezones, untar cicaderm y le receptó (sic) naproxeno por unos días.*

*Para el 29 de septiembre de 2009 ante la situación física de la señora Denis, presentando dolor, fiebre, ampollas, se vio compelida a consultar nuevamente al médico, siendo atendida por el mismo galeno Mesa Ochoa, quien ante el nuevo estado clínico de la paciente, al presentar elevada temperatura, las pulsaciones, edema endurecido, seno derecho doloroso y con ampollas necróticas, le fue diagnosticada (sic) “Absceso de mama asociado con el parto”, para lo cual desde esa atención fue remitida al Hospital General, y una vez allí le realizaron seis procedimientos quirúrgicos, en los cuales se incluyeron drenajes, desbridamientos e injertos de piel en la mama comprometida. Dada de alta el 13 de noviembre de 2009.*

El 1 de julio de 2014 la Fiscalía formuló imputación al señor Mesa Ochoa por el delito de Lesiones Personales Culposas, que define y sanciona el C. Penal, en los artículos 111, 112 inciso 2º, 113 inciso segundo, 113 y 120.

La Fiscalía, con fecha 15 de julio de 2015 presentó escrito de acusación por la referida conducta punible, requerimiento fiscal que se concretó en diligencia del 20 de noviembre de 2014 escenario en que se adicionó tal convocatoria en el sentido de establecer que abarca lo dispuesto en el artículo 115 inciso segundo del C.P. por

tratarse de una conducta que generó como secuela la perturbación psíquica de carácter permanente.

Culminado el juicio oral, el *a quo* profirió el fallo que se revisa, a través del cual absolvió al acusado de los cargos en su contra formulados por la Fiscalía.

La defensa de los intereses de la víctima apeló la decisión.

## **II: LA DECISIÓN OBJETO DE RECURSO**

El *a quo* consideró como problema jurídico por resolver el de establecer si el acusado omitió el deber objetivo de cuidado al no ordenar un tratamiento con antibióticos a la ofendida, desde el 25 de septiembre de 2009, cuando la mujer acudió a él ante las dolencias que presentaba y si como consecuencia de esa omisión el riesgo permitido se incrementó de manera injustificada dando lugar al resultado que se juzga. El anterior dilema fue resuelto negativamente por el *A quo* en decisión que sustentó en los términos que se sintetizan como sigue:

Confrontó la versión de la ofendida con el contenido de su historia clínica correspondiente al 25 de septiembre de 2009, logrando establecer que si bien la mujer narró presentar fiebre, en el referido documento se plasmó como su temperatura la de 37° C; lo que en su sentir desvirtúa lo dicho por la ofendida. Además destacó que en dicho documento se dejó constancia acerca del carácter normal de sus pulsaciones y la presencia de pezones lacerados no eritematosos.

También destacó que la mujer en el juicio negó haber utilizado remedios caseros, como las compresas de agua caliente, afirmación que también se vio desvirtuada por cuenta de la declaración rendida en juicio por la doctora Clara María Restrepo Moreno, quien dijo haber escuchado de boca de la ofendida que utilizó compresas calientes, afirmación que la mujer también realizara al galeno que la atendió en el hospital general doctor, Luis Fernando Escobar Aguilera. El *a quo* citó a otros galenos que dieron cuenta de la misma situación, hecho del cual infirió que ese tratamiento no ordenado aceleró el proceso infeccioso y generó las quemaduras de segundo grado

sobre cuya existencia dieron cuenta los galenos que observaron a la mujer a partir del 29 de septiembre de 2009.

Además consideró que con los síntomas y hallazgos observados por el acusado el 29 de septiembre, procedió de conformidad al remitir a la mujer a un centro de mayor nivel de atención.

En opinión de la primera instancia no se demostró de manera precisa el porcentaje en que un episodio de mastitis puede repetirse en una mujer.

Resalta la sentencia como las declaraciones rendidas por los médicos especialistas en ginecología, Clara María Restrepo y Emilio Alberto Restrepo, coinciden en que los hallazgos observados en las atenciones del 25 y del 29 de septiembre son perfectamente diferenciables, pues en la primera oportunidad quedó claro que la mujer no presentaba fiebre, taquicardia, senos eritematosos o fisurados, ni edema, síntomas que se pusieron de presentes en el segundo evento. En sentir del *a quo*, el acusado no podía recetar antibióticos si los hallazgos físicos no se lo sugerían necesario.

Finalmente destaca la sentencia como las opiniones de estos dos especialistas resultan opuestas entre sí, pues la profesional considera obligatorio el tratamiento con antibióticos mientras el varón opinó lo contrario.

Desde otro punto de vista consideró el *a quo* la inexistencia de un protocolo que dispusiera como obligatorio el tratamiento con antibióticos de un episodio de mastitis, lo que lleva a concluir que era el concepto del médico tratante el que debió imponerse, que incluso consideró estar ante un caso de celulitis local, debida a la condición de lactante de la mujer, todo lo cual genera duda acerca de cuál debió ser el proceder del acusado en el caso concreto. Además, contempló la posibilidad de que el resultado haya sido propiciado por la mujer al acudir a remedios caseros que pudieron agravar su estado y desencadenar el resultado que hoy le imputa al acusado.

Las anteriores son las razones en que el *a quo* respaldó su decisión absolutoria.

### **III. DEL RECURSO**

La defensa de los intereses de la víctima deprecó la revocatoria de la decisión recurrida, con fundamento en los siguientes argumentos:

Señaló que el *a quo* se equivocó en la valoración del aprueba pues otorgó crédito al perito de la defensa Emilio Alberto Restrepo y desdeñó el de la acusación, Clara María Restrepo, sin explicación alguna, dejando de lado que para ella el diagnóstico fue equivocado, pues tuvo claro que estaba ante un caso de mastitis que imponía el tratamiento con antibiótico y un control en 48 horas.

Critica el criterio del *a quo* según el cual no había mastitis, pues se respalda en las anotaciones realizadas por el acusado en la historia clínica, con lo cual se dejaron de lado otras ópticas del asunto.

Dijo que las apreciaciones del juez fueron superficiales y dejaron en entre dicho la valoración de la prueba. Lo anterior en razón a que en anotación del 6 de octubre de la historia clínica, realizada por el galeno José Bernardo Rojas, se deja claro que desde el principio el diagnóstico debió ser, como en efecto lo fue, de mastitis. De lo anterior colige existente el nexo causal que extraña la judicatura entre la omisión al deber objetivo de cuidado por parte del acusado y el resultado lesivo de la integridad personal de la víctima.

### **IV. DE LOS NO RECURRENTES**

El defensor del acusado, como no recurrente, señala que los argumentos de la perito de la Fiscalía fueron escuchados y analizados por el *a quo* arribando a la conclusión de que carecen de respaldo en el contenido de la historia clínica. En apoyo de su afirmación se refirió al tema relacionado con la temperatura de la paciente, tópico también considerado por el *a quo* en su decisión.

Agregó que la historia clínica demostró que en la fecha de atención a la ofendida este no presentaba fiebre ni eritema en el seno lo que permitió al acusado concluir que no se trataba de mastitis, afirmación con la cual queda sin piso el argumento del censor en el sentido de que la conclusión del *a quo* se basó exclusivamente en el dicho del acusado.

Finalmente manifestó que en el proceso se estableció que la ofendida sí tuvo mastitis, pero que esa situación se estableció en la cita inicial el 5 de septiembre, porque en esa oportunidad presentaba síntomas propios de esa dolencia lo que no sucedió en la cita del 25 siguiente.

Con fundamento de lo anterior pide se mantenga la absolución.

#### **V. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:**

1. En primer término ha de manifestarse que esta Sala posee la competencia para abordar el estudio de la decisión proferida por el *a quo*, en virtud del factor funcional determinante de la misma, consagrado legalmente en el artículo 34 numeral 1 de la ley 906 de 2004.

2. El problema jurídico sugerido por la recurrente es de orden probatorio y hace relación con establecer si, contrario a lo decidido por el *a quo*, la actuación ofrece elementos de juicio suficientes para concluir, más allá de la duda, que la causa del resultado ilícito es imputable objetiva y exclusivamente a la omisión del deber objetivo de cuidado que le era exigible al acusado.

La respuesta a dicho dilema, en sentir de la Sala debe ser de carácter positivo, consecuencia de lo cual la sentencia será revocada para en su lugar condenar al acusado en los términos del requerimiento fiscal.

3. A fin de sustentar la decisión que se anuncia, la Sala recordará el concepto legal de culpa, así como algunos criterios teóricos sobre la imputación objetiva de resultados

antijurídicos en ejercicio de la actividad médica<sup>1</sup>, para luego aplicarlos al caso concreto, no sin antes resaltar porqué el *a quo* se quedó corto en el planteamiento del problema jurídico por resolver, yerro que desencadenó el sentido de su decisión.

4. El artículo 23 del C.P. describe la modalidad culposa de conducta en los siguientes términos:

*Art. 23. 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.*

5. Como es bien sabido el problema de la causalidad y sus connotaciones en materia de la responsabilidad penal ha desencadenado a lo largo de la historia jurídica distintas teorías<sup>2</sup> entre las que se encuentra la de imputación objetiva que de alguna manera ha sido adoptada por nuestra sistemática penal como herramienta, sobre todo, aunque no de manera exclusiva, para resolver el problema de la culpa.

Es cierto, vale recordar como en principio, a fin de determinar la imputabilidad de un resultado antijurídico se habló de la teoría de la *equivalencia de las condiciones*, producto del movimiento cultural positivista europeo que se apoyó en la experimentación como criterio para determinar lo que podría entenderse como ciencia, de allí que identifique como causas de un resultado, todos, absolutamente todos los antecedentes que convergen en su producción o expresado de otra manera asigna esa calidad de causa a toda condición de un resultado que, suprimida mentalmente, daría lugar a que ese resultado no se produjese; las dificultades que esta teoría generaba en materia de la responsabilidad penal son evidentes, pues se radicaba hasta en el primer eslabón del proceso causal que podría llegar al infinito.

Las dificultades inherentes a la teoría de la equivalencia de las condiciones, orientó la evolución hacia la teoría de *la causalidad adecuada*, fundada en un criterio de probabilidad, que consideraba como causa de un resultado únicamente aquella

---

<sup>1</sup> Para este efecto se sigue fielmente a Montealegre Lynett, Eduardo en su artículo La Culpa en la actividad médica: imputación Objetiva y deber de cuidado, presentado en la IX Jornadas Internacionales de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia, en el año 1987.

<sup>2</sup> La Sala reseñará tan solo algunas de ellas.

condición que generalmente resultaba adecuada para producirlo. Es decir, hacía abstracción de varias de las causas materiales del resultado, lo que llevó a la dificultad de determinar él o los criterios a seguir para precisar si una condición es adecuada al resultado, dificultad que se resolvió acudiendo a criterios de previsibilidad, esto es, para determinar la causa adecuada habría de incluirse todas aquellas que de acuerdo con la experiencia general son conocidas o cognoscibles por el hombre medio. Esta teoría, a fin de limitar el concepto de previsibilidad que eventualmente podría abarcar todo, acude al de diligencia objetiva, de acuerdo con el cual si la acción se realiza con la diligencia debida, aunque sea previsible un resultado, se mantiene en el ámbito de lo permitido jurídicamente.

Luego se pasó a la teoría de *la relevancia típica*, que determinó la trascendencia del nexo causal de acuerdo al sentido de los tipos penales y el bien jurídico que buscan proteger.

Finalmente, se arribó a la teoría de *la imputación objetiva*, de acuerdo con la cual para hacer un juicio de responsabilidad no es suficiente la relación causal, fundada en criterios obtenidos de las ciencias naturales, sino que se precisa demostrar la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, que se concretó en la producción del resultado típico.

Esta teoría involucra el concepto de *peligro*, que en términos de la doctrina, es la probabilidad de un acontecimiento lesivo; y el juicio sobre el peligro debe ser realizado por el juez, en calidad de espectador objetivo, situado en el momento en que se va a realizar la acción, tomando en consideración todas las circunstancias del caso concreto cognoscibles por el agente y por el juez, además de la experiencia general de la época sobre la probabilidad de que un determinado acontecimiento termine con la lesión de un bien jurídico.

Es función del juez, luego de verificar la relación causal entre el comportamiento del agente y el resultado, verificar que la acción peligrosa generada por este se ha materializado en el resultado típico, ello, en razón a que si el peligro jurídicamente

desaprobado, creado por el agente no es el mismo que se concreta en el resultado efectivamente producido, no le puede ser imputado.

En ejercicio de la actividad médica ha sido usual acudir a criterios de imputación objetiva como *la disminución del riesgo*, según el cual, no pueden ser imputados objetivamente aquellos resultados que formalmente pueden constituir una lesión, si con ellos se disminuye el riesgo sobre el bien jurídico.

Otro criterio identificado por la doctrina como útil en la solución de problemas de imputación derivados de esta actividad es el de *la conducta alternativa conforme a derecho*, de acuerdo con el cual el agente ha incurrido en violación de la *lex artis*, y desde el punto de vista causal ha ocasionado una lesión al bien jurídico, no obstante lo cual se demuestra que ese mismo resultado probablemente o con absoluta seguridad se habría producido si el sujeto actúa dentro de las pautas fijadas en el reglamento, hipótesis en que la doctrina tradicional concluye la responsabilidad del agente ante la palmaria relación causal entre conducta, que involucra omisión al deber objetivo de cuidado, y resultado. Sin embargo, las modernas teorías han permitido soluciones diversas en algunos de estos casos acudiendo a las *teorías del nexó* y de *la elevación del riesgo*. De acuerdo con la primera, hay que responder a la pregunta de qué habría ocurrido si el agente actúa de acuerdo con la *lex artis*? Interrogante que debe responderse con base en la probabilidad de que se produzca el mismo resultado, caso en el cual se debe absolver ante la ausencia de íntima relación entre la infracción al deber de cuidado y el resultado. Esta teoría se desecha pues llevaría a absolver casi en todos los eventos y a tolerar los comportamientos negligentes.

De acuerdo con la segunda teoría, de la elevación del riesgo, si la infracción al deber incrementa la probabilidad de producción del resultado en comparación con el riesgo permitido, debe condenarse aunque sea posible que el resultado se hubiese dado aun guardando una conducta respetuosa de la reglamentación.

Un tercer criterio está relacionado o identificado como *el fin de protección de la norma*, de acuerdo con el cual los deberes de diligencia, cuya infracción es lo que hace que una conducta sea imprudente, persiguen impedir determinados resultados. Si el

resultado producido por el comportamiento negligente no es uno de los que se quería evitar con el establecimiento del deber, el autor estará exento de responsabilidad.

De otro lado, *las fuentes del deber objetivo de cuidado*, entendido como pautas de comportamiento que deben seguir los ciudadanos en la vida de relación, para lo que interesa, los médicos en su actividad profesional, provienen principalmente de dos fuentes: *El ordenamiento jurídico y la experiencia decantada de vida*. Ejemplo de la primera de esas fuentes está determinado por el Código de Ética Médica- Ley 23 de 1981 aún vigente-, ordenamiento que consagran algunos deberes de los profesionales médicos.

Así por ejemplo el artículo 10 de dicho estatuto impone al galeno el deber dedicar *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.*; o el artículo 15 que en su primer renglón prohíbe al médico exponer *a su paciente a riesgos injustificados*.

Empero, no está demás mencionar que la simple violación del reglamento no genera responsabilidad culposa, pues es necesario que exista una estrecha relación entre la infracción al deber de cuidado contenido en la norma y el resultado producido.

En relación con la experiencia decantada de vida, puede afirmarse que el ejercicio de profesiones como la medicina va decantando reglas que orientan su correcto desempeño, dando lugar a lo que se denomina *lex artis*, cuya violación puede dar lugar a responsabilidad penal.

Empero, cuando no existe un catálogo normativo o de usos producto de la experiencia, al juzgador le corresponde determinar cuál era el deber de cuidado exigible en una situación particular y concreta, efecto para el cual debe comparar la conducta que siguió el agente con la que en la misma situación habría seguido un hombre prudente y diligente, de tal manera que si existe divergencia en ese juicio de comparación, podrá concluirse la existencia de una infracción al deber objetivo de cuidado.

Del deber objetivo de cuidado se desprenden dos deberes más específicos, ellos son, de un lado, el deber de cuidado interno y del otro el deber de cuidado externo.

*El deber de cuidado interno* se refleja en la obligación del sujeto de observar las condiciones en las cuales va a desplegar la conducta, o en términos de la doctrina, un deber de examen previo, un deber de advertir el peligro para el bien jurídico cuando este sea previsible para el agente en su particular situación. Lo anterior en razón a que solo advirtiendo el peligro en toda su dimensión, puede adoptarse las medidas de precaución correspondientes. En relación con la actividad médica ese deber de cuidado interno se manifiesta, primero, en la evaluación adecuada del paciente, razón por la cual el médico debe dedicarle el tiempo y la atención al paciente que resulten necesarias para cumplir con esa finalidad, y, segundo, en el examen de la propia capacidad para atender la situación.

*El deber de cuidado externo* puede plantearse con un interrogante cuya respuesta dependerá de cada caso en particular: Advertido el peligro, ¿qué comportamiento ha de seguir el médico para evitar la concreción del mismo en un daño? Expresado de diferente manera, el médico debe evitar acciones-u omisiones- peligrosas y mantenerse dentro del riesgo permitido.

Expresado de diferente manera, en el ejercicio de la profesión médica el peligro socialmente tolerado, que permite considerar atípico un resultado lesivo, es aquel que se produce en aplicación adecuada de la *lex artis*. No cabe duda acerca de que en medicina no siempre se cuenta con normas científicas de imperioso acatamiento, sin embargo, ello no impide conformar una mínima ortodoxia imposible de desconocer sin incurrir en temeridad.

Finalmente, no cabe duda que en la actividad médica se puede incurrir en responsabilidad penal por acción o por omisión. En tratándose de lesiones personales, se hablaría de un delito de omisión impropia que impone la existencia en el agente de la condición de garante del bien jurídico de la integridad personal, condición que emerge con claridad en cabeza del médico que atiende por cita no programada a un

paciente en una EPS<sup>3</sup>. Es que no puede olvidarse que la posición de garante se pregona de aquellos que tienen un deber estricto de actuar para que no se produzca un resultado típico, y cuando no cumplen con su deber se les endilga un delito de comisión por omisión.

Hasta aquí los insumos teóricos básicos para emprender la solución del caso puesto a consideración de la Sala.

6. Acto seguido, debe la Sala destacar como el *a quo*, planteó equivocadamente el problema jurídico por resolver, en la medida en que lo hizo de manera parcial, esa fue su primera equivocación. Veamos las razones de este aserto:

El *a quo* consideró que el problema jurídico se limitaba a resolver si el acusado dio lugar a un riesgo jurídicamente desaprobado que se concretó en la generación de un daño en la salud de la señora Denis Espitia Mestre, por no haberle iniciado un tratamiento con antibióticos en la cita que tuvo ocurrencia el 25 de septiembre de 2009.

En sentir de la Sala, el problema no podía limitarse al aspecto relacionado con la receta o no de antibióticos para el manejo del padecimiento que presentaba la ofendida, pues ese no era el único aspecto a tener en cuenta para considerar la conducta del acusado dentro de los límites del riesgo jurídicamente permitido. Por el contrario, el problema jurídico debió plantearse, porque así lo sugirió la Fiscalía a lo largo de la actuación, en

---

<sup>3</sup> **ARTICULO 25. ACCION Y OMISION.** La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión. Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

**PARAGRAFO.** Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales.

el sentido de responder si el acusado dio lugar a un riesgo o peligro jurídicamente desaprobado con la atención que brindó a la víctima el referido 25 de septiembre; más claro, si en dicha atención, entendida en su plena extensión y no solo en la fase de tratamiento, puede pregonarse de su parte la omisión del deber objetivo de cuidado generadora del riesgo desaprobado que se concretó en el daño padecido en la salud de la víctima.

La razón del anterior aserto, tiene que ver con el hecho incontrastable de que la atención médica comporta un procedimiento complejo integrado por etapas estrechamente relacionadas y dependientes unas de las otras, como sería un adecuado interrogatorio inicial, seguido por el examen físico, de ser necesarias la orden y práctica de exámenes diagnósticos, el diagnóstico y el tratamiento que corresponda de acuerdo con ese diagnóstico. Esas diferentes etapas a que se refiere el Tribunal como integrantes de la atención médica emergen de las declaraciones rendidas por los diferentes profesionales de la salud que desfilaron por el juicio oral y público, quienes enfatizaron que si bien podría no existir un protocolo que las contenga, pueden inferirse a través de la experiencia decantada a lo largo de los años.

En el orden de ideas expuesto, solo el proceder diligente y respetuoso del deber objetivo de cuidado en todas y cada una de esas etapas permite afirmar que el comportamiento del galeno se enmarca dentro del riesgo permitido.

Así las cosas, a fin de examinar si el galeno omitió el deber objetivo de cuidado que su actividad le imponía, debe la Sala examinar todas las etapas del procedimiento que comporta la atención ofrecida y no solo una de ellas so pena de arribar a conclusiones que pueden no coincidir con la realidad.

El Tribunal procederá de acuerdo con lo anunciado.

7. En primer término, quedó claro para el Tribunal que el profesional de la medicina enfrentado a una situación como la que se juzga, debe partir por realizar un adecuado

interrogatorio, en el que se indague acerca de los antecedentes de la paciente, con mayor razón cuando, como en este asunto, se trataba de una madre primeriza<sup>4</sup>.

Para poner de presente lo acabado de mencionar basta confrontar el proceder del acusado con el de otra profesional con quien tuvo contacto Denis Espitia días previos al 25 de septiembre, situación de la cual dio cuenta esta dama en su declaración en juicio cuando dijo que tuvo una primera atención médica el 5 de septiembre, en la cual se le diagnosticó mastitis y se le trató con antibiótico y otros medicamentos, luego de lo cual, el 11 siguiente acudió a cita con la doctora María Elena Betancur, con el fin de recibir instrucción sobre planificación familiar, consulta en la cual la profesional de la medicina le indagó por sus antecedentes de salud y luego de enterada del evento de mastitis la revisó encontrando que el mencionado episodio evolucionaba favorablemente, observaciones que plasmó en la historia clínica<sup>5</sup>, donde se puede inferir que la auscultó con algún detalle pues en un aparte específico dejó constancia que no presentaba masas en el seno. Este evento pone de presente cuando un profesional de la medicina actúa dentro del riesgo permitido, de manera diligente, pues a pesar de que su cita o consulta nada tenía que ver con el episodio anterior, como consecuencia de su interrogatorio se enteró de su existencia y verificó su evolución.

Ahora bien, la pregunta que surge es si el acusado procedió con la misma diligencia y cuidado que pudo advertirse en el comportamiento desplegado por su colega. Para responder ese interrogante, puede revisarse la historia clínica de la paciente, correspondiente a la atención prestada el 25 de septiembre de 2009<sup>6</sup>, advirtiendo que no se observa que el acusado haya indagado a la mujer por sus antecedentes y en particular por un proceso previo de mastitis, aspecto que llamó la atención de la perito Clara María Restrepo Moreno<sup>7</sup>, quien sobre el particular señaló:

*“...también quiero anotar ahí que en el interrogatorio de ese segundo momento que es el momento como en cuestión, nunca aparece que se anote en esa historia que*

---

<sup>4</sup> Ello concuerda con el contenido del **ARTICULO 10 del Código de Ética Médica, ley 23 de 1981 cuyo tenor es el siguiente:** El 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.

<sup>5</sup> Ver folio 125 carpeta principal

<sup>6</sup> Ver folio 7 de la carpeta de elementos materiales probatorios.

<sup>7</sup> Ver audio correspondiente a la sesión de audiencia del 3 de febrero de 2016

*ella tuvo un episodio previo de mastitis 18 días antes y que fue tratado con antibióticos porque eso era clave, cierto?, si uno tenía la duda en ese momento de que el cuadro fuera infeccioso, si hace ese interrogatorio y lo constata, ya no le debe quedar duda de que esa nueva sintomatología que tenía la paciente era la de un proceso infeccioso y que requería antibiótico”<sup>8</sup>.*

Más adelante cuando fue interrogada acerca de si el profesional de la salud tenía acceso a esa información sobre el evento previo de mastitis la perito respondió:

*“Claro, no solo tiene acceso sino que la debe conocer, cuando usted ve una paciente en su consulta que no la conoce, tiene que hacer primero un buen interrogatorio, en el que esto debió haber aparecido, es sorprendente que no haya aparecido eso, es negligente que no haya aparecido eso en la historia clínica. Y si usted no tiene acceso, tiene como preguntarle a la paciente: esto es primera vez que le da? Le ha dado antes? Si le dio antes como se lo manejaron? Usted si se hizo todo el tratamiento o no se lo hizo? Qué más? Y por qué le volvió a dar? Vamos a ver por qué le volvió a dar. Usted cada cuanto pega a su hijo? Eso no está en la historia; cómo lo pega? Cómo lo despega? Cómo se asea la mama? Se puso compresas? Qué tan calientes se las puso? Su lactancia es a libre demanda o le tiene horario al hijo? Todos son factores de riesgo para mastitis que no aparecen en la historia clínica”<sup>9</sup>.*

Ahora bien, si es que acaso se omitiera un adecuado interrogatorio, la experiencia enseña, tal como lo significaron los profesionales que desfilaron por el juicio de una parte y otra, que el médico debe valerse de la historia clínica del paciente a fin de indagar sobre sus antecedentes, herramienta en la que se refería el evento previo de mastitis<sup>10</sup>, a la cual tenía acceso el acusado pues se trataba de la misma IPS en que se presentaron las dos atenciones; empero, al parecer no fue utilizada por el acusado, pues ninguna nota plasmó en la por él elaborada sobre tan importante tópico.

Hasta aquí, la evidencia objetiva que obra en el juicio apunta a que la conducta del acusado no se ejecutó con respeto de lo que el reglamento y la práctica médica sugiere sobre la forma de abordar una consulta por primera vez, pues no hay evidencia de que haya dedicado a la paciente el tiempo suficiente para realizar un adecuado interrogatorio, que dicho sea de paso, no le demandaba un tiempo exagerado o desmedido.

---

<sup>8</sup> Declaración de la perito entre los minutos 28:40 y 29:15

<sup>9</sup> Misma declaración entre los minutos 29:25 a 30:31

<sup>10</sup> Folios 99 carpeta principal

8. Ahora bien, si como lo manifestó la ofendida Denis Espitia, ella le dijo al profesional que había sufrido un evento de mastitis con anterioridad, la conducta del galeno acusado no se mostró coherente con esa información. Esta conclusión surge de lo sostenido por la perito de la Fiscalía en el aparte que de su dictamen se transcribió por la Sala párrafos atrás, según el cual con esa información habría identificado fácilmente que se trataba de un proceso infeccioso que debía enfrentarse con antibióticos.

Empero, la anterior no es la única opinión que permite cuestionar el proceder del doctor Mesa Ochoa, dado que Gerardo de Jesús Alzate Ramírez<sup>11</sup>, perito que concurrió al juicio por cuenta de la defensa, al ser interrogado acerca de la posibilidad de que un proceso de mastitis repita señaló:

*“...es posible que repita, pero no se habla para el caso de recurrencia sino de un proceso parcialmente resuelto, no superado, que exige un interrogatorio adecuado, por tratarse de un proceso no completamente resuelto”<sup>12</sup>*

Este mismo profesional afirmó que *“el médico debió tener acceso a la historia clínica de la paciente para esa segunda atención, con mayor razón cuando se trataba de la misma IPS”<sup>13</sup>*

Por su parte Emilio Alberto Restrepo Baena<sup>14</sup> otro experto traído al juicio por la defensa, al ser interrogado acerca de si el proceso previo de mastitis diagnosticado el 5 de septiembre de 2009 era importante conocerlo a fin de enfrentar la cita del 25 siguiente respondió:

*“...la mastitis del 5 es un antecedente relevante digno de tener en cuenta, yo tengo que estar alerta y responder varias preguntas: esta curada? Hay alguna evidencia de que no se ha curado? Aparentemente, según la evaluación del doctor Mesa no había mastitis, pero claro que hay que tenerlo en cuenta porque muchas veces queda leche residual y uno no se da cuenta...”<sup>15</sup>*

Hasta aquí, es perfectamente claro que el acusado debió tomar en consideración los antecedentes de la paciente, que debieron determinar su proceder.

---

<sup>11</sup> Primer registro de audio de la sesión del juicio celebrada 14-04-2016, a partir de 1:10:00

<sup>12</sup> Mismo registro de audio a partir del 1:23:00

<sup>13</sup> Mismo registro a partir del 1:29:30

<sup>14</sup> Primer registro de audio de la sesión del juicio celebrada 26-09-2016

<sup>15</sup> Mismo registro a partir del 58:00

De conformidad con lo hasta aquí discurrido, la evidencia recaudada en el juicio enseña que el proceder del galeno Mesa Ochoa en esas primeras etapas de su atención a Denis Espitia admite serios reparos en punto de su deber de permanecer dentro del riesgo jurídicamente tolerado, pues su interrogatorio a la paciente a todas luces resultó deficiente y dejó además de considerar sus antecedentes médicos.

9. Pasando al diagnóstico realizado por el doctor Mesa Ochoa ese 25 de septiembre de 2009, en la historia clínica por él elaborada se plasmó como “*celulitis de otros sitios*”<sup>16</sup>. Ahora, en el juicio se demostró a través de cada uno de los peritos que por esa sede desfilaron, que la celulitis en la mujer lactante hace parte del síndrome febril puerperal y se denomina más correctamente mastitis, tal como lo señaló Gerardo de Jesús Alzate Ramírez<sup>17</sup> y ya lo había ratificado Clara María Restrepo Moreno al señalar, por su parte, que una celulitis en mama se llama mastitis.

Así las cosas, para la fecha de ocurrencia de los hechos, si el galeno hubiere considerado los antecedentes de la paciente, es decir, un proceso previo de mastitis no superado, habría recetado antibióticos de manera preventiva, ante la evidencia de hallarse frente a un proceso infeccioso, tal como lo sugirió Clara María Restrepo Moreno<sup>18</sup>.

El anterior era el tratamiento que el estado del arte imponía para ese momento, aseveración que, contrario a lo sugerido por la defensa y acogido dócilmente por el *a quo*, no había sido desvirtuada para la fecha de los hechos, ni ha sido desvirtuada hoy en día, por lo menos a través del estudio traído al juicio por esa parte, estudio publicado por la biblioteca científica Cochrane del cual las partes ofrecieron interpretaciones opuestas que facultan al Tribunal a indagar por su contenido con el fin de buscar sus propias conclusiones, para el caso, que la defensa lo interpretó sesgadamente y fuera de contexto para ajustarlo a sus intereses.

---

<sup>16</sup> Historia Clínica folio 102 carpeta principal

<sup>17</sup> Registro de audio de la sesión del juicio de fecha 14-04-2016 1:33:20

<sup>18</sup> Registro de audio del 03-02-2016 a partir del 28:50

En efecto, el estudio titulado “*Antibióticos para mastitis en mujeres que amamantan*”<sup>19</sup> parte por considerar el estado actual del arte en los siguientes términos: *La mastitis puede ser causada por la colocación inefectiva del recién nacido en la mama o por una alimentación limitada. La mastitis infecciosa es causada frecuentemente por el Staphylococcus Aureus. La incidencia de la mastitis en las mujeres que lactan puede llegar al 33%. **La extracción efectiva de la leche, la medicación analgésica y la antibioticoterapia han sido las bases del tratamiento***<sup>20</sup>. Con lo anterior se ratifica y queda sin discusión que para 2009, el tratamiento de la mastitis incluía una adecuada técnica de lactancia, aunado al suministro de analgésicos y antibióticos.

Al final dicho estudio plasma las conclusiones de dos investigaciones realizadas y relacionadas con el tema. Ellos son: *Un ensayo pequeño (n = 25) comparó amoxicilina con cefradina y no encontró diferencias significativas entre los dos antibióticos en cuanto al alivio de los síntomas y la formación de abscesos. Otro estudio más antiguo comparó el vaciamiento mamario solo como "tratamiento de apoyo" versus la antibioticoterapia más tratamiento de apoyo, y ningún tratamiento. Los resultados de este último estudio indicaron una desaparición más rápida de los síntomas para las mujeres que utilizaron antibióticos, aunque hubo problemas en el diseño del estudio.*<sup>21</sup>

También queda claro que fueron dos los estudios referidos en el documento invocado por la defensa, uno de ellos que buscó comparar el grado de efectividad de dos antibióticos diferentes en el tratamiento de la mastitis y el otro que buscó comparar la efectividad del tratamiento de apoyo, consistente en el vaciamiento mamario, contra

---

<sup>19</sup> “Antibiotics for mastitis in breastfeeding women”, Shayesteh Jahanfar, Chirk-Jenn Ng, Cheong Lieng Teng, 15 de abril de 2009, grupo editorial Cochrane Pregnancy and Childbirth Group

<sup>20</sup> Background. Mastitis can be caused by ineffective positioning of the baby at the breast or restricted feeding. Infective mastitis is commonly caused by Staphylococcus aureus. The prevalence of mastitis in breastfeeding women may reach 33%. Effective milk removal, pain medication and antibiotic therapy have been the mainstays of treatment.

<sup>21</sup> “Two trials met the inclusion criteria. One small trial (n = 25) compared amoxicillin with cephadrine and found no significant difference between the two antibiotics in terms of symptom relief and abscess formation. Another, older study compared breast emptying alone as 'supportive therapy' versus antibiotic therapy plus supportive therapy, and no therapy. The findings of the latter study suggested faster clearance of symptoms for women using antibiotics, although the study design was problematic”.

el tratamiento antibiótico, acompañado de tratamiento de apoyo, demostrando mayor efectividad el segundo aunque dejando claro algunas deficiencias en el estudio.

Hasta aquí todo indica que el tratamiento con antibióticos resulta, como hasta esa época se consideraba, efectivo en la desaparición de los síntomas de la mastitis.

Ahora bien, la conclusión a que arribaron los autores es la siguiente en punto del tratamiento antibiótico: *No existen pruebas suficientes para confirmar o refutar la efectividad del tratamiento antibiótico para la mastitis de la lactancia. Hay una necesidad urgente de realizar ensayos clínicos aleatorios doble ciego de alta calidad para determinar si se deben utilizar los antibióticos en esta afección posparto tan frecuente*<sup>22</sup>.

Para la Sala queda claro que la defensa a través de su perito Emilio Alberto Restrepo Baena omitió la mitad de la conclusión, justo la que hace referencia a la necesidad urgente de realizar nuevos estudios que permitan definir con certeza el problema científico propuesto, lo que significa no otra cosa que el estudio citado no permitió arribar a ninguna conclusión concreta y mucho menos a la sugerida por la defensa en el sentido de que dicho tratamiento es inocuo. En otras palabras, el estado del arte vigente para la época de los hechos no sufrió modificación alguna por cuenta de los resultados invocados, esos sí inocuos en lo que a este tema se refiere.

Así las cosas, de acuerdo a lo hasta aquí discurrido no es cierto, como lo sugieren acomodadamente los peritos de la defensa que en el asunto concreto, estuviera descartado el tratamiento antibiótico para Denis Espitia. Es más, Gerardo de Jesús Alzate Ramírez, si bien en principio afirmó categóricamente que de haber estado en la posición del acusado no habría ordenado antibióticos, al final se vio abocado a admitir que *“quien decida hacerlo lo hace para prevenir la infección por las fisuras que observa”*<sup>23</sup>, afirmación con la cual, sin duda alguna, también admitió la existencia

---

<sup>22</sup> Authors' conclusions: There is insufficient evidence to confirm or refute the effectiveness of antibiotic therapy for the treatment of lactational mastitis. There is an urgent need to conduct high-quality, double-blinded RCTs to determine whether antibiotics should be used in this common postpartum condition.

<sup>23</sup> Ver su declaración en sesión del juicio de fecha 14-04-2016 a partir del 1:05:40

latente del peligro de infección que debió ser enfrentado por el acusado ante la posibilidad de que se concretara en un resultado absolutamente previsible como el que en efecto se produjo.

La Sala debe insistir en que estas conclusiones resultan aplicables en el caso concreto, no en cualquiera otro, es decir, en un caso en que la paciente tenía antecedentes recientes de mastitis, que permitían, ante la presencia de celulitis en su seno, intuir la posibilidad de que se trataba de un proceso infeccioso no superado satisfactoriamente. Tan cierto es lo anterior, que basta revisar la Historia clínica para advertir, que fue ese precisamente el tratamiento suministrado a la mujer en el Hospital General que permitió salvar su vida. Se trata de una conclusión que se respalda en las pruebas del juicio.

10. Al margen de lo anterior, llama la atención del Tribunal una situación que hace referencia con el examen practicado por el doctor Mesa Ochoa a Denis Espitia el 25 de septiembre, oportunidad en que este galeno no dejó constancia alguna de haber indagado por la presencia de masas en el seno de la mujer; referencia que sí se observa en la historia clínica del 29<sup>24</sup>, cuando la situación era evidente a simple vista e incluso en la historia clínica del 11 de septiembre<sup>25</sup> cuando la doctora María Helena Betancour la atendió para ilustrarla sobre métodos de anticoncepción.

En sentir de la Sala un proceder diligente del galeno le imponía, primero realizar esa verificación y luego dejar constancia de la misma en la historia clínica.

11. Avanzando en la argumentación, la Sala advierte que la intención de la defensa de demostrar que aun si el doctor Mesa Ochoa hubiere usado antibióticos en el tratamiento de Denis Espitia el resultado habría podido generarse igual, fracasa ante la evidencia objetiva de que además del tratamiento antes referido, el galeno acusado debió, y no lo hizo, adoptar otras medidas que resultan complementarias, pero no por ello menos y por contera ineludibles en un caso como el que se juzga, con las cuales habría ubicado su proceder dentro de los límites del riesgo permitido. Acerca del

---

<sup>24</sup> Ver folio 105 carpeta principal

<sup>25</sup> Ver folio 125

carácter superlativo de esas medidas coinciden todos, absolutamente todos, los profesionales que acudieron al juicio, sin importar de qué lado del debate se encontraran.

Así por ejemplo, Gerardo de Jesús Alzate, dijo que el principal tratamiento para la mastitis son las medidas generales que se toman alrededor de la lactancia, como humedecer el pezón antes y después, hacer el aseo antes y después, extraer la leche sobrante, sugerencias que deben ser suministradas a las madres lactantes como un deber de todos los trabajadores de la salud. Ante conainterrogatorio dijo que la historia clínica no muestra que la paciente Denis Espitia haya recibido esa instrucción de parte del acusado. Al mismo tiempo este profesional sugirió que el 25 de septiembre el proceso infeccioso pudo estar en una fase muy temprana, lo que imponía al médico el deber de darle las instrucciones sobre la lactancia “*tú haces esto y esto y vuelves tal día*”, dijo, con lo cual incorpora al tratamiento a seguir, no solo las técnicas de lactancia sino también la necesidad de volver a ver a la paciente en un lapso corto a fin de verificar su evolución, instrucción que también brilla por su ausencia en el *sub judice*.

Emilio Alberto Restrepo Baena, por solo citar a los peritos de la defensa, sobre el particular advirtió que la idea es reforzar en una primeriza las recomendaciones generales, ya relacionadas atrás, agregando que debió citarse a revisión posterior para verificar si persistían los síntomas, sin que en la historia clínica aparezca que se haya procedido de esa manera.

Finalmente la perito de la Fiscalía fue más específica en torno al punto, afirmando que debe hacerse énfasis en las recomendaciones generales como el vaciamiento de la mama, la forma en que el hijo se pone a mamar, como se retira, el tiempo que transcurre entre una y otra toma, la necesidad de no suspender la lactancia a pesar del dolor y otras recomendaciones como higiene de manos, evitar el estrés, compresas de agua tibia, etcétera, haciendo énfasis en que una vez ordenado el tratamiento adecuado debe revisarse la paciente a más tardar en las 48 horas siguientes a fin de verificar la evolución del tratamiento, pues de no advertir mejoría debe procederse con los antibióticos por vía intravenosa.

Por cuenta de lo acabado de destacar, aparece palmaria una nueva omisión del acusado, que en sentir de la Sala incrementó el riesgo permitido, pues el acusado dejó de dar instrucciones a la ofendida acerca de una adecuada técnica de lactancia, recomendaciones relevantes en el tratamiento de la mastitis, pero además dejó de citar a la mujer a un control posterior, próximo a esa primera cita o advertirle acerca de señales de alarma que sugirieran necesario regresar a consulta. Nada de eso quedó plasmado en la historia clínica y la ofendida negó haber recibido esa información.

Acerca de la cita a revisión y su efectividad, sobre la cual no existe duda en opinión de la Sala, Emilio Alberto Restrepo dijo que esa efectividad depende de si el médico es juicioso o no, si era cerca del mediodía, si estaba o no cansado y de la atención que se preste en la respectiva entidad IPS o EPS, afirmación que podrá responder a la realidad que padece nuestro sistema de salud, pero que desde la perspectiva de la responsabilidad penal resulta a todas luces inaceptable para la judicatura.

La adopción de medidas preventivas de parte de quien ejerce una actividad peligrosa, ante la presencia clara de una situación de riesgo, en manera alguna puede dejarse librada al azar que representa el médico que atiende a la paciente y su grado de compromiso con su quehacer. De ser así, se legitimaría todo resultado antijurídico que se ocasiona, transformando la negligencia y falta de cuidado en causal de justificación al trasladar la responsabilidad al sistema de salud.

12. Hasta aquí, en sentir de la Sala, podría admitirse a título de discusión que el galeno no recetara de manera inmediata el antibiótico a Denis Espitia, aunque quedó claro que debió hacerlo preventivamente, pero resulta inadmisibles que no la haya instruido sobre los cuidados generales y mucho más reprochable que no le haya advertido sobre señales de alerta y la necesidad de revisarla en lapso corto a fin de verificar su evolución.

Es que precisamente, todas y cada una de las medidas hasta aquí destacadas por el Tribunal, un buen interrogatorio a la paciente, la revisión de su historia clínica, la adopción de un tratamiento acorde con el diagnóstico y los antecedentes del paciente,

las advertencias sobre señales de alerta y la cita a control próximo, que debió ejecutar el agente, tenían como finalidad evitar el tipo de resultado que finalmente se produjo.

Sobre este tópico tampoco existe duda alguna en el juicio, pues queda claro que el absceso con que fue recibida la paciente el día 29 de septiembre es el resultado del proceso infeccioso propio de la mastitis. Así lo expresaron varios de los profesionales de la medicina que acudieron al juicio. Veamos:

Clara María Restrepo Moreno, sobre el particular dijo que el absceso es parte de la progresión normal de la mastitis, cuando la bacteria se localiza en un punto específico de la mama como consecuencia de una infección tratada de manera inadecuada<sup>26</sup>.

Por su parte Gerardo de Jesús Alzate Ramírez textualmente manifestó que *“la mastitis y el absceso mamario son etapas de una misma patología”*<sup>27</sup>

Con lo anterior, queda claro que el resultado finalmente producido en la salud de Denis Espitia, está estrechamente relacionado con el padecimiento por el que consultó el 25 de septiembre, pues se constituye en su previsible evolución ante la ausencia de un tratamiento adecuado. En otros términos, se trata del resultado que pretende evitarse con las medidas que justamente omitió el doctor Mesa Ochoa en este caso.

13. Todo lo hasta aquí argumentado, permite concluir que la práctica de la medicina a lo largo de los años ha decantado unos protocolos que bien pueden no estar escritos pero se constituyen en *lex artis* aplicable al caso, que fue desconocida por el acusado en varias de sus disposiciones, dando lugar al resultado que precisamente se quiso evitar con su estructuración, esto es, que una mastitis evolucione hacia un absceso; también es claro para el Tribunal que el doctor Mesa Ochoa, ostentaba la posición de garante del bien jurídico de la salud de Denis Espitia, a pesar de lo cual omitió el deber de cuidado interno y externo que esa condición le imponía, en la medida en que dejó de advertir el peligro que sobre el bien jurídico tutelado se cernía, siendo este, desde todo punto de vista, un peligro previsible, no extraordinario sino normal en la situación

---

<sup>26</sup> Su declaración, después del minuto 36 y de nuevo en el minuto 51:40.

<sup>27</sup> Su declaración después del 1:28:00

a que se enfrentó. Expresado de otra manera, incurrió en omisiones generadoras de peligro más allá del tolerado para la salud de la paciente, peligro que efectivamente se concretó en el resultado final que se juzga.

14. La defensa quiso explicar el resultado final, es decir, el absceso en la mama derecha de Denis Espitia, en quemaduras autoinfligidas por la mujer al acudir a tratamiento alternativo consistente en la aplicación de compresas calientes en la zona afectada. Sin embargo, esta posibilidad fue descartada por la propia afectada, quien refirió la aplicación de compresas tibias, no calientes, tal como se observa en la primera anotación de la historia clínica correspondiente al día 29 de septiembre de 2009, sin que haya una explicación adecuada al cambio en algunas de las anotaciones posteriores que refieren uso de compresas de agua caliente, como si fuera una conclusión supuesta por los profesionales que realizaron esas anotaciones.

Además, en sentir de la Sala, acompañando el criterio expresado por la perito de la Fiscalía, es poco probable que la mujer se hubiese aplicado compresas de agua sin verificar previamente su temperatura, al punto de ocasionarse las lesiones que observara el médico Mesa Ochoa el día 29 de septiembre.

El perito de la defensa Restrepo Baena defendió la tesis de las quemaduras autoinfligidas afirmando que como consecuencia de ellas se aceleró el proceso infeccioso pues la bacteria debió ingresar por las heridas de las quemaduras, es decir, trató de limitar la posibilidad de ingreso de las bacterias únicamente a las quemaduras. Empero, olvidó, que los pezones de la ofendida estaban lacerados desde el 25 de septiembre, cuando el acusado la revisó por primera vez y que por esas laceraciones era factible el ingreso de la bacteria desencadenante del absceso, tal como con absoluta claridad y detalle lo explicó Clara María Restrepo.

Aunado a la fragilidad e inconsistencia de las explicaciones defensivas, se advierte por la Sala como las lesiones a que se viene haciendo referencia, encuentran una explicación más convincente desde el punto de vista científico. Veamos:

Revisada la historia clínica del 29 de septiembre de 2009, se observa que el acusado las describió como “*Área de ampolla necrótica superareolar*”.

Sobre esa lesión la doctora Clara María Restrepo afirmó: “...*los signos que tenía en piel de ampolla y lesión necrótica, necrótica quiere decir que el tejido se murió, hacen parte del proceso infeccioso normal de la paciente..., no es una quemadura, es parte del proceso infecciosos normal del absceso mamario. Así como está podrido adentro, la piel afuera empieza a manifestar síntomas de muerte de las células y eso se llama necrosis y se ampolla la piel y es parte del proceso normal*”<sup>28</sup>. Más adelante agregó: “... *Las compresas tibias no producen quemaduras de segundo grado, para que se produzca ampolla tendría que estar a una temperatura supremamente alta, como echarse una olla de agua hirviendo en la piel*”<sup>29</sup>.

Unos minutos más adelante explicó que el síndrome de piel escaldada<sup>30</sup> que se refleja en lesiones ampollosas en la piel puede estar relacionado con el estafilococo, una bacteria que genera esa reacción tóxica en la piel<sup>31</sup>.

Finalmente agregó que el absceso estaba justo debajo de la parte que identificaron otros médicos como quemada, lo que en su opinión confirma su hipótesis de que se trataba de una consecuencia del proceso infeccioso y no una quemadura.

Esta hipótesis no fue controvertida con seriedad por la defensa, pues su explicación resiste las críticas mencionadas atrás. Luego, de las dos explicaciones plausibles, como causas de las ampollas necróticas que presentaba Denis Espitia, aparece mejor sustentada la ofrecida por la Fiscalía.

---

<sup>28</sup> Su declaración minuto 39:25

<sup>29</sup> Su declaración minuto 40:40

<sup>30</sup> Síndrome de la piel escaldada

Es una infección de la piel (cutánea) **causada por bacterias** que la dañan y hacen que se desprenda.

Causas

El síndrome de la piel escaldada (SSS, por sus siglas en inglés) es causado por infección con ciertas cepas de **las bacterias estafilococos**. Las bacterias producen un tóxico que ocasiona daño a la piel. Dicho daño crea ampollas como si la piel estuviera escaldada. Estas ampollas pueden ocurrir en zonas de la piel lejos del sitio inicial. Biblioteca nacional de medicina de los Estados Unidos en el sitio <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/001352.htm>

<sup>31</sup> Su declaración a partir del minuto 45:00

15. Así las cosas, en sentir del Tribunal, se equivocó el *a quo* en la valoración de la prueba, pues se limitó a aceptar sin controversia alguna la tesis defensiva, que admite una serie de reparos que no fueron respondidos o desvirtuados con solidez por la parte interesada en hacerlo. En su lugar, las pruebas pusieron en evidencia el actuar del acusado por fuera del riesgo permitido, incrementándolo sin justificación alguna, desencadenando un resultado antijurídico, precisamente el que las normas que rigen la actividad médica buscan evitar.

Las anteriores son razones suficientes para revocar la absolución proferida en primera instancia.

## **VI. PUNIBILIDAD**

### **De la audiencia de que trata el art. 447 del C. de P.P.**

16. La delegada de la Fiscalía General de la Nación consideró que el sentenciado cumple con los requisitos de que trata el artículo 63 del C.P. para gozar de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, pues la pena a imponer debe ser inferior a 3 años y su personalidad y antecedentes de todo orden sugieren como no necesario su cumplimiento efectivo. Dejó además, a criterio del Tribunal la imposición de otras penas accesorias.

La defensa acompañó el criterio de la Fiscalía acabado de exponer, pero añadió que se hace innecesario imponer la pena accesoria que impida al sentenciado ejercer su profesión, pues se trata del único incidente que se ha presentado en su prolongada trayectoria profesional y su ejemplar modo de vida. Empero, consideró, que si la judicatura decide imponer esa sanción esta debe ser suspendida en su ejecución, pues de hacerla efectiva se afectaría su mínimo vital.

### **Dosificación de las penas.**

17. Las sanciones legalmente establecidas para el delito de Lesiones Personales Culposas son las de prisión y multa, como principales y la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas, como pena accesoria, que va de manera inescindible adherida a las anteriores.

En lo que hace relación al ámbito punitivo, debe recordarse que el tipo base está consagrado en el artículo 111 del C.P., no obstante lo cual, para el caso las lesiones ocasionadas a Denis Espitia Mestra se adecuan simultáneamente a lo descrito en los artículos 112 inciso 2º, 113 inciso 2º y 115 inciso 2º por haberse presentado distintos tipos de lesión y secuelas; circunstancia que impone la aplicación del art. 117, que se ocupa del principio de unidad punitiva, de acuerdo con el cual habrá de tomarse como base para la dosificación punitiva la pena más grave, esto es, la sanción contemplada en el art. 115 inciso 2º que oscila entre cuarenta y ocho (48) y ciento sesenta y dos meses (162) meses de prisión y multa de treinta y seis (36) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Los extremos reseñados deben modificarse al tenor del art. 120 del C. Penal, toda vez que se trata de un delito culposo, por lo que la pena ha de ser disminuida de las cuatro quintas a las tres cuartas partes. En estas condiciones entonces el marco de punición varía en los términos del artículo 60 numeral 5º del C. Penal, quedando de esta manera entre 9 meses, 18 días y 40 meses 15 días de prisión. Respecto a la multa la misma irá de 5.2 a 18.8 salario mínimos legales mensuales vigentes.

Establecidos los parámetros punitivos entre los cuales debe situarse el despacho para individualizar la pena, al tenor del artículo 61 del Código Penal, el ámbito de movilidad punitiva corresponde a 30 meses 27 días, resultante de restar al extremo máximo el mínimo y que dividido en cuatro arroja cuatro cuartos de 7 meses 21 días, establecidos de la siguiente manera: un cuarto mínimo de 9 meses 18 días a 17 meses a 9 días, cuartos medios entre 17 meses a 10 días a 32 meses 21 días; último cuarto de 32 meses 22 días a 40 meses.

En cuanto a la multa como segunda pena principal, el ámbito de movilidad punitiva es de 13.6 SMLMV y con él cuatro cuartos de 3,4 SMLMV. Así, los cuartos de movilidad resultantes son los siguientes: el cuarto mínimo de 5.2 a 8.6 SMLMV, los cuartos intermedios en 8.6 a 15.4 SMLMV y, el último cuarto de 15.4 a 18.8 SMLMV

Ahora, como no concurren circunstancias de mayor punibilidad y sí en cambio de menor, la carencia de antecedentes penales, conforme a los fundamentos previstos en el artículo 61 del Código Penal, se dará aplicación al primer cuarto y de este se tomará el mínimo, para imponer una pena de **9 MESES 18 DÍAS DE PRISIÓN Y MULTA DE 8.6 SMLMV.**

Se impondrá también la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo periodo de la pena principal, de conformidad con el inciso final del artículo 52 del C.P

También, debe tenerse en cuenta que las lesiones padecidas por la víctima, tienen relación directa con el ejercicio de la profesión de médico que ejerce el acusado, lo que hace ineludible su aplicación al tenor de lo ordenado en el artículo 46 del C.P. en su tenor vigente para la fecha de los hechos<sup>32</sup>, en particular el aparte en que dispone que ella procede cuando la infracción se comete “*contraviniendo las obligaciones que de su ejercicio se deriven*”, razón por la que se le impondrá la pena accesoria descrita en el numeral 3º del artículo 43 del Código Penal, es decir, la inhabilitación para el ejercicio de la profesión, que conforme al inc. 3º del artículo 51 va seis (6) meses a veinte (20) años o 240 meses.

Sanción a la que se le aplicará el sistema de cuartos de conformidad con el art. 61 del C.P., de conformidad con lo decantado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal entre otras decisiones a través del auto con Rad. 41.511 del 4 de diciembre de 2016, M.P. Eyder Patiño Cabrera:

---

<sup>32</sup> ARTÍCULO 46. La pena de inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio, se impondrá siempre que la infracción se cometa con abuso del ejercicio de cualquiera de las mencionadas actividades, **o contraviniendo las obligaciones que de su ejercicio se deriven.**

*“Esta es la ocasión, pues se observa un yerro en la dosificación de las penas de “privación del derecho a acudir al hogar o zona de residencia de la víctima”<sup>33</sup> y de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, en tanto su tasación transgredió el principio de legalidad de la pena porque no se ajustó al sistema de cuartos previsto en el artículo 61 del Código Penal, defecto que no fue denunciado por el censor y debe ser reparado por la Sala para impartir justicia en el caso concreto”.*

Así las cosas, el ámbito de movilidad punitiva será de 234 meses y con él, cuatro cuartos de 58.5 meses cada uno, orden de ideas en el cual resultan los siguientes cuartos: un cuarto mínimo de 6 meses a 64 meses a 15 días, cuartos medios entre 64 meses a 16 días a 181 meses 15 días; último cuarto de 181 meses 16 días a 240 meses.

Pena que será impuesta en su mínimo, esto es, seis (6) meses de inhabilitación para el ejercicio de la profesión de médico, teniendo en cuenta los mismos argumentos para la imposición de las penas principales.

## **VII. DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA**

En lo que tiene relación con la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la Sala advierte que la norma aplicable al caso es el artículo 63 del C.P.<sup>34</sup> sin la modificación a él incorporada por la Ley 1709 de 2014, norma vigente a la ejecución de la conducta, de acuerdo con la cual el referido sustituto procede cuando: i. La pena

---

<sup>33</sup> Cfr. folio 11 de la sentencia de primera instancia a folios 183 del cuaderno principal. En estricto sentido, la sanción accesoria se denomina “*privación del derecho a residir o de acudir a determinados lugares*”, al tenor del artículo 51 del Código Penal.

<sup>34</sup> ARTÍCULO 63. SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA. La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres (3) años.
2. Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena. La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.

<Inciso adicionado por el artículo 4 de la Ley 890 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> Su concesión estará supeditada al pago total de la multa.

El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad concurrentes con ésta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, se exigirá su cumplimiento.

de prisión no exceda de 3 años, y ii. Los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

A los anteriores requerimientos ha de adicionarse el contenido en el artículo 68 A *ibídem* vigente para la fecha de los hechos, es decir, el correspondiente al artículo 32 de la Ley 1142 de 2007<sup>35</sup> que proscribía la posibilidad de conceder el subrogado a la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores.

En el *sub lite* la pena impuesta no es superior a 3 años y el sentenciado carece de antecedentes penales y su personalidad, por supuesto, no impone el cumplimiento intramural de la pena privativa de la libertad, razón por la cual se suspenderá la ejecución de la pena principal de prisión y las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos y la prohibición de ejercer la medicina por un lapso de dos años, efecto para el cual habrá de consignar caución por valor equivalente al 50% del salario mínimo legal mensual vigente y suscribir diligencia de compromiso en los términos del artículo 65 *ibídem*.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín integrada por los abajo firmantes, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución RESUELVE REVOCAR la sentencia de fecha, origen y contenido indicados en esta decisión, para en su lugar

PRIMERO. Declarar al ciudadano Juan Raúl Mesa Ochoa, de condiciones civiles y personales conocidas en la actuación, penalmente responsable a título de autor de las lesiones sufridas por la ciudadana Denis Espitia Mestra.

---

<sup>35</sup> ARTÍCULO 68A. EXCLUSIÓN DE BENEFICIOS Y SUBROGADOS. No se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional; tampoco la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores.

SEGUNDO. Consecuencia de la anterior declaratoria, imponer a Juan Raúl Mesa Ochoa las penas principales de **9 MESES 18 DÍAS DE PRISIÓN Y MULTA DE 8.6 SMLMV**.

TERCERO. Como penas accesorias se impondrán las de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena de prisión y la de inhabilitación para el ejercicio de la profesión de médico por un lapso de 6 meses.

CUARTO. Conceder al sentenciado la suspensión condicional de la ejecución de la pena principal de prisión y las accesorias por un lapso de dos años, previo cumplimiento de las obligaciones legales referidas en este proveído.

La presente decisión se notifica por estrados y en aplicación del precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia<sup>36</sup> contra ella solo procede el recurso de Casación.

CÚMPLASE.

LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ  
MAGISTRADO

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE  
MAGISTRADO

NELSON SARAY BOTERO

---

<sup>36</sup> Entre otras las decisiones con radicados 38.005, 45.382, 37.858, 48.012 y 48.442 todas del año anterior.

MAGISTRADO