



SALA PENAL

Magistrado Ponente:

John Jairo Gómez Jiménez

Acusatorio Ordinario.

Aprobado mediante acta 192

Medellín, diciembre quince (15) de dos mil veintidós (2022)

Mediante sentencia del pasado 5 de septiembre, el Juez Cuarenta y Cinco Penal Municipal de Medellín absolvió al señor John Jairo Fonseca Sanjuanelo como autor del delito de lesiones personales culposas causadas a Juan Camilo Betancur Villa, decisión que fue apelada por la fiscal 148 local y el apoderado de víctimas, controversia en la que participó el defensor.

Procede la Sala, siendo competente (art. 34 #1 C.P.P.) y habiéndose presentado debidas sustentaciones (art. 179 C.P.P.), a resolverlo acorde con los siguientes antecedentes y consideraciones, no sin antes dejar constancia que por el tiempo transcurrido de vigencia de la acción penal se le otorgará prelación en los turnos para fallar¹.

¹ Traslado de la acusación de enero 28 de 2020.

ANTECEDENTES

1. La sentencia.

El Juez absolvió al acusado como autor del delito de lesiones personales culposas (arts. 111 y 120 C.P.) que produjeron al señor Betancur incapacidad médico legal de 80 días (arts. 112 inc. 2 C.P.) y deformidad física permanente que afectó el cuerpo (art. 113 inc. 2 C.P.), que fue el resultado más grave para efectos de la unidad punitiva (art. 117 C.P.).

La acusación se formuló según los siguientes hechos y razones, que fueron objeto de exoneración:

i) El 30 de mayo de 2015 Juan Camilo Betancur Villa, al padecer un dolor en el cuello en horas de la tarde solicitó el servicio EMI y al arribar el médico John Jairo Fonseca Sanjuanelo y recibir la información que tenía en los glúteos biopolímeros y prótesis, le aplicó la inyección de Diclofenaco en el lado derecho del abdomen lo que le produjo en esta zona de manera inmediata y paulatina reacción adversa de enrojecimiento, ampollas, morado, quemadura química, necrotización y un hueco o úlcera.

ii) Se atribuyó un actuar imprudente por violar el deber de cuidado ya que debió abstenerse de inyectar Diclofenaco de manera subcutánea en el abdomen, pues no siendo posible en los glúteos, solo podía inyectar este medicamento en una zona

donde existiera músculos (piernas o brazos), lo que produjo efectos de deformidad física permanente en el cuerpo.

El juicio contó con los siguientes escenarios: i) se estipuló la realización de la audiencia de conciliación, que apunta al cumplimiento del requisito de procesabilidad; ii) la Fiscalía presentó como testigos a Juan Camilo Betancur Villa, los médicos legistas Juan Ramiro Rojas González y Diego Patiño Ramírez González y al perito médico Andrés Felipe Velasco Bedoya, y iii) la defensa hizo comparecer a los médicos vinculados a la auditoria médica de EMI para la época de los hechos, Alejandro Carmona Jiménez y Carlos Alberto Montoya Echeverri, y al perito médico toxicológico Hubier Eduardo Gómez Calzada, y John Jairo Fonseca Sanjuanelo rindió testimonio final.

El Juez fundamentó la absolución en que era admisible la aplicación por vía subcutánea del medicamento Diclofenaco, dependiendo de las circunstancias del paciente, tal como declararon los médicos adscritos para la época a la auditoría de EMI, al punto que no tomaron ninguna medida, y en este caso la presencia de biopolímeros permitía la auscultación de otras zonas para la inyección.

Apreció que tampoco se probó si el medicamento Diclofenaco sódico "hubiese o no" causado necrotización o daño en el cuerpo o salud si se acudiera a la vía intramuscular del "bolsillo" o la zona del deltoides como las dos únicas y exclusivas vías por la presencia de los biopolímeros,

considerando las condiciones de salud en las que se encontraba la presunta víctima, describiendo lesiones de leucoplasia vidriosa oral, asma leve intermitente, condilomatosis en región del pene, azúcar elevado..., *“todo ello son circunstancias que posiblemente influenciaron en la reacción no esperada de la aplicación vía subcutánea del medicamento; es decir su condición de inmunosupresión resalta a la vista...”*.

Encontró que no hay razones para negarle credibilidad a ninguno de los grupos en confrontación, que en síntesis fueron 7 médicos, y en cuanto a los toxicólogos, ambos con explicaciones opuestas: *“fueron claras, idóneos, e incluso en lenguaje no médico explicaron diversos términos, y aunque las mismas fueron opuestas, ninguna logró desvirtuar la otra. Por lo que para el despacho ambas tienen plena validez y credibilidad”*.

Su perplejidad fue absoluta y concluyó que: *“En suma la duda razonable surge entonces ante la existencia de una hipótesis claramente plausible, cual es que dadas las condiciones médicas particulares del paciente, es permitida la aplicación del Diclofenaco de forma subcutánea, sin que una reacción adversa pueda ser previsible, tesis que resulta contraria a la responsabilidad del procesado”*.

2. Las apelaciones.

2.1. La fiscal 148 local pretende que este Tribunal revoque la absolución y en su lugar se expida sentencia condenatoria acorde con la acusación.

Consideró que con las pruebas que presentó (médicos Juan Ramiro Rojas González, Diego Patiño Ramírez González y el médico-perito Andrés Felipe Velasco Bedoya) se demostró fehacientemente el nexo causal entre el obrar del médico acusado y el daño producido, al emplear el medicamento en una zona no permitida en ningún caso.

En particular consideró que no se probó ni aportó el protocolo de intervención de EMI, del que se dijo impedía su aplicación en el brazo, lo que significa que se podía suministrar en el muslo o por vía intravenosa. Tampoco se acreditaron los valores de glicemia y carga viral, ni la guía de intervención del Hospital San Vicente de Paúl a la que aludió el perito Gómez Calzada, quien tampoco especificó la literatura que sustentaba su dictamen y quien no distinguió entre lo subcutáneo y subdérmico, no hizo alusión a las condiciones médicas del paciente o a las publicaciones que apoyan su apreciación sobre el Síndrome de Nicolau.

Si el acusado era "médico en casa", cuestionó acerca del porqué no empleó el medicamento vía intravenosa con los objetos que tenía a su alcance, no siendo admisible el tópico del riesgo de infección o en el hombro, insistiendo que no se conoció el protocolo que lo impedía en esta última zona.

En la contradicción entre los peritos, consideró que el aducido por ella y que afirma que en ningún caso se puede emplear por vía subcutánea, debe ser el considerado, pues el de la defensa, doctor Gómez Calzada, asimiló los conceptos parenteral y subcutáneo, en su exposición no se indicó si se admitía esta última vía, y si se consulta Google, según invitación que hizo, todos los insertos de este medicamento indican que solo se debe suministrar por vía intravenosa o muscular.

De otra parte, estimó que no se probaron las condiciones especiales del paciente y no se trató de una reacción adversa o del síndrome Nicolau.

2.2. El apoderado de la víctima invocó igual pretensión. En general alegó que los argumentos y pruebas que fueron presentadas para demostrar la responsabilidad no fueron tenidos en cuenta. Por ejemplo, afirmó que se le concedió mayor valor al testimonio del acusado y no al del señor Betancur, cuando *“el peso probatorio de ambos testimonios debe tener para el fallador la misma validez”*, y teniendo en cuenta que ninguno aportó documentos adicionales.

En este orden afirmó que no fue apreciada la declaración de Juan Ramiro Rojas González, médico legista, quien describió el nexo causal y conceptuó que la única vía de aplicación del Diclofenaco es intramuscular ya que *“en ningún momento se objetó la calidad del profesional que realizó el dictamen médico legal inicial en este proceso, no se tuvo en la cuenta*

esta apreciación que al fin debería tener el mismo peso de los otros testigos”.

E igual consideración respecto al médico Andrés Felipe Velasco Bedoya, quien expuso que no fue una reacción adversa al medicamento, ni tampoco se trató del Síndrome de Nicolau, sino del empleo de un medicamento en un tejido que no es apropiado para recibir la sustancia química y como consecuencia directa se generó una lesión, añadiendo que un profesional de la salud no puede seleccionar en forma *amañada* la parte del cuerpo.

Destacó que el testigo de la defensa Alejandro Carmona Jiménez descartó que se tratara del Síndrome de Nicolau, no se probó el protocolo de intervención de EMI en la que supuestamente se negaba el suministro del medicamento en el brazo, y es especulativo y sin prueba sostener que el empleo intravenoso era arriesgado porque era portador de VIH positivo.

Del testimonio de Carlos Alberto Montoya Echeverri reiteró que el protocolo de intervención de EMI no fue allegado y *“deja claro que no se puede afirmar que el paciente estaba inmunosuprimido, ni que conociera específicamente los valores de la glicemia de mi poderdante y cualquier otra patología sobre la que el afirmara no estaba soportada, haciendo que, sus afirmaciones quedaron basadas en suposiciones y que lo que en realidad pretendía era dar apoyo a quien fuera su compañero de trabajo”.*

En cuanto el perito toxicólogo de la defensa Hubier Eduardo Gómez Calzada censuró que no allegó la publicación de un protocolo que aduce estudió, y en la página del INVIMA se observa que en ninguna de las formas de presentación del Diclofenaco está aceptada como medicamento para ser inyectado vía subcutánea, y está claro en el proceso que de lo que se está hablando es de una quemadura química y no el síndrome de Nicolau que nadie pudo probar.

En fin, no se demostró que no se pudiera aplicar en el brazo, ni tampoco por vía intravenosa ya que *"el solo hecho de ser portador de VIH no lo hace inmunosuprimido, cualquier información en contrario es mera especulación, nadie afirmó en el proceso que hubiese una real inmunosupresión"*.

Concluyó que *"la falta al deber objetivo de cuidado no se desprende de que el médico JOHN JAIRO FONSECA SANJUANELO no sea simplemente una persona prudente puesta en unas circunstancias de modo, tiempo y lugar; sino que, es una persona con unas características especiales, profesional médico, que debe tener unos conocimiento especiales obligatorios, conocimiento médico o "LEX ARTIS", los cuales, debe estar en la obligación de conocer, y no tangencialmente, sino, de manera cierta y profunda porque de cualquier otra manera le está faltando a su obligación especial de médico profesional, y su actuación al margen de esto, pone en riesgo adicional a su paciente, en este caso, mi defendido, quien fue víctima de mala actuación como profesional"*.

3. El no recurrente.

El defensor solicitó la confirmación de la sentencia absolutoria, exponiendo los siguientes enunciados de refutación: los apelantes desconocieron el nivel de prueba que se requiere para condenar; esta proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y la causalidad no es suficiente; no se logró probar la violación al deber de cuidado; no se demostró que se hubiera causado el daño, porque no se descartaron otro tipo de explicaciones; la carga de la prueba la tiene la fiscalía; con el testigo técnico de EMI se acreditó el protocolo de esta entidad, y si no realizaron un adecuado conainterrogatorio del toxicólogo de la defensa *"no pueden ahora vía recurso de alzada plantear cuestionamientos y echar de menos publicaciones, protocolos o textos científicos aludidos por el testigo perito"*.

ANÁLISIS Y CONCLUSIONES

El problema jurídico que nos corresponde resolver reside en definir si la valoración probatoria empleada por el Juez Cuarenta y Cinco penal con funciones de conocimiento de Medellín fue correcta en orden a absolver a John Jairo Fonseca Sanjuanelo como autor del delito de lesiones personales culposas causadas a Juan Camilo Betancur Villa, pues consideran los apelantes que debe ser revocada ya que estiman que se demostró que la incapacidad y deformidad permanente en el cuerpo se originó en la indebida aplicación de la inyección de Diclofenaco en zona abdominal, actuación

imprudente y violatoria del deber de cuidado, considerando la defensa que la sentencia debe ser confirmada.

El panorama probatorio se encuentra debidamente ilustrado en la sentencia y que fue retomado por las partes y el interviniente apelante, presentándose algunos hechos admitidos por todos y otros en los que se exterioriza una radical divergencia y que son, por lo demás, los esenciales para definir el problema jurídico planteado.

Veamos la secuencia en el análisis, que transita desde la tipicidad objetiva a la subjetiva, pues de los otros elementos del delito no se planteó alguna discusión.

1. El contacto social entre víctima y acusado ocurrió en la forma en que estos lo narraron y fueron fijados en la acusación. Importa reiterarlos para una adecuada ilación: en horas de la tarde del 30 de mayo de 2015, el señor Betancur Villa fue atendido en la residencia en que se encontraba en el barrio Pedregal por el médico John Jairo Fonseca Sanjuanelo, quien acudió en ejercicio de su vinculación laboral con la empresa EMI, y que ante un dolor en el cuello le suministró una inyección del medicamento Diclofenaco subcutáneamente en la parte inferior derecha del abdomen, culminando con esto la atención. No hubo otra interacción médica.

También es claro que Betancur Villa le informó previamente al galeno que tenía biopolímeros y prótesis en las nalgas y era portador de VIH positivo; el médico Fonseca sostuvo que por

esta razón cambió el procedimiento que iba a adelantar, y que desde este mismo instante de la inyección, indicó Betancur, padeció enrojecimiento y cambios en esa particular zona, luego ampollas, y recibió la información de que era una quemadura química y que hubo necrotización.

2. Igualmente no admite duda que esa herida tuvo como resultado 80 días de incapacidad para trabajar y deformidad permanente en el cuerpo. Así lo acreditaron los médicos de Medicina Legal que con este fin revisaron al lesionado, estudiaron las historias clínicas y determinaron a través de la observación directa y protocolos tales resultados.

Así lo declaró el médico legista Juan Ramiro Rojas González que observó una úlcera y tejido cicatrizal, causado por mecanismo de lesión punzante y caustico, explicando que lo primero porque hubo un elemento que tiene punta y penetra la piel y caustico porque destruye, lesiona y carcome el tejido. Determinó la incapacidad referida y la necesidad de una nueva valoración y agregó que había nexo causal entre la aplicación del Diclofenaco en esa zona y la lesión causada.

Y en forma coincidente testimonió el médico legista Diego Patiño Ramírez González que halló una cicatriz grande, hiperpigmentada y notoria, ubicada en el abdomen medioderecho y que no iba a desaparecer con el tiempo. Ratificó la incapacidad definitiva de ochenta días y determinó como secuela médico legal una deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente.

Estos profesionales, sin tacha en cuanto a su idoneidad, experiencia y las expresiones de experticia, nos permiten arribar con certeza la demostración de la tipicidad objetiva alusiva a que las lesiones produjeron incapacidad médico legal de 80 días (arts. 112 inc. 2 C.P.) y deformidad física permanente que afectó el cuerpo (art. 113 inc. 2 C.P.). La credibilidad se funda en que se trata de profesionales con experiencia en esta área de la medicina, observaron directamente la zona anatómica lesionada, y actuaron siguiendo los reglamentos, concordante sus apreciaciones con los conceptos de los peritos de la Fiscalía y defensa y del médico Montoya adscrito a EMI.

Se concluye que más allá de toda duda razonable el médico John Jairo Fonseca Sanjuanelo causó a Juan Camilo Betancur Villa las lesiones personales referidas, dimensión sustantiva que propiamente no es cuestionada y que, diferente a lo alegado por los apelantes, estas pruebas sí fueron tenidas en cuenta por el Juez y fueron valoradas positivamente para acreditar la tipicidad objetiva.

3. Decantado este primer punto alusivo a la tipicidad objetiva, a continuación, abordamos la pregunta acerca de si el acusado actuó culposamente, pues ya se ha recordado y no es necesario desarrollar argumentativamente, en Colombia la causalidad no es suficiente para la imputación jurídica del resultado y está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, tal como lo prevén los artículos 9 y 12 del Código Penal, para lo cual es menester traer a colación en este justo

punto en qué consistió la imputación formulada en la acusación.

Indicó la fiscal en su escrito:

“...que el acusado VIOLÓ EL DEBER DE CUIDADO que le era exigible, toda vez que actuó con IMPRUDENCIA, realizando una acción de la cual estaba obligado a abstenerse, consistente en aplicar la inyección de Diclofenaco de manera subcutánea en el abdomen, toda vez que dicho medicamento deberá ser inyectado en zona anatómica donde exista musculo, esto es para el caso concreto, piernas o brazos, ya que no era posible en los glúteos, lo que originó el efecto adverso que finalizó en al deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente”.

No es trascendente cierta indeterminación que observamos acerca de la modalidad de culpa específica endilgada. El artículo 21 del Código Penal consagra dos formas de culpa conocidas por la doctrina como i) consciente, con representación o previsión del resultado lesivo, identificada en la formula “...*habiéndolo previsto confió en poder evitarlo*” y ii) culpa inconsciente, sin representación o sin previsión, acorde con el enunciado de que “*debió haberlo previsto por ser previsible*”. No aludió al aspecto cognitivo, y por esto es entendible con facilidad que se trata de la segunda de las modalidades, que precisamente parte de que independiente de la previsibilidad o no del resultado, le era exigible que lo hiciera, en este caso por tratarse de un médico con experiencia.

4. La prueba de responsabilidad principal presentada por la Fiscalía reside en la declaración del perito médico Andrés Felipe Velasco Bedoya realizada el 21 de junio de 2022, y cuyo análisis en esta instancia se hará previa descripción de su contenido en su doble segmento relevante, para luego disponer su apreciación individual y en conjunto con las demás pruebas:

4.1. Interrogatorio.

- Informó que es médico cirujano especialista en toxicología clínica, labora como docente en varias universidades (UDEA y CES) y además se desempeña como profesional especializado forense adscrito al Instituto de Medicina Legal y Ciencia Forense en varias áreas, especialmente atendiendo informes en toxicología y farmacología desde el mes de septiembre de 2001, a más de su práctica particular; calculó de dos a tres dictámenes semanales desde el 2006 con el título de especialista y con varias publicaciones.
- Conceptuó que el Diclofenaco, empleado para el tratamiento del dolor y la inflamación y se puede encontrar en tabletas, inyecciones, gel y ungüentos, se aplican a todos los pacientes salvo alergias y según el INVIMA, se debe suministrar por las vías oral, intravenosa (solo el sódico) e intramuscular, (que serían estas lo parenteral), y también en la dermis por gel o ungüentos o colirios. En ningún caso está autorizado en

zona subcutánea, porque puede generar por efecto directo una necrosis y en el caso de que hay implantes en los glúteos, se permite en las áreas bolsillo o deltoides.

- Aclaró que conoce de un estudio en el exterior que sugiere por vía subdérmica siempre que sea diluido y de manera lenta, pero la normatividad vigente, la que "nos debemos regir...", no faculta la preparación especial para este uso. Inclusive, como los libros de vademécum o de farmacología deben ceñirse a lo aprobado por el INVIMA, no conoce ninguna publicación que defienda esa vía.
- Concluyó que en este caso y una vez que se le puso de presente la documentación, hay nexo de causalidad y los dictámenes de los médicos legistas son consistentes y los ratifica, ya que están acorde con el protocolo de Instituto de Medicina Legal aceptado a nivel nacional y tiene como métodos la observación directa y clínica, análisis de la información obtenida y el relato del lesionado.
- Precisó que no se trató de una reacción alérgica sino una respuesta directa a los componentes suministrados. La inyección causó necrosis del tejido, daño y secuelas y añadió de paso que con VIH positivo e inmunosuprimidos no hay mayor riesgo de hacer fascitis necrotizante o el síndrome anotado. Que tuvo como elementos copia de los dictámenes y anexos,

documentación clínica de EMI y formato de noticia criminal.

- Y aseveró en forma categórica que para el 2015 (época de los hechos según especificidad por la que se le preguntó) hasta enero de 2021, la forma de aplicación empleada por el médico Fonseca, no está permitida.

4.2. Contrainterrogatorio.

Destacamos las siguientes preguntas y respuestas:

- Señaló que solo consultó para el 2021 la página del INVIMA.

PREGUNTADO: para la fecha de los hechos que fue en mayo de 2015 y en la actualidad en Colombia el INVIMA tiene aprobado la aplicación del Diclofenaco vía subcutánea en ampolla de 75 mgrs.? CONTESTO. No señora fiscal, para tal efecto se puede constatar en la documentación anexa al concepto médico que habla sobre el listado de medicamentos aprobados (*...par de palabras inaudibles..*) con una página del INVIMA, documento PDF a enero de 2021². (Agregó en un momento posterior que fue el momento en que recibió el cuestionario y consultó la página www.invima.gov.co).

² Hora 1:42:46

- No revisó el 2015 y especuló acerca de que, en todo caso, no debía de haber alguna autorización.

PREGUNTADO: Verificó si para la fecha de los hechos 2015 hubo una alguna presentación de Diclofenaco sódico por vía parenteral. CONTESTO: no lo realice, pero es poco probable que si lo hubiese...³.

- Ante la pregunta del defensor, en el que le hizo notar que su perito verificó las presentaciones de 43 laboratorios, 13 de los cuales indicaba que el INVIMA aprobó el uso parenteral desde 2005 hasta el 2019, los cuales que fueron descritos, contestó:

"...parenteral es que atraviesa la piel (...) uno no puede hacer el símil de parenteral al subcutáneo, sino que se tiene que ir directamente al inserto del medicamento que diga parenteral, intramuscular, venoso o subcutáneo. Ninguna de las presentaciones de Diclofenaco existente a la fecha del 2021 y anterior a ella, dice en el inserto que se puede colocar subcutáneo y por tanto la afirmación del abogado es imprecisa⁴".

- Interrogado acerca de si consultó las casas fabricantes, admitió que sí, pero solo para el 2021 que es cuando se realiza la consulta, no para la fecha de los hechos porque no había forma de hacerlo. Ante la pregunta del defensor

³ Hora 1:50:50

⁴ Hora 1:54:00

acerca de que su perito sí las había examinado, denunció que esa información entonces está desactualizada. Agregó que inclusive preguntó a tal sección o departamento de la Universidad de Antioquia (no resulta claro en el interrogatorio), y ante constancia de la defensa acerca de que esa indagación fue por el empleo intravenoso, aclaró que por la discusión del caso, se llegó al enunciado de que no estaba aprobado a la subdérmica.

—Y explicó en relación con el Síndrome de Nicolau que también produce necrosis y daño químico y deambuló acerca de que no necesariamente se sabe porque se causa, que para un adecuado diagnóstico se debe hacer una biopsia y que puede haber predisposición personal.

De cara a la discusión, no habiendo duda acerca del conocimiento, idoneidad y experiencia del perito, la Sala advierte dos importantes debilidades de esta prueba reveladas en el conainterrogatorio y que no permite concederle la pretendida absoluta persuasión que plantean los apelantes, en cuanto a sus alcances demostrativos:

Primero, que la consulta que hizo en el INVIMA fue para el 2021, momento de elaboración del dictamen, y no para el 2015, que fue la fecha de ocurrencia de los hechos. Incluso el perito justificó su grave omisión al señalar que eso fue lo que le mostró la página y no los años anteriores. Es, sin duda, la admisión de una inaceptable negligencia.

Y segundo, la Sala atendió de manera especial el momento en que el defensor le puso de presente al testigo que su perito sí había obtenido la información que revelaba que 13 fabricantes autorizaban el uso del Diclofenaco en forma parenteral (del 2005 al 2019), documento que ingresó al juicio, y cuya respuesta nos llena de perplejidad, como si hubiera sido descubierto inesperadamente por su grave omisión, lanzando justificaciones inadmisibles e impensadas: i) indicó que el perito de la defensa estaba desactualizado, ignorando que se juzgan hechos del 2015 y ii) adujo, entonces, que debía verificarse el inserto de las cajas de suministro para establecer las contraindicaciones o forma de uso, lo que significa que estaba admitiendo que el INVIMA sí permitía para el 2015 el uso parenteral del medicamento y ofrecía un dato de corroboración adicional que, destacamos, a la fiscal no le importó indagar, pues, recuérdese, optó por no conainterrogar al acusado.

Decimos que la única prueba, porque el testimonio del médico legista Juan Ramiro Rojas González, fuera de ratificar que es el INVIMA el que determina la forma de empleo del medicamento, conceptuó que el Diclofenaco no admite el uso subcutáneo y cuya fuente de apreciación, destacamos, reside en sus recuerdos universitarios, que no sabe si para el 2015 estaba considerado, ni tampoco consultó a esta entidad. Se trató de una inadmisibile opinión sin fundamento o soporte.

5. Estos espacios de duda dejados por la prueba de la Fiscalía considerada de manera individual, que, recuérdese se

completan con una interpretación *favor reí*, (es decir, acorde con la siguiente regla: *que el médico Fonseca sí estaba autorizado por el INVIMA para su aplicación en forma subcutánea para el 2015*), se intensifican al verificar los testigos y el perito que hizo comparecer la defensa. Es el examen en conjunto de la prueba, nuestro objetivo a continuación.

6. Acerca de lo ocurrido después del hecho que se juzga, esto es, en el mes y día del año 2015 al interior de EMI, empresa de salud prestadora de servicios de atención médica a domicilio, en la que labora el acusado y que obviamente sus funcionarios revisaron, efectuaron atenciones médicas posteriores y verificaron el procedimiento. En un extraño movimiento litigioso, la fiscal desistió del testigo Montoya, pero la defensa hizo comparecer a este y al médico Carmona del área de auditoría.

Alejandro Carmona Jiménez (médico general y con especialización en gerencia hospitalaria, auditor de EMI entre otras funciones) y cuya importancia reside en que dirigió el seguimiento presencial y telefónico del paciente. Consideró que el medicamento era el pertinente, así como la dosis y zona. Opinó que no era posible en los glúteos porque estaba contraindicado, no había otra zona y la literatura española, de la que identificó un texto, autoriza la aplicación de esa forma.

Carlos Alberto Montoya Echeverri (médico y especialista en auditoria médica y para el 2015 era auditor médico nacional

y continúa trabajando en la empresa) también conceptuó que el medicamento en su dosis, vía y pertinencia fue correctamente aplicado. Se trató de una quemadura química producto de una reacción adversa no previsible y no debido a un error.

En cuanto a la zona subcutánea explicó que la literatura médica de origen español que identificó, lo permite. En los glúteos está contraindicado y en el brazo, zona deltoide, el protocolo de la entidad no lo tenía permitía por haber riesgo de lesión en los nervios y por vía intravenosa el Grupo EMI tampoco se aplica por el peligro de lesión renal.

Y por último resaltamos que tuvo conocimiento de que era VIH positivo, con posibilidades de inmunodeficiencia, sífilis, antipresivos, cifras elevadas de glicemia que sugería intolerancia a la glucosa, y problemas de cicatrización. Aunque no estaba en su historia clínica en EMI y no tuvo acceso a la de la EPS, fue informado por el paciente.

De esta prueba critican al unísono los apelantes, que los testigos no allegaron los respectivos protocolos de EMI que indicaban que no se podía suministrar el medicamento en el brazo o por vía intravenosa, lo cual ciertamente es una refutación muy débil. Por supuesto, siempre para los jueces es deseable que las partes presenten la mejor y completa evidencia, pero ante un sistema de libertad de prueba, la ausencia de tal o cual corroboración, en este caso documental, no inhibe la capacidad demostrativa del testimonio. Es un

conocimiento que ante ausencia de refutación es suficiente para inhibir la prueba de cargos, y era a la Fiscalía por la carga de la prueba que le atañe en nuestro sistema penal, auscultar este escenario de prueba, ya que está vinculado directamente con la definición de los procedimientos que debía observar el médico acusado.

El problema que observamos es diferente.

Llama la atención que los médicos de EMI, que al unísono testimoniaron que el acusado había actuado correctamente y que podría considerarse que no tenían plena imparcialidad en sus apreciaciones, pues ambos continúan trabajando para EMI, suministran un dato inseguro y rechazable y otro no descartable. Lo primero, porque aludieron a que la fuente de su estimación era la bibliografía española que en forma general identificaron, no las regulaciones del INVIMA, esto es, abandonan la fuente primigenia de discusión, y en cuanto a lo segundo, hicieron referencia a un protocolo interno que impedía la aplicación del medicamento en el brazo y por vía intravenosa, por supuesto que podría ser relevante para definir el procedimiento general y aceptado, y que los apelantes atacan por ausencia de prueba, cuando, en lo que concierne a la Fiscalía es evidente la sinuosidad de su alegato pues no sólo era la que tenía la carga de descubrir esta información que reconstruía todas las variables de la Lex Artis, sino que en la sesión del 23 de mayo de 2022 optó por renunciar a la práctica del referido auditor médico de EMI, Carlos Alberto Montoya.

7. Pero, en especial, la prueba de refutación de la defensa reside en el perito toxicólogo Hubier Eduardo Gómez Calzada, quien se presentó como médico especialista en toxicología (agosto del 2000), docente por 20 años en pre y posgrados y diplomados, con varias vinculaciones a asociaciones y comités y destacó su intervención en la aprobación de la guía de aplicación del medicamento Diclofenaco del Hospital San Vicente de Paul, y expuso como fuentes de su concepto pericial: literatura, la guía referida y el INVIMA.

Este perito rebatió la exposición del médico Andrés Felipe Velasco Bedoya en los aspectos principales de manera radical, como si nos hubieran traído dos conocimientos opuestos que no han sido resueltos por la ciencia, la Lex Artis y menos en este juicio.

Consideró que la vía parenteral autorizada para el Diclofenaco hace alusión a cuatro vías: intramuscular, intravenosa, subcutánea y subdérmica.

Detalló que el concepto del perito de la Fiscalía esta desactualizado, ya que revisó en el INVIMA 43 productos de registros de Diclofenaco, entre los cuales 13 cuentan con aprobación parenteral que admitía, entonces, la aplicación subcutánea sin ninguna restricción; si hubiera alguna o un direccionamiento, así se registraría. Su fuente es el INVIMA (con los cuadros respectivos que leyó y se agregó al informe pericial que obra), asimismo literatura (que también identificó) y agencia de medicamentos europeos.

Opinó que el Síndrome de Nicolau podría explicar lo sucedido. Reveló que es una reacción rara, impredecible y se halla en investigación (también lo dijo el perito de la Fiscalía) y que inclusive esos efectos hubieran podido ocurrir si se suministra el medicamento en forma intramuscular o subdérmica.

Concluyó que se trata, por tanto, de una reacción imprevisible o inevitable.

En fin, esta exposición no fue refutada con la prueba de la Fiscalía y, como ya lo habíamos analizado, no la debilita la ausencia de tal o cual corroboración.

8. El acusado en su declaración se presentó como médico cirujano graduado en el 2005 y desde 2008 ingresó a EMI, donde labora actualmente como médico general.

Destacamos que explicó que su actuación en cada uno de sus pasos tuvo un fundamento y razón, todos los cuales advertimos que no fueron refutados por la prueba de la Fiscalía, así:

i) Que cuando le iba a aplicar la inyección en las nalgas recibió la información de que el paciente tenía biopolímeros en el glúteo, replanteando el procedimiento para aplicar por subcutánea que *“era la vía más segura seguir”*; ii) que la intravenosa no estaba autorizada por EMI, a más de que en un portador VIH no se conoce la carga viral, estaban en un

ambiente prehospitalario y había riesgo de infección; iii) por protocolo de la empresa, en el brazo tampoco, deltoides, por el riesgo de pulsión de nervios, y iv) en el muslo, como estaba cerca de las nalgas, no se sabía si había migración de los biopolímeros. Señaló que fueron 75 miligramos, en la historia clínica que leyó en su testimonio no referenció la casa fabricante y a la fiscal no le interesó conainterrogar, omisión que ahora estimamos relevante pues su perito había afirmado que en todo caso había que revisar el inserto del medicamento.

9. Con este panorama de análisis, de una vez anticipamos que la Sala llega a la misma conclusión del Juez de instancia. Las dudas razonables referenciadas impiden reconocer el superior conocimiento para condenar.

Examinados los diferentes alegatos, la Sala debe dejar claro que la solución a la controversia planteada en esta instancia no reside en determinar si se demostró con certeza que el médico acusado actuó correctamente, tópico al que quiere reconducir los apelantes la discusión en algunos de sus argumentos (si se quiere tácitamente), pues estiman que debió la prueba de la defensa haber enseñado protocolos y fuentes documentales de corroboración; no se olvide que ese superior conocimiento solo es exigido para condenar a una persona⁵. Más bien, la definición del caso se ubica en

⁵Artículo 7: “Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda”.

Artículo 372: “Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe”.

establecer si un obrar imprudente puede ser descartado con base en una facticidad mínima, pues esta posibilidad conlleva a que el principio del *in dubio pro reo* conduzca a la solución más favorable⁶.

Es que, recordemos, este principio rector proyectado a la valoración probatoria permite determinar la forma cómo se definen las zonas oscuras que no fueron probadas. Ferrajoli en su texto "Derecho y Razón", en desarrollo de las divergencias que se pueden presentar entre "*la verdad procesal y el modelo ideal de la correspondencia*", explica que en un modelo garantista se activan criterios de tipo normativo para determinar la verdad, entre otros, "*el favor rei en caso de duda, tiene la función de colmar los márgenes de incertidumbre en todo caso intrínsecos a la verdad procesal*"⁷.

La Sala no tiene que declarar cuál es el procedimiento correcto y seleccionar una de las opciones. Que son increíblemente antagónicas, como si este Tribunal tuviera que definir el estado de la ciencia en la aplicación del Diclofenaco. Nada más absurdo. Es suficiente con reconocer que hay dudas sobre el actuar imprudente atribuido en la acusación.

El obrar culposo, en este caso de profesionales de la medicina, debe realizarse acorde con la determinación de cuál es la Lex Artis que rigen el procedimiento específico causante del daño

Artículo 381: "Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio".

⁶ Artículo 7: "La duda que se presente se resolverá a favor del procesado".

⁷ Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Madrid, Ed. Trotta S.A., 2 ed, 1997, P. 60.

que se está examinando. El artículo 12 de la Ley 23 de 1981, "Por la cual se dictan normas en materia de ética médica", precisamente prevé que "*El médico solamente empleará medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas*".

La Sala de Casación Penal de la Corte en la sentencia del 22 de mayo de 2008 (radicado 27357), indicaba que:

"...frente a una posible conducta culposa, el juez, en primer lugar, debe valorar si la persona creó un riesgo jurídicamente desaprobado desde una perspectiva ex ante, es decir, teniendo que retrotraerse al momento de realización de la acción y examinando si conforme a las condiciones de un observador inteligente situado en la posición del autor, a lo que habrá de sumársele los conocimientos especiales de este último, el hecho sería o no adecuado para producir el resultado típico⁸. En segundo lugar, el funcionario tiene que valorar si ese peligro se realizó en el resultado, teniendo en cuenta todas las circunstancias conocidas ex post".

Y respecto a la Lex Artis la definió como:

"...el empleo de las técnicas o procedimientos conocidos en el ejercicio de la profesión, como también aquellos métodos que la experiencia va decantando como los mejores, no solo en cuanto a técnica en sí, sino a hechos prácticos; la *lex artis* se

⁸ "Cfr. Molina Fernández, Fernando, Antijuridicidad penal y sistema de delito, J. M. Bosch, Barcelona, 2001, pág. 378".

refiere a esas técnicas, métodos y costumbres más usados por convenientes y beneficiosos en el diagnóstico, tratamiento y terapéutica de los pacientes⁹.

Y en la dictada el 11 de abril de 2012 (rad. 33920), con mayor extensión enseñó:

Es de este modo claro que la obligación del galeno de actuar con el cuidado que el ordenamiento le impone para evitar la creación o intensificación de un riesgo innecesario –fuera del admitido en la praxis- y la consecuente realización de un daño relacionado con la fuente de riesgo que debe custodiar, determina la asunción de la posición de garante que se materializa en no ejecutar ninguna conducta que perturbe la idoneidad del tratamiento médico especializado que la ciencia y las normas jurídicas mandan en cada evento o, en otras palabras, en adecuar su comportamiento al cuidado que le es debido de acuerdo con las fórmulas generales de la actividad.

De esta manera, si la conducta del médico, no obstante crear o aumentar un riesgo se manifiesta dentro del ámbito del peligro que la comunidad normativa ha edificado como límite a la práctica médica respectiva y, en todo caso, se produce el resultado infausto o, si consolidado el daño –agravación de la condición clínica primaria, por ejemplo- el galeno respeta las pautas o protocolos tendiendo a aminorar los riesgos propios de la intervención corporal o psíquica o, si pese a la creación o, incremento del peligro permitido, la

⁹ *Medicina legal, criminalística y toxicología para abogados*. Solórzano Niño, Roberto. Editorial TEMIS, 1990. Pág.132.

acción comisiva u omisiva no se representa en un resultado dañino derivado necesariamente de aquella y relevante para el derecho penal o en todo caso, este se realiza por fuera del espectro de protección de la norma, o se constata que no había un comportamiento alternativo dentro del ámbito de guarda del bien jurídico que hubiera podido impedir la consumación censurada, no habrá lugar a deducir el delito de omisión impropia, también llamado de comisión por omisión.

Para establecer si el facultativo violó o no el deber objetivo de cuidado y, con ello, creó o amplió el radio de acción del riesgo porque su actuar lo situó más allá del estándar autorizado o relevante, es imprescindible determinar cuál es el parámetro de precaución –protocolo, norma, manual, baremo o actividad concreta conforme a la *lex artis*¹⁰- que se debía aplicar al caso específico o que hipotéticamente podría haber empleado otro profesional prudente -con la misma especialidad y experiencia- en similares circunstancias, para enseguida, confrontarlo con el comportamiento desplegado por el sujeto activo del reato.

Y es que si hay una actividad peligrosa en la que se debe consentir la existencia de un riesgo permitido, esa es la medicina. En verdad, se admite cierto nivel de exposición al daño inherente a su ejercicio, en tanto se trata de una ciencia no exacta cuya práctica demanda para el colectivo social la necesidad de aceptar como adecuada la eventual frustración de expectativas de curación o recuperación, siempre que no se trascienda a la

¹⁰ Entendida como el conjunto de reglas científicas o de la experiencia verificables y actuales que integran el conocimiento aprobado por la comunidad científica.

estructuración de una aproximación al daño evitable o no tolerado.

En esa medida, se debe ser muy cuidadoso al establecer si una conducta superó o no el riesgo permitido. Sobre el particular, ROXIN¹¹ señala que este aspecto marca el punto desde el que se avanza a la edificación de la imprudencia. Con ese propósito, si bien en algunos casos eficiente suele ser la revisión del cumplimiento de las reglamentaciones sanitarias que rigen determinada práctica, atendiendo el carácter dinámico de esta ciencia y la multiplicidad de actividades terapéuticas y asistenciales que para el tratamiento de cada patología coexisten, lo indispensable es acudir a los parámetros de la *lex artis* –objetivos, consensuados, vigentes y verificables- y determinar, si el método o técnica científica aplicada por el galeno, así parezca ortodoxo o exótico –que no experimental o improvisado y en todo caso avalado por la comunidad científica-¹², satisfizo la expectativa de recuperación, curación o aminoración de la aflicción, trazada desde un inicio y si por consiguiente, el bien jurídico protegido se mantuvo a salvo.

Con esta reflexión importa inicialmente rechazar las argumentaciones de las apelantes alusivas a que, si se hubiera hecho tal o cual otro diferente procedimiento, el daño no se hubiera causado, por ejemplo, que se debió haber utilizado en el brazo o vía intravenosa, se indicó con insistencia una y otra vez. Incluso, la fiscal apelante, en

¹¹ ROXIN, Claus. Derecho penal. Parte General. P. 66.

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

defensa del suministro intravenoso, se atrevió a señalar que por su conocimiento personal como usuario de estos servicios médicos, estos se valen de instrumentos como *“un gacho para colgar la ropa, un mueble, un marco de puerta o cualquier objeto donde pueda sostener la solución salina que contiene el medicamento y hasta en ocasiones el mismo paciente sostiene la bolsa de suero para su aplicación”*¹³. Nada más desacertado. Ya es un órgano de prueba y se ubica la apelante con un conocimiento superior conocimiento y en una posición muy cómoda de no refutar las explicaciones del acusado acerca del porqué descartó otras alternativas posibles.

El examen es *ex ante*, posicionados en el contexto y circunstancias del autor previo a los hechos, donde se examina la fuente de los juicios médicos, y no después, en los que se caracterizan por una opinión especulativa pues siempre se aviene en que el resultado era evitable. Siempre el daño no se va a producir. El médico acusado, como acabamos de referir, explicó razonablemente el porqué cambió la intervención y el motivo técnico por la cual excluyó otras opciones, algunas dentro del protocolo de EMI, ninguna refutada.

Entonces, ¿cuál era el procedimiento que se debía seguir, el que demos indagar para examinar la conducta imprudente o no del médico acusado?

¹³ Texto original en mayúsculas y corregido.

La prueba de la Fiscalía y de la defensa apuntan a tener como escenario principal las regulaciones del INVIMA, así lo declararon en especial los médicos de la fiscalía Juan Ramiro Rojas González y Andrés Felipe Velasco Bedoya y de la defensa Hubier Eduardo Gómez Calzada. Este último, por supuesto, fue más concreto en identificar las fuentes bibliográficas de sus apreciaciones, tal como observamos de su exposición y que fueron registradas en el informe pericial. No descartamos que "el actuar prudente" fundado en la experiencia puede ingresar supletivamente, pues en la actividad médica no todo está reglamentado de manera rigurosa, siendo este un flanco que tampoco fue abordado.

En esta principal perspectiva concluimos que la Fiscalía no demostró para el 2015 cuáles eran esas regulaciones y, en consecuencia, quedaron a salvo las apreciaciones del perito de la defensa que indicaban lo contrario. Otras fuentes son inadmisibles tales como invitar a que esta Sala indague en Google la información, la opinión de la UDEA, experiencias personales cuando acuden a EMI o que ocurría en el INVIMA seis años después de los sucesos (fiscal), el recuerdo de los estudios universitarios o si otros colegas habían hecho este tipo usos que se juzga (testigos). Son todas opiniones rechazables: unas por imposibilidad de su verificación y otras porque no se conectaron con el día de los hechos objeto de juzgamiento.

Otros procedimientos o técnicas admitidas en la medicina que se trajeron al juicio y que integrarían también la Ley Artis,

quedaron huérfanos de prueba o en un plano de contradicción probatoria por la defensa. Sobre lo primero, el medicamento empleado, la casa fabricante y los insertos de contraindicaciones no fueron auscultados, pese a que el perito de la Fiscalía destacó su importancia, relevancia que no admite duda. Y en cuanto a lo segundo, el protocolo autorizado y sus restricciones al interior de EMI, respecto a los cuales, como ya vimos, la defensa hizo comparecer a dos auditores médicos para la época de los hechos y que aseveraron que la actuación del médico acusado fue correcta, quedaron sin refutación.

La reconstrucción fáctica y jurídica que se le exige al ente acusador es la que se hallaba vigente al momento de los hechos, pues no se puede olvidar que "el tipo penal culposo" es abierto y de reenvío, y para completar el precepto prohibitivo, específicamente la determinación de los deberes de cuidado de naturaleza normativa o incluso social, es necesario acudir a "*lo preexistente al acto que se imputa*", por aplicación evidente y obvia del principio de legalidad. Esta carga de la prueba no la cumplió la Fiscalía.

Con lo anterior es suficiente para conservar la absolución decretada por el Juez Cuarenta y Cinco Penal Municipal.

Lo demás, acerca de si la situación de salud del señor Betancur pudo incidir o que no se descarta el tal Síndrome de Nicolau, todos los que la abordaron, testigos de las Fiscalía y la defensa, suministraron sus opiniones, igualmente

radicalmente antagónicas. Al respecto, tenemos claro, que del estado de salud del señor Betancur (carga viral, glicemia...) solo quedó registro por la información que este suministró y/o que hizo parte de la historia clínica de EMI (según los auditores lo testimoniaron), pues lo ocurrido en la EPS no fue revisado. Si era importante y decisivo, era el conocimiento científico el que se debía haber allegado por las partes al juicio.

En todo caso, por lo que hemos expuesto no es necesario dilucidar este tópico alegado por los apelantes, tal como el Juez optó por enfrentarlo y admitir como posibilidad. Es que, repárese, *"a contrario sensu"*, si efectivamente se hubiera demostrado que para el 2015 el INVIMA en ningún caso autorizaba la aplicación del Diclofenaco en zona subcutánea, en fin, que esa era la Lex Artis, (o las otras opciones vistas: insertos del medicamento o protocolos de la entidad) el médico que en contravía lo hubiera hecho, hubiera asumido un riesgo jurídicamente desaprobado y cuyo resultado podría serle imputable, aun con preexistencias y exámenes adicionales.

En conclusión, no se descarta razonablemente que el acusado actuó conforme a la Lex Artis y en consecuencia no hubo una infracción al deber de cuidado, que es la fuente que define a la culpa acorde con el artículo 21 del Código Penal, y, en consecuencia, el daño causado no es imputable jurídicamente al autor.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

FALLA

Confirma la sentencia que por apelación se revisa. Se informa que procede el recurso de casación y cítese a audiencia para su notificación, si es del caso virtual.

CÓPIESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS



PIO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN