



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

HUGO QUINTERO BERNATE
Magistrado Ponente

SP3218-2023

Radicación N° 54707

Aprobado Acta N°. 209

Bogotá D.C. ocho (8) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Resuelve la Corte los recursos extraordinarios de casación presentados por la fiscalía y el apoderado de víctimas contra la sentencia proferida el 16 de noviembre de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, mediante la cual confirmó el fallo del 23 de abril de 2018 emitido por el Juzgado 3° Penal del Circuito de Conocimiento de la misma ciudad, que absolvió a las procesadas LUISA INERY BARÓN GARCÍA y YENIS CASTILLO CASTILLO del delito de homicidio culposo.

HECHOS

El marco fáctico fijado por la Fiscalía en la acusación señala que en la madrugada del 15 de octubre de 2007, en la IPS Universitaria de la ciudad de Medellín –entonces IPS Clínica León XIII— Luz Nelly Cañas Zapata ingresó por urgencias a procedimiento quirúrgico de cesárea. Allí, LUISA INERY BARÓN GARCÍA, en calidad de ginecobstetra, y YENIS CASTILLO CASTILLO, instrumentadora quirúrgica, con aparente desconocimiento de la *lex artis* respecto del conteo de gasas, dejaron en la fosa iliaca izquierda de la paciente una tetra que generó su muerte el 19 de diciembre de ese año.

El deceso de la nombrada se produjo con posterioridad a las siguientes intervenciones en el referido centro hospitalario:

El 8 de noviembre de 2007, fue hospitalizada con diagnóstico de endometritis poscesárea, absceso tubovárico, tromboflebitis del miembro inferior izquierdo. Fue dada de alta el 22 de noviembre bajo tratamiento anticoagulación.

El 30 de noviembre siguiente ingresa nuevamente a hospitalización por trombosis venosa profunda, recibiendo tratamiento anticoagulante y estudios para determinar el origen de síndrome febril.

El 11 de diciembre se reporta por primera vez un cuerpo extraño en la fosa iliaca izquierda, a través de lectura de placa RX, cuya extracción se llevó a cabo el día 17 siguiente.

Luz Nelly Cañas Zapata falleció el 19 de diciembre de 2007

como consecuencia de las complicaciones en su salud derivadas del olvido de una tetra en la fosa iliaca izquierda, ocurrida en la cirugía urgente de cesárea practicada en la madrugada del 15 de octubre de 2007.

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

El 24 de junio de 2014, ante el Juzgado 16 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín, se formuló imputación contra LUISA INERY BARÓN GARCÍA y YENIS CASTILLO CASTILLO como coautoras del delito de homicidio culposo, conforme al artículo 109 del Código Penal. Los cargos no fueron aceptados y no fue solicitada medida de aseguramiento¹.

El 14 de septiembre de 2014, la fiscalía radicó escrito de acusación en contra de las procesadas², sin variación en la calificación jurídica, cuya formulación efectuó el 2 de febrero de 2015 ante el Juzgado 3º Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Medellín.³

Celebrado el debate oral y público⁴, el 23 de abril de 2018 el juzgado de conocimiento emitió sentencia de carácter absolutorio. La decisión fue recurrida por la delegada de la fiscalía y el representante de víctimas.

¹ Folio 25, C.O. 1.

² Folios 26 a 35 C.O.1.

³ Folio 59 a 60 C.O. 1.

⁴ La audiencia preparatoria se llevó a cabo los días 25 de septiembre y 6 de octubre de 2015 (folios 89 a 97 C.O.1) , y el juicio oral se adelantó en sesiones del 25 de enero de 2016 , 14 de marzo de 2017, y 2 de febrero, 19 de abril y 23 de marzo 2018.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, en decisión del 16 de noviembre de 2018, confirmó la determinación.

Dentro de los términos establecidos, la delegada de la fiscalía y el apoderado de víctimas interpusieron cada uno recurso extraordinario de casación. La Corte, mediante auto del 30 de julio de 2019, admitió la demanda, y corrió traslado a las partes e intervinientes para su sustentación.

DEMANDAS DE CASACIÓN

1. Fiscalía

Al amparo del artículo 181, numeral 1 de la Ley 906 de 2004, postula un único cargo en contra de la sentencia de segundo grado, así:

Violación directa de la ley sustancial, por interpretación errónea del artículo 109 del Código Penal

Por la senda de la causal primera, indica la censora que erró el Tribunal al confirmar la sentencia absolutoria proferida a favor de LUISA INERY BARÓN GARCÍA y YENIS CASTILLO CATILLO, por cuanto interpretó erróneamente el artículo 109 del Código Penal. Manifiesta que la sentencia de segundo grado no se ajusta a los preceptos de la teoría de imputación objetiva, violación del deber objetivo de cuidado, posición de garante y el principio de confianza, según ha establecido la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal —cita la sentencia SP8759-2016, radicado 41245—.

Derivado de lo anterior, acusa que el juez de segunda instancia, “*elevó*” una indebida tarifa legal respecto de los delitos culposos, que lo llevó a concluir la ausencia de responsabilidad de las acusadas, luego de estimar insuficientes las pruebas practicadas.

En verdad, según señala, fue demostrada la infracción al citado deber respecto del protocolo médico vigente para el conteo de gasas. Sin que se pudiera predicar, contrario a lo afirmado por el juez de segundo grado, que dicha labor correspondiera o bien simplemente a una tarea asignada a una persona distinta a las acusadas o que estas confiaron que lo realizaría un tercero o que el desatino cometido pudiese excusarse en razón de la complejidad de la cirugía practicada.

Sustentada en estas consideraciones, solicita a la Sala casar la sentencia impugnada y emitir fallo de carácter condenatorio.

2. Representante de víctimas

Propone dos cargos, ambos al amparo del artículo 181, numeral 3 de la Ley 906 de 2004, por desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de las pruebas. Al respecto, se advierte que su disertación está orientada a demostrar yerros de naturaleza probatoria, los cuales habrían confluído en generar un error en torno a la ausencia de responsabilidad declarada por el Tribunal.

Señala que el *ad quem* desconoció la historia clínica de Luz Nelly Cañas Zapata, pues según la nota realizada allí por la ginecobstetra, el conteo de gasas se advirtió completo tras llevar a

cabo la cirugía de cesárea. Sostiene que ello es falso, pues “*la cosa*” encontrada en el cuerpo de la paciente indica lo contrario, además insiste en que tal afirmación, indujo en error al equipo médico que trató posteriormente a la paciente por las complicaciones de ahí derivadas.

Enfatiza en la omisión del Tribunal sobre el protocolo médico aportado para el conteo de gasas, pues este establece que quienes realizan las cuentas finales deben firmar los registros y se consideran responsables. En ese orden, si el conteo en verdad no estaba completo, se hace patente el error médico en el que incurrió LUISA INERY BARÓN GARCÍA al plasmar lo contrario en la historia clínica.

Frente a YENIS CASTILLO CASTILLO alude que, aún cuando en la cesárea actuó simultáneamente como ayudante quirúrgica e instrumentadora, el recuento de gasas lo realizó una vez terminado ese acto quirúrgico. Luego, no son acciones simultáneas y por ello, en contravía de lo señalado por el sentenciador de segundo grado, no puede aceptarse que haber fungido como ayudante en el procedimiento pueda excusarla de los errores cometidos en el conteo de gasas bajo su rol como instrumentadora.

Insiste en que, a través del testimonio de la auxiliar de enfermería Nora Nelly Medina Acevedo, fue probado que la instrumentadora antes citada verificó el conteo de gasas, lo cual derivó de su parte en la creación e incremento de un riesgo desaprobado para la paciente que se materializó en la lesión del bien jurídico vida.

Del mismo modo, advierte que la “*cosa habla por sí misma*”, esto es, que la gasa dejada por las acusadas en el cuerpo de la paciente ocasionó su deceso, sin que pueda justificarse que el conteo incorrecto de gasas se debió a la naturaleza urgente de la cirugía, como si solo en aquellos procedimientos programados debiese cumplirse con los protocolos.

Bajo esos presupuestos, alega que de haber tenido en cuenta tales aspectos, la decisión recurrida habría sido condenatoria.

Solicita dejar sin efectos y emitir una sentencia en el sentido indicado.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

Recurrentes

1. Representante de víctimas

Reiteró los argumentos expuestos en la demanda. Se refirió al fundamento de los cargos y solicitó a la Sala casar la sentencia impugnada.

2. Fiscal 9ª Delegada ante la Corte Suprema de Justicia

Advierte que, contrario a lo concluido por el Tribunal, fue probado el nexo entre la conducta negligente y el desvalor de resultado, debido a que el olvido en la práctica médica no es un riesgo permitido.

Afirma que, la médico cirujana expuso a la paciente a un riesgo injustificado ante un evento previsible, cuyo resultado tenía la posibilidad de evitar si en el marco de su deber objetivo de cuidado, hubiese procedido con cautélela y rigor, es decir, contando y corroborando el conteo que efectuó finalmente YENIS CASTILLO CASTILLO. Sin embargo, lo cierto es que el conteo de gasas no fue completo y hubo negligencia de quienes estaban llamados a hacer el control debido.

Primero, por parte de la instrumentadora, pues la auxiliar de enfermería Nora Nelly Medina afirmó que aquella realizó por segunda vez el conteo, diciendo de viva voz que estaba completo, pero sin haber obrado conforme al deber de cuidado exigido. Refiere que en este caso el principio de confianza entre cirujana e instrumentadora se rompe, dado que la primera no obró diligentemente al no corroborar el conteo de tetras.

Segundo, los testimonios rendidos por los médicos especializados no fueron tenidos en cuenta, pues su correcta apreciación impide concluir que el cirujano se encontraba excluido del conteo *“porque así lo tiene establecido la práctica médica”*. Alude que el Tribunal concluyó, a partir del protocolo de conteo de gasas, que los responsables del mismo son el instrumentador, la auxiliar de enfermería y el coordinador de cirugía. Empero, señaló que este no puede ser asimilado al cirujano, sin explicar la razón de su inferencia y pese a que el citado protocolo no realiza tal distinción.

Concluye que las procesadas, conforme a sus respectivos roles en la cirugía, quebrantaron los principios de *lex artis* y por ende

incrementaron el riesgo superior permitido y contribuyeron al resultado ilícito que se les atribuye.

Solicita revocar fallo absolutorio. Declarar penalmente responsables a las acusadas de homicidio culposo y proferir condena.

Alegatos de no recurrentes

1. Procuradora 3^a Delegada ante la Casación Penal

Tras hacer referencia a la jurisprudencia de esta Corporación acerca de los elementos que permiten afirmar la configuración del delito imprudente por vía de aplicación de criterios de imputación objetiva, señala que si bien la actividad de la ginecóloga, LUISA INERY BARÓN GARCÍA, incrementó injustificadamente el riesgo, asumió las funciones que le eran exigibles dadas las condiciones específicas del caso, dado que se trataba de una cirugía de gran complejidad causada por la pérdida de sangre de la paciente y la posibilidad de que esta fuera portadora del virus de VIH.

Destaca que asiste razón al Tribunal al sostener que el conteo de gasas no constituye una *lex artis* para los cirujanos, puesto que ello se delega a una instrumentadora o auxiliar de enfermería en virtud del principio de confianza, y porque de extenderle tal carga, no se ajustaría a sus posibilidades reales volver a realizar el conteo.

Por el contrario, de acuerdo con lo establecido en el protocolo de conteo de gasas aportado al juicio, concluye que ello

corresponde a una labor de la instrumentadora o auxiliar. Por tanto, enfatiza que era YENIS CASTILLO CASTILLO quien tenía ese deber, atendiendo que la posición de garante frente a la paciente no se predica solo de la cirujana sino también del instrumentador. Señala que así fue referido por los expertos que acudieron al juicio, al referir que el conteo de gasas es un acto quirúrgico que corresponde a la instrumentadora.

De modo que, en su concepto, la instrumentadora quirúrgica incumplió la *lex artis* al no contar debidamente las gasas, incrementado el riesgo permitido cuando finalmente reportó como completo el conteo a la cirujana, quien confió en ello.

Solicita casar parcialmente la sentencia, emitir condena frente a YENIS CASTILLO CASTILLO y mantener la absolución de LUISA INERY BARÓN GARCÍA.

2. Apoderado de LUISA INERY BARÓN GARCÍA.

Aduce la falta de técnica e incumplimiento de requisitos formales en las demandas presentadas por la fiscalía y la representación de víctimas y, por ende, su incapacidad de derruir la presunción de legalidad y acierto del fallo impugnado.

Con todo, enfatiza que si las censuras se dirigen contra la apreciación o valoración probatoria efectuada por el Tribunal, debe recordarse que, conforme se estableció en juicio, no corresponde a la ginecobstetra realizar el conteo de las compresas, en virtud del principio de confianza. Señala que previo a terminar el procedimiento, la cirujana pregunta al

respecto y, si le comunican que el conteo ha arrojado un resultado “completo”, procede a suturar para culminar la cirugía.

Pidió, en consecuencia, no casar el fallo censurado.

3. Apoderada de YENIS CASTILLO CASTILLO

En relación con la instrumentadora afirma que, ante la complejidad de la cirugía que debió practicarse a Luz Nelly Cañas Zapata, ejecutó varias funciones diversas a su rol. Luego, tal y como coligió el *ad quem*, no puede responder por un conteo de gasas que fue realizado por otras personas, ya que el único que realizó fue el conteo final.

Solicitó no acceder a las pretensiones y mantener el fallo de segunda instancia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Problema jurídico

En atención a que los evidentes defectos de las demandas de casación presentadas se entienden superados con su admisión, no hay lugar a descalificarlas en razón de aspectos técnico formales. Ello, de conformidad con el criterio según el cual, el recurso extraordinario, en tanto mecanismo de control constitucional y legal de las providencias judiciales, tiene por

propósito, al tenor del artículo 180 de la Ley 906 de 2004, hacer efectivo el derecho material, respetar las garantías de quienes intervienen en la actuación, reparar los agravios inferidos a las partes y unificar la jurisprudencia.

En ese orden, la Sala precisa que los cargos formulados comportan una sola acusación porque denuncian que el fallador de segunda instancia, ignoró las pruebas de acuerdo con las cuales las procesadas no actuaron conforme con la *lex artis* y violaron el deber objetivo de cuidado, en relación con el conteo de gasas en un procedimiento quirúrgico, como elemento normativo de imputación.

En consecuencia, el objeto de pronunciamiento será estrictamente el examen de la violación o no al deber objetivo de cuidado en la práctica de la cirujana y la instrumentadora quirúrgica y, si con ello, aumentaron o elevaron un riesgo no permitido, para así determinar si se concretó en el resultado ya conocido.

2. Marco normativo y jurisprudencial.

Las cuestiones planteadas en los escritos de las demandas tienen como premisa común discutir aristas derivadas directa o indirectamente de la imputación objetiva, toda vez que versan sobre la posibilidad de la atribución del resultado lesivo a las procesadas, por presunto desconocimiento y violación a los deberes objetivos de cuidado en el área de la medicina quirúrgica.

La jurisprudencia de la Sala tiene establecido que la teoría de imputación objetiva exige que el resultado puede ser atribuido

a un agente, siempre que este haya creado o incrementado un riesgo jurídicamente desaprobado, el cual se realiza o concreta en el resultado típico.⁵

Esta teoría, que encuentra asidero normativo en el artículo 25 de la Ley 599 de 2000, permitió replantear aquellas tesis que fundan el concepto de autoría exclusivamente en la causalidad, es decir, en el vínculo entre la acción o el resultado.

La jurisprudencia de la Corte (CSJ, SP, sentencia del 22 mayo de 2008, rad. 27357) ha precisado la evolución y los elementos de la imputación objetiva, así:

“En conclusión, de acuerdo con la evolución doctrinaria y jurisprudencial del delito imprudente, lo esencial de la culpa no reside en actos de voluntariedad del sujeto agente, superando así aquellas tendencias ontologicistas que enlazaban acción y resultado con exclusivo apoyo en las conocidas teorías de la causalidad -teoría de la equivalencia, conditio sine qua non, causalidad adecuada, relevancia típica-, sino en el desvalor de la acción por él realizada, signado por la contrariedad o desconocimiento del deber objetivo de cuidado, siempre y cuando en aquella, en la acción, se concrete, por un nexo de causalidad o determinación, el resultado típico, es decir, el desvalor del resultado, que estuvo en condiciones de conocer y prever el sujeto activo”.

“2.2. En la doctrina penal contemporánea, la opinión dominante considera que la realización del tipo objetivo en el delito imprudente (o, mejor dicho, la infracción al deber de cuidado) se satisface con la teoría de la imputación objetiva, de acuerdo con la cual un hecho causado por el agente le es jurídicamente atribuible a él si con su comportamiento ha creado un peligro para el objeto de la acción no abarcado por el riesgo permitido y dicho peligro se realiza en el resultado concreto”.

“Lo anterior significa que si la infracción al deber de cuidado se concreta en el desconocimiento de la norma de cuidado inherente a actividades en cuyo ámbito se generan riesgos o puesta en peligro de

⁵ Acerca de la evolución y los elementos de la imputación objetiva ver, entre otras, CSJ SP 04 Abr 2003 Rad. 12742; SP 20 May 2003 Rad. 16636; SP 20 Abr 2006 Rad. 22941; SP 22 May 2008 Rad. 27357; SP 11 Abr 2012 Rad. 33920; SP 26 jun 2013 Rad. 38904; SP 29 Jun 2016 Rad. 41245; SP 28 Jun 2017 Rad. 46438; SP 10 abr 2019 Rad. 46766; SP 27 Abr 2022 Rad. 52728.

bienes jurídicamente tutelados, es necesario fijar el marco en el cual se realizó la conducta y señalar las normas que la gobernaban, a fin de develar si mediante la conjunción valorativa *ex ante* y *ex post*, el resultado que se produjo, puede ser imputado al comportamiento del procesado”.

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

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

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

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

“2.3.2. Tampoco se concreta el riesgo no permitido **cuando, en el marco de una cooperación con división del trabajo, en el ejercicio de cualquier actividad especializada o profesión, el sujeto agente observa los deberes que le eran exigibles y es otra persona perteneciente al grupo la que no respeta las normas o las reglas del arte (lex artis) pertinentes. Lo anterior, en virtud del llamado principio de confianza, según el cual ‘el hombre normal espera que los demás actúen de acuerdo con los mandatos legales, dentro de su competencia’** (CSJ, SP, sentencia del 20 de mayo de 2003, rad. 16636)”. (Negrilla fuera del original)

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

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

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

De manera que, en adición a la causalidad natural entre acción y resultado, la atribución jurídica de la responsabilidad culposa exige que el agente con su comportamiento haya creado o elevado un riesgo no permitido por las reglas conforme a las cuales debía desarrollar su actividad y, asimismo, que el riesgo se materialice en un resultado lesivo, pues conforme al artículo 9 de la Ley 599 de 2000, *la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.*

Ahora, en relación con estructuración de conductas punibles imprudentes en el ejercicio de la profesión médica, la teoría de la imputación objetiva también ha sido acogida por la jurisprudencia de la Sala, ante la evidente insuficiencia de la causalidad natural para atribuir un resultado antijurídico en ciertos casos.

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

En la sentencia SP del 27 de octubre de 2009, Rad. 32582, la Sala puntualizó que una vez determinado el nexos, es imprescindible confrontar si por causa del agente se creó o incrementó el riesgo jurídicamente desaprobado para la producción del resultado. De esa manera, una vez comprobada la necesaria causalidad natural, la imputación del resultado requiere verificar si la acción del autor generó o incrementó un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado lesivo.

El tema fue examinado en forma amplia en la providencia CSJ SP 22 May de 2008 Rad. 27357, reiterada en las decisiones SP 06 Jun de 2013 Rad. 38904, SP 29 Jun de 2016 Rad 41245 y SP1315-2019 Rad 46766, en donde se precisó:

“...el profesional de la medicina no es ajeno a la eventualidad de ejecutar acciones disvaliosas capaces de afectar la salud, la integridad personal e incluso la vida, lo que ocurre cuando habiendo asumido voluntariamente la posición de garante frente a su paciente, esto es, en los términos del numeral 1° del artículo 25 del Código Penal, arrogándose la «protección real de una persona (...)\”, aquél no guarda el deber objetivo de cuidado que conforme a la lex artis le es inmanente y, como consecuencia de ello, le causa un daño antijurídico.

Claramente, el aumento del riesgo normativamente tolerable puede llegar a defraudar la expectativa que en torno a la idoneidad del galeno se debiera predicar por ser portador de un título académico y de la experiencia que lo autoriza y legitima para ejercer la profesión; ello, siempre y cuando la violación del estándar socialmente admitido se realice tras la asunción efectiva de la posición de garante, esto es, con el diagnóstico, tratamiento o postratamiento capaz de causar un efecto nocivo y correlacional del bien jurídicamente tutelado, que se habría podido evitar —por ser previsible— de haberse actuado con las precauciones técnicas del caso.

Es así que, la posición de garante surge desde el primer momento en que el facultativo inicia la atención médica y es justamente este

el punto de partida desde el cual le es exigible la obligación de velar por la curación, mejoría o aminoración de la condición aflictiva de la salud de su paciente, hasta el límite de realizar la acción posible indicada en la lex artis para cada patología, en los términos estrictos del compromiso arrojado de forma potestativa —no se requiere un contrato formal—⁶.

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

«El médico no puede desprenderse de cualquier forma del paciente a quien ha comenzado a atender, toda vez que la suerte de este último se encuentra estrechamente vinculada a la práctica iniciada por el facultativo, quien se ha convertido en el exclusivo conductor de su proceso de sanación.

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

Por tal motivo, si no se encuentra en condiciones fácticas o técnicas de prestar un servicio eficaz para conjurar el mal debe colocar al paciente en un centro de mayor complejidad o ante un profesional que, durante el lapso de tiempo que el enfermo se encuentre bajo su órbita, se entiende que ha asumido el riesgo de su cuidado⁷.»⁸

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

⁶ “Conforme al artículo 5° de la Ley 23 de 1981 «[l]a relación médico-paciente se cumple en los siguientes casos:1. – Por decisión voluntaria y espontánea de ambas partes.2. – Por acción unilateral del médico, en caso de emergencia.3. – Por solicitud de terceras personas.4. – Por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad privada o pública.”

⁷ “De igual manera, quien interrumpe un tratamiento conducido por otro médico y asume la conducción del tratamiento, en definitiva, está asumiendo el riesgo, haciendo renunciar al paciente a otra clase de protección, cuestión que lo hace responsable en los términos del riesgo asumido (JACOBS, Estudios de Derecho Penal, p. 348 y ss.)”

⁸ “CHAIA, Rubén A. Responsabilidad Penal Médica. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 2006. p. 71.”

comportamiento al cuidado que le es debido de acuerdo con las fórmulas generales de la actividad.

De esta manera, si la conducta del médico, no obstante crear o aumentar un riesgo se manifiesta dentro del ámbito del peligro que la comunidad normativa ha edificado como límite a la práctica médica respectiva y, en todo caso, se produce el resultado infausto o, si consolidado el daño —agravación de la condición clínica primaria, por ejemplo— el galeno respeta las pautas o protocolos tendiendo a aminorar los riesgos propios de la intervención corporal o psíquica o, si pese a la creación o, incremento del peligro permitido, la acción comisiva u omisiva no se representa en un resultado dañino derivado necesariamente de aquella y relevante para el derecho penal o en todo caso, este se realiza por fuera del espectro de protección de la norma, o se constata que no había un comportamiento alternativo dentro del ámbito de guarda del bien jurídico que hubiera podido impedir la consumación censurada, no habrá lugar a deducir el delito de omisión impropia, también llamado de comisión por omisión.

*Para establecer si el facultativo violó o no el deber objetivo de cuidado y, con ello, creó o amplió el radio de acción del riesgo porque su actuar lo situó más allá del estándar autorizado o relevante, es imprescindible determinar cuál es el parámetro de precaución —protocolo, norma, manual, baremo o actividad concreta conforme a la *lex artis*⁹— que se debía aplicar al caso específico o que hipotéticamente podría haber empleado otro profesional prudente —con la misma especialidad y experiencia— en similares circunstancias, para enseguida, confrontarlo con el comportamiento desplegado por el sujeto activo del reato.*

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

En esa medida, se debe ser muy cuidadoso al establecer si una conducta superó o no el riesgo permitido. Sobre el particular, ROXIN¹⁰ señala que este aspecto marca el punto desde el que se

⁹ “Entendida como el conjunto de reglas científicas o de la experiencia verificables y actuales que integran el conocimiento aprobado por la comunidad científica.”

¹⁰ “ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. P. 66.”

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—¹¹, satisfizo la expectativa de recuperación, curación o aminoración de la aflicción, trazada desde un inicio y si por consiguiente, el bien jurídico protegido se mantuvo a salvo.

[...]

Una lista —no exhaustiva, por supuesto— de las precauciones que con carácter general debe atender el profesional de la medicina se podría integrar con las obligaciones de i) obtener el título profesional que lo habilita para ejercer como médico y especialista o subespecialista en determinada área, lo que no significa que la posición de garante surja natural de la simple ostentación de aquel, pues se demanda la asunción voluntaria del riesgo, o sea de la protección de la persona, ii) actualizar sus conocimientos con estudio y práctica constante en el ámbito de su competencia, iii) elaborar la historia clínica completa del paciente, conforme a un interrogatorio adecuado y metódico iv) hacer la remisión al especialista correspondiente, ante la carencia de los conocimientos que le permitan brindar una atención integral a un enfermo, v) diagnosticar correctamente la patología y establecer la terapia a seguir¹², vi) informar con precisión al sujeto, los riesgos o complicaciones posibles del tratamiento o intervención y obtener el consentimiento informado del paciente o de su acudiente¹³, vii) ejecutar el procedimiento —quirúrgico o no— respetando con especial diligencia todas las reglas que la técnica médica demande para la actividad en particular y, viii) ejercer un completo y constante control durante el postoperatorio o postratamiento, hasta que se agote la intervención del médico tratante o el paciente abandone la terapia.

¹¹ “De acuerdo con el artículo 12 ejusdem, «[e]l médico solamente empleará medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas».”

¹² “En los términos del artículo 10 de la Ley 23 de 1981, «[e]l médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente».”

¹³ Al tenor del artículo 15 ejusdem, el médico debe pedir el consentimiento del paciente «para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que pueden afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente».”

Tal como se viene sosteniendo, no basta la constatación de la infracción al deber objetivo de cuidado para atribuir el comportamiento culposo; tampoco el incremento o creación del riesgo no permitido. Se insiste, la conducta negligente del facultativo debe tener repercusión directa en el disvalor de resultado, pues si la lesión o la muerte de la persona sobreviene como derivación de situaciones al margen de la práctica médica o por alguna táctica distractora del tratamiento asumida por parte del paciente —autopuesta en peligro o acción a propio riesgo—, no habría lugar a imputar el delito imprudente al galeno, pues sería a aquél y no a éste, entonces, a quien se debería atribuir la contribución al desenlace transgresor del interés jurídico tutelado.”

Con base en las precisiones consignadas, la sala responderá los cargos de las demandas a efectos de verificar la legalidad y acierto de la decisión impugnada frente a cada una de las procesadas. Con ese propósito, primero, hará referencia a los hechos probados en las instancias y, posteriormente, señalará los presupuestos que conllevaron la absolución declarada por las instancias, para finalmente si la valoración probatoria llevada a cabo se compagina con la postura jurisprudencial que se viene de señalar.

3. Fundamento de las decisiones de instancia

El Juzgado 3° Penal del Circuito con Funciones de Medellín absolvió a las acusadas **LUISA** INERY BARÓN GARCÍA y YENIS CASTILLO CASTILLO, tras concluir que no violaron el deber objetivo de cuidado, dado que, según estimó, el resultado fue el producto de circunstancias ajenas a la *lex artis*.

De un lado, estableció que la ginecobstetra cumplió con todas las obligaciones médicas que le exigía la cirugía de cesárea

y la cesación de la hemorragia derivada de la ruptura de la arteria uterina de la paciente. Afirmó que, desde una perspectiva ex ante y conforme a un observador inteligente, no bastaba el nexo de causalidad entre la acción y el resultado, pues era necesario demostrar el comportamiento imprudente del sujeto activo, lo cual no fue el caso.

Primero, refirió que el Protocolo sobre el conteo de gasas aportado a la actuación no señala la obligación en cabeza de la cirujana de realizar el conteo de gasas junto con la instrumentadora. Allí, por el contrario, se establece que la responsabilidad recae en el instrumentador quirúrgico y la auxiliar de enfermería circulante, pero no así en el cirujano que interviene en el procedimiento.

Además, encontró que no fue demostrado que dicho protocolo fuese el vigente para la época de los hechos dado que establece que el registro de conteo se realiza en un tablero borrable; sin embargo la instrumentadora Ana María Ramírez dijo que para el año de los hechos, el conteo se realizaba con pinzas; y además, que para ese momento las instrumentadoras no hacían ese registro, lo cual sólo cambió hasta el 2011.

Segundo, enfatizó que la cirugía practicada fue de extrema complejidad, pues la cesárea practicada se presentó bajo circunstancias anormales. Refirió que hubo complicaciones derivada de la posición en podálica incompleta, se rompió arteria uterina de la paciente, fue hallado un mioma de gran tamaño y se presentó un accidente laboral por la caída de sangre en el ojo de la cirujana, quien pese a tener gafas, desconocía en ese

momento si se había contagiado de VIH, dado que el compañero permanente de la paciente era portador de ese virus.

Tercero, las condiciones en las cuales se practicó la cirugía no fueron ideales porque los equipos quirúrgicos estaban incompletos. Ello, al punto de que uno sólo debió atender dos cirugías urgentes, lo cual impidió que la ginecobstetra pudiese contar con la asistencia de un ayudante profesional, siendo asumida por la instrumentadora YENIS CASTILLO CASTILLO.

Concluyó entonces que LUISA INERY BARÓN GARCÍA cumplió con sus funciones como ginecobstetra. No era su función intervenir activamente en el conteo de gases y una vez obtuvo la comunicación de su verificación como completo, procedió a hacer lo que le correspondía: cerrar la cavidad abdominal de la paciente.

En relación con la instrumentadora YENIS CASTILLO CASTILLO afirmó que no observó nexo causal de determinación entre la acción desplegada por ella y el resultado. Advirtió que, ante la falta de equipo cirujano, aquella debió realizar funciones adicionales a las propias que le impidieron llevar a cabo el conteo de gases inicial. Esa función, sostuvo, al parecer la realizó la auxiliar Luz Marina Ochoa Uribe.

Luego, señaló que la elevación de manera injustificada del riesgo al bien jurídico fue consecuencia directa de la Clínica León XIII, al no haber garantizado la presencia del equipo quirúrgico completo.

Refirió, entonces, que la instrumentadora creyó, bajo el principio de confianza, que las auxiliares habían realizado el conteo inicial de gasas de manera correcta y, por tanto, una vez constatado el conteo final, lo reportó como completo, de manera que, la instrumentadora no podía responder por el conteo de quien inició la cirugía.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, confirmó la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado de Conocimiento, luego de concluir que, aun cuando el deceso de Luz Nelly Cañas Zapata tuvo génesis en las complicaciones de salud derivadas del olvido de una tetra en su fosca ilíaca izquierda, que ocurrió en la cirugía de cesárea practicada en la madrugada del 15 de octubre de 2007 en la Clínica León XIII, no era posible atribuir la violación del deber objetivo de cuidado a las acusadas que se hubiese materializado en tal resultado.

Como premisa común, en relación con el rol desempeñado por las procesadas, el *ad quem* puso en duda **I)** la vigencia del protocolo aportado a la actuación y, por consiguiente, que este constituyera el parámetro de comportamiento exigible a las acusadas en el desempeño de sus roles. Lo anterior debido a: el documento no cuenta con fecha de aprobación o vigencia alguna; contradicciones entre lo especificado en el protocolo y distintos testimonios que detallan la forma de proceder por la época. **II)** La responsabilidad del conteo de gasas recae en la instrumentadora y en las auxiliares de enfermería circulantes, al punto de que una vez aquel se le reporta como completo, correspondía al cirujano proceder con el cierre de la herida. **III)** El conteo de gasas fue

reportado completo. Bajo esa premisa, sostuvo que, aun cuando la acusada la BARÓN GARCÍA reportó y consignó en la historia clínica “*conteo de gasas completo*”, no podía olvidarse que ello tuvo lugar porque así le fue comunicado. **IV)** La actividad desarrollada por la ginecobstetra se adecuó a los parámetros establecidos en la *lex artis*. En consecuencia, el sentenciador de segundo grado advirtió que el registro efectuado en la historia clínica de la paciente por la cirujana BARÓN GARCÍA sobre el conteo completo de gasas fue realizado con fundamento “*en lo reportado por la instrumentadora y la enfermera auxiliar, pues así ello no se hubiera hecho constar por escrito por aquellas en la historia clínica, lo cierto es que con apoyo en la prueba testimonial el mismo sí se reportó en el acto de manera verbal*”.

V) Aplicación del principio de confianza por el personal médico que atendió la urgencia. Se podía confiar en lo informado, sin tener motivos para supervisar las actuaciones del compañero y, menos aún, tener que proceder a su recuento. **VI)** Análisis detallado de las circunstancias en las cuales se produjo el olvido de la tetra en el cuerpo de la víctima, precisando las circunstancias *ex ante* y *ex post*. –no se trató de una cirugía programada, sino de urgencia. en la cirugía se presentó el desgarró de la arteria uterina del lado izquierdo, la cual produjo abundante sangrado, por lo que debe ser controlada de inmediato so pena de poner en peligro la vida de la materna– **VII)** Equipo quirúrgico incompleto para atender la urgencia, lo que ocasionó que el personal presente supliera labores que no les correspondían. La auxiliar de enfermería Mónica Sánchez fue la persona que preparó la mesa quirúrgica y es quien firma la historia clínica –el aparte del conteo de gasas final e inicial-. **VIII)** La instrumentadora YENIS CASTILLO, no efectuó el conteo inicial de gasas. **IX)** Al iniciarse la cesárea la instrumentadora YENIS CASTILLO, participaba en la finalización de otro procedimiento quirúrgico.

Basado en lo anterior, confirmó la absolución a favor de las acusadas, en tanto no arribó al grado de certeza requerido para condenar.

Hechos probados

De acuerdo con las pruebas legal, regular y oportunamente practicadas en juicio, se tienen como probados los siguientes hechos, que igualmente fueron advertidos en las sentencias de instancia:

1. El 15 de octubre de 2007, sobre las dos de la mañana, Luz Nelly Cañas Zapata, en situación de embarazo, arribó por urgencias a la IPS Clínica León XIII, por remisión que hiciera la Unidad Intermedia de Manrique de la ciudad de Medellín. Ello, debido a la ruptura temprana de membranas y presentación del feto en podálica incompleta que se presenta, según explicaron los ginecobstetras que declararon en juicio oral, cuando existe prolapso de una de las extremidades del feto por el canal vaginal. El parto debía ser realizado con **urgencia** por cesárea en razón del **riesgo** para la gestante, debido a las prolongaciones de la incisión y desgarros, así como la dificultad de expulsión; y para el feto, dadas las posibilidades de que sufriera secuelas por daño neurológico. La paciente reportó, conforme se desprende de su historia clínica, que su compañero permanente **era portador de VIH**.

2. Al inicio del procedimiento médico, en el quirófano se encontraban la ginecobstetra LUISA INERY BARÓN GARCÍA, el anesthesiólogo José Fernando Arango Aramburo y la auxiliar de enfermería Luz Marina Ochoa Uribe, quien se **encargó** del “montaje” de la cirugía. Luego de empezar la misma, la citada auxiliar salió del quirófano e **ingresaron** YENIS CASTILLO CASTILLO, instrumentadora quirúrgica, y las auxiliares Nora Nelly Medina Acevedo y Mónica Sánchez, quienes habían salido de atender una operación de aneurisma abdominal.
3. De acuerdo con el testimonio de los especialistas, médicos, ginecobstetras, instrumentadoras quirúrgicas y auxiliares de enfermería que concurrieron a juicio, la cirugía fue **complicada** y **difícil**, no solamente por la forma de presentación del feto sino porque, además, al realizar la primera incisión la ginecobstetra encontró en la paciente un mioma de 10x15 cm y se **desgarró** la arteria uterina del lado izquierdo, produciendo abundante sangrado que debió ser controlado de inmediato debido al riesgo de que la intervenida sufriera un shock hipovolémico que derivara en su muerte. Igualmente, en razón del profuso sangrado, pese a que la cirujana contaba con gafas de protección, **le cayó sangre en uno de sus ojos**.
4. A fin de proceder con la hemostasis de la arteria, la ginecobstetra debió solicitar a **ayuda, a gritos**. Acudió nuevamente al quirófano la auxiliar Luz Marina Ochoa

Uribe que, en **compañía** de YENIS CASTILLO CASTILLO, ayudó a secar, aspirar y detener el sangrado. Ello, puesto que para ese día el equipo de la clínica **no contaba con un ayudante de cirugía**, pese a que, conforme se explicó en juicio por los profesionales de la medicina que allí intervinieron, se requería para atender debidamente las complicaciones presentadas.

5. YENIS CASTILLO no estuvo durante la **iniciación de dicha cirugía** porque estaba finalizando de atender una operación de aneurisma abdominal en otra sala de cirugía.
6. En virtud de la ausencia de personal mínimo para atender el procedimiento quirúrgico de urgencia –no se contaba con ayudante de cirugía— YENIS CASTILLO CASTILLO, no sólo debió cumplir con sus funciones como instrumentadora, sino que, además, debió ocuparse de algunas que no le correspondían, para así prestar colaboración a la Dra. LUISA INERY BARÓN.
7. Sobre las cuatro y media de la mañana, efectuada la hemostasis y practicada la cesárea que derivó en el nacimiento de un varón, una vez se efectuó el **conteo final** de gasas por parte de la auxiliar de enfermería Lorena Vásquez, conforme declaró en juicio la auxiliar de enfermería Nora Nelly Medina Acevedo, la instrumentadora YENIS CASTILLO CASTILLO **verificó** el conteo y dijo en voz alta que este se encontraba

completo. La ginecobstetra BARÓN GARCÍA procedió a suturar la cavidad abdominal.

8. Tal y como obra en la historia clínica de la paciente, la doctora BARÓN GARCÍA reportó el “*conteo completo de gasas*”. De acuerdo con el testimonio de Nora Nelly Medicina Acevedo, auxiliar de enfermería, al final del procedimiento vio que quien contó las gasas era Lorena Vásquez **-quien no compareció a juicio-**, mientras Medina Acevedo escribía. Sus anotaciones no obran dentro de la actuación. En esa oportunidad, adujo que YENIS CASTILLO CASTILLO verificó el conteo y así lo reportó a la cirujana de viva voz. Así mismo, figura el formato de preparación quirúrgica en el cual la auxiliar de enfermería Mónica Sánchez **-quien no compareció a juicio-** firmó y diligenció el apartado “*conteo de gasas*”: como “*número inicial*” plasmó un signo ilegible acompañado de un “0” y, debajo escribió el número “39”, a la par que, como número final de conteo consignó el número “39”.
9. Luz Nelly Cañas Zapata falleció el 19 de diciembre de 2007, como consecuencia de las complicaciones en su salud derivadas del olvido de una tetra en la fosa iliaca izquierda, ocurrida en la cirugía de cesárea practicada en la madrugada del 15 de octubre de 2007, en concreto por “*reacción adherencial que ocasiona una sintomatología y que al ser retirada quirúrgicamente desencadena una serie de complicaciones (perforación intestinal, filtración y peritonitis) que termina con una falla multisistémica y la muerte*”, según informe del médico forense de medicina legal, Jorge Iván Pareja Pineda.

Lo anterior, pues si bien es cierto que no fue practicado examen patológico a la evidencia encontrada en la laparotomía exploratoria realizada a Cañas Zapata el 14 de diciembre de 2007, pues no fue ordenado por el cirujano Francisco Claver Hoyos Figueroa, lo cierto es que a partir del testimonio del nombrado, así como el resultado del TAC de abdomen contrastado previamente efectuado a la nombrada por el radiólogo Luis Guillermo Álvarez Barrera, el resultado de la radiografía simple ordenada por el médico Antonio González Mazuelo, las declaraciones de las auxiliares de enfermería y la instrumentadora quirúrgica que participaron en la laparotomía, Marisela Buitrago, Adriana Luna y Ana María Rodríguez, respectivamente, se probó que la evidencia encontrada dentro del abdomen de Cañas Zapata correspondía a un cuerpo extraño, específicamente, a una tetra.

10. El caso de Luz Nelly Cañas Zapata fue examinado por el Comité de Evitabilidad de la IPS Clínica León XIII llevado a cabo el 19 de febrero de 2018 y dictaminó que su deceso era evitable. Después de estudiar la historia clínica de la nombrada y considerarla como un paciente de alto riesgo por contacto con VIH, los integrantes del comité advirtieron que la cesárea practicada fue **urgente y complicada**. Tras referir el accidente de trabajo –por caída de sangre en el ojo de la cirujana— afirmaron que ello *“incrementó el stress del equipo”*.

En ese contexto, sostuvo que *“se presenta evento adverso, se dejó tetra en abdomen”*. Sobre el punto, llamó la

atención que se reportara “conteo de gasas completo, lo cual se agravó por la demora en el diagnóstico del cuerpo extraño”, ya que **(i)** la paciente reingresó sin sintomatología abdominal que pudiera orientar el diagnóstico; **(ii)** desde su última hospitalización el 30 de noviembre de 2007, presentaba signos de shock como hipotensión y **(iii)** pese a que haberse solicitado servicio de interconsulta con médico de UCI, este no se realizó y nadie insistió. Como plan de mejoramiento dispuso solicitar al servicio de cirugía el procedimiento de control de conteo de gasas estipulado y establecer su verificación. Así mismo, capacitar a los médicos acerca de los signos de shock a fin de ser identificados a tiempo y, con ello, se lleve a cabo un manejo más “precoz”.

El comité de evitabilidad, estableció que para la intervención quirúrgica del 15 de octubre de 2007, no se contaba con el equipo suficiente para abordar esa cirugía. Tampoco se tenía un ayudante quirúrgico que prestara colaboración a la ginecobstetra encargada de llevar a cabo la operación.

- 11.** No **existe certeza** en torno a la vigencia del Protocolo de conteo de gasas –de la IPS Clínica León XIII— para el 15 de octubre de 2007, que fue introducido a juicio por la Fiscalía.

Tal aserto, toda vez que el documento puesto a disposición por la Fiscalía carece de fecha de creación y existen dudas en cuanto a que ese documento, enviado por la IPS al órgano de persecución penal, fuese el vigente para la fecha de los hechos objeto de juicio.

Primero, porque el auditor en Salud de la IPS Clínica León XIII, Jhon Jairo Mosquera Castillo, refirió que el envío del documento estuvo a cargo del Departamento de Calidad, sin que correspondiera a él verificar si aquel era el vigente, sumado a que aludió que dicho protocolo ha tenido modificaciones, sin especificar cuáles ni cuándo. **Segundo**, si bien el documento establece las actividades que deben llevar a cabo los responsables del conteo de gasas, específicamente, la instrumentadora quirúrgica y auxiliar de enfermería circulante, precisa que el registro se realiza en un tablero borrable ubicado en cada quirófano; sin embargo, la instrumentadora Ana María Rodríguez Payares, sostuvo que el registro de gasas para el 2007 se hacía con pinzas adheridas al delantal de las auxiliares o en la mesa de cirugía.

Tercero, la citada profesional y la perito en instrumentación quirúrgica Clara Inés Arango Mendoza, señalaron que sólo desde hacía tres años, se había empezado a apuntar el conteo de gasas en tablero, porque antes se hacía con esparadrapos. Y, además, explicaron que las instrumentadoras

quirúrgicas, contrario a lo dispuesto en el protocolo introducido a juicio, no realizaban anotaciones en la historia clínica para el 2007, habilitación que, para la fecha de juicio, poco antes se les había permitido.

12. La labor de conteo y verificación de gasas en la Clínica León XIII, no correspondía a la cirujana o ginecobstetra sino a la **instrumentadora quirúrgica y auxiliar circulante de enfermería**.

Los especialistas ginecobstetras, las instrumentadoras y las auxiliares de enfermería circulantes que rindieron testimonio declararon al unísono que el conteo de gasas no corresponde al cirujano, sino al instrumentador quirúrgico y al auxiliar circulante de enfermería. Ello, al punto de que, cuando estos reportan que el referido conteo se halla completo, el cirujano procede a realizar el cierre de la herida.

La **dinámica** desarrollada para el conteo de gasa, por lo general se efectuaba de la siguiente manera: **Conteo inicial** –a cargo de la instrumentadora–, **conteo final** –a cargo de la auxiliar de enfermería circulante–, y, **verificación del conteo** a cargo de las dos. –se aplicaba el principio de confianza—.

13. **Yennis castillo no efectuó el conteo inicial de gasas.** La procesada al momento de iniciarse la

intervención quirúrgica –cesárea urgente– estaba prestando labores de recuperación en otra cirugía.

- 14.** La urgencia y complicaciones presentadas en el procedimiento de cesárea, aunado a la carencia de personal mínimo para la realización de dicha intervención – ausencia de auxiliar de cirugía – originó que YENIS CASTILLO ejerciera **funciones** de instrumentadora y de ayudante de cirugía. Asimismo, la auxiliar de enfermería Luz Marina Ochoa Uribe, prestó ayuda en la intervención quirúrgica con el fin de detener el sangrado y poder brindar la asistencia inmediata que requería la ginecobstetra Dra LUISA INERY BARÓN. En últimas gran parte del personal que intervino en la intervención médica terminó ejerciendo funciones que no le correspondían.
- 15.** A pesar de las complicaciones presentadas en la cirugía de alto riesgo y en vista del personal insuficiente para atender el procedimiento complejo, el equipo médico que se vió involucrado ejecutó de una manera idónea lo que estuvo a su disposición, lo hicieron de manera rápida, pues de no haber sido esta su acción, muy posiblemente la madre e hijo hubiesen fallecido.
- 16.** Se acreditó la elevación de manera injustificada del riesgo del bien jurídico como consecuencia directa de la Clínica León XIII, al no haber garantizado la presencia del equipo quirúrgico completo. En el juicio

también se supo, que para el año 2007, fueron múltiples los inconvenientes que se presentaron en la clínica León XIII por el cambio que se dio en la administración de la clínica.

Puntualizado lo que se probó en juicio, en adelante se cotejará la prueba obrante en el expediente, en orden a constatar si las afirmaciones y conclusiones consignadas por el Tribunal en el fallo encuentran respaldo.

Caso concreto

Al respecto, se recuerda que los censores afirman que el Tribunal dejó de valorar o lo hizo indebidamente el Protocolo de conteo de gasas aportado a la actuación, el testimonio de los especialistas que acudieron a juicio y la historia clínica de la paciente que daban cuenta de la imprudencia en el conteo de gasas que, según indican, fue ejecutada por las acusadas. A partir de ello, sostienen que los falladores de instancia, concluyeron erradamente que la ginecobstetra y la instrumentadora quirúrgica no vulneraron el deber objetivo de cuidado, respecto al referido procedimiento y, por tanto, que no les era imputable normativamente la materialización del resultado muerte de la paciente Luz Nelly Cañas Zapata.

La revisión tanto del fallo de primera instancia como el de segunda y del material probatorio, sin embargo, anticipa la Sala, descarta de plano la prosperidad de los ataques.

A efectos de establecer si la muerte de la paciente puede ser imputada objetivamente a título de culpa a las procesadas, conforme se expuso previamente a la luz de la jurisprudencia de esta Corporación, más allá de la presencia –grave– de una tetra en la cavidad abdominal de la intervenida o, en términos del representante de víctimas, “*de la cosa misma*” que le fue hallada en su cuerpo, pues la sola causalidad por sí sola no es suficiente para la imputación jurídica del tipo objetivo y por cuanto el ordenamiento jurídico proscribiera la responsabilidad objetiva, el fallador de segunda instancia, debía verificar si el riesgo creado o el incremento elevado por aquellas, se realizó en el resultado, para lo cual resultaba necesario determinar si con su comportamiento crearon un peligro superior al tolerado en la *lex artis*, teniendo como consecuencia directa el incremento de la probabilidad de causar el daño antijurídico.

Para este propósito era necesario estudiar las circunstancias cognoscibles *ex ante* así como las conocidas luego de producido el resultado típico *-ex post-* y así elaborar un juicio que hiciera posible establecer si la acción u omisión efectivamente desplegada creó o elevó un riesgo por encima de la conducta sujeta a la *lex artis* conforme a la cual debían obrar.

Al respecto, la Sala recuerda que el juzgador de segundo grado, concluyó que, aun cuando el deceso de Luz Nelly Cañas Zapata tuvo génesis en las complicaciones de salud derivadas del olvido de una tetra en su fosca ilíaca izquierda, que ocurrió en la cirugía de cesárea practicada en la madrugada del 15 de octubre de 2007 en la Clínica León XIII, no era posible atribuir a las

acusadas la violación del deber objetivo de cuidado que se hubiese materializado en tal resultado.

En torno a la valoración de las circunstancias ex ante y ex post, encontró, en comprensión que verifica la Sala, que **(i)** la cirugía de cesárea practicada a Luz Nelly Cañas Zapata constituyó un procedimiento de **urgencia**, pues la paciente fue remitida a la Unidad Intermedia de Manrique debido a la ruptura temprana de membranas y presentación del feto en podálica incompleta; **(ii)** al momento de realizar la cesárea, se halló en la intervenida un mioma de gran tamaño, 10x5 cm; **(iii)** se presentó el desgarramiento de la arteria uterina del lado izquierdo, la cual produjo abundante sangrado, por lo que debía ser controlada de inmediato, so pena de poner en peligro la vida de la materna y del feto; **(iv)** el sangrado ocasionó un accidente de trabajo: pese a que a la cirujana portaba gafas, soportó contaminación con sangre de la paciente en un ojo, con el riesgo de que hubiese sido infectada con VIH, dado que el compañero de la paciente era portador de esa patología; **(v)** el equipo quirúrgico estaba **incompleto**, pues el centro hospitalario no contaba siquiera con un médico residente y menos aún con la presencia de un cirujano de urgencias que pudiese atender complicaciones como las que se presentaron y mucho menos un auxiliar de cirugía.

Ahora, de acuerdo con el juicio de imputación objetiva, se hacía indispensable revisar el estado del arte médico en punto del conteo de gasas, cuyo marco fue fijado por los sentenciadores a través del Protocolo para el conteo de gasas, introducido a juicio por la Fiscalía y los testimonios de los médicos, ginecobstetras, cirujanos, instrumentadoras quirúrgicas y auxiliares de enfermería que concurrieron a la vista oral.

Frente al primer marco de referencia, una vez analizado y valorado el citado documento, se advierte que, como señaló el *ad quem*, este consigna una descripción detallada de todas las actividades que deben llevar a cabo los responsables del conteo de gasas en el acto quirúrgico en la “IPS Universitaria”.

Específica que su ejecución corresponde a la instrumentadora quirúrgica y la auxiliar de enfermería circulante, y como responsable de su cumplimiento señala al coordinador de cirugía. Así mismo, indica que el conteo inicial de gasas y la sumatoria de aquellas que sean pasadas durante el acto, corresponde, específicamente, a la auxiliar; y que, con los datos arrojados durante el procedimiento, en concreto, el conteo inicial, conteo final y tipo de gasas contadas, la auxiliar y la instrumentadora quirúrgica deberán realizar el registro respectivo en la historia clínica. Finalmente, destaca que *“las personas que realizan las cuentas finales se consideran responsables y deben firmar los registros”*.

El Tribunal reconoció que el protocolo constituía una prueba trascendente, pues permitiría determinar *“en quién recaía la obligación de efectuar el conteo de gasas correcto para evitar que se quedara olvidada alguna”*. No obstante, en conclusión que compartió con la juzgadora de primer grado, puso en duda la vigencia del protocolo aportado a la actuación para el año 2007 en la Clínica León XIII y, por consiguiente, que este constituyera el parámetro de comportamiento exigible a las acusadas en el desempeño de sus roles como profesionales de la medicina.

La Fiscalía asegura que el Tribunal examinó indebidamente el protocolo y, a partir de ello, hizo una incorrecta inferencia en torno a las funciones normativamente exigibles de la ginecobstetra LUISA INERY BARÓN GARCÍA, al sostener que la citada no debía cumplir el rol de “*jefe coordinador de cirugía*”, lo que conllevó a la supuesta ausencia de responsabilidad de la nombrada, sin ninguna consideración adicional.

Sin dificultad se observa la falta de razón de la recurrente, al referir la indebida valoración del protocolo sobre conteo de gasas que fue aportado, pues la conclusión del *ad quem* no carece de respaldo probatorio y, por el contrario, fue debidamente sustentada, además, en la valoración conjunta de los medios de prueba practicados.

En efecto, se tiene que el documento fue apreciado en su exacta dimensión, advirtiendo que **(i)** el documento no cuenta con fecha de aprobación o vigencia alguna; **(ii)** es contradictorio con lo manifestado por la instrumentadora quirúrgica Ana María Rodríguez Payares, quien laboraba en la Clínica IPS León XIII, pues en juicio afirmó que para la época en que se llevó a cabo la cesárea a Luz Nelly Cañas Zapata, el referido conteo se realizaba a través de pinzas que se adherían al delantal de las auxiliares y, asimismo, que para ese tiempo la instrumentadora no realizaba anotaciones en la historia clínica, como lo exigía el documento introducido, lo cual fue corroborado por la perito de la defensa, Clara Inés Arango Mendoza; y **(iii)** el testimonio de Jhon Jairo Mosquera Castrillon, auditor en salud de la IPS Universitaria, no permitió verificar que fuese el documento protocolario vigente para la fecha de los hechos, pues además de indicar que su remisión correspondía al Departamento de Calidad de la

institución y no a él, adujo que el protocolo concerniente al conteo de gasas era objeto de constantes modificaciones y adiciones, sin especificar, no obstante, cuáles ni cuándo se realizaron.

Asimismo, se tiene que el Tribunal sí explicó las razones que le llevaron a considerar que no podía asimilar la figura del cirujano, es decir, quien dirige el acto quirúrgico, con el coordinador de cirugía en tanto encargado y responsable del cumplimiento del protocolo, pues explicó que no son roles equiparables en la medida en que la tarea del último está encaminada a la *“introyección y afianzamiento en el personal que le corresponde ejecutarlo”*, lo que, advierte la Sala, en concordancia con lo indicado en el fallo de primera instancia, se corresponde con una tarea de tipo administrativo, en todo caso distinta a la labor asistencial que presta el cirujano durante el acto quirúrgico.

Las anteriores consideraciones en torno a la dubitada vigencia del protocolo introducido a juicio, observa la Sala, encuentran a su vez corroboración, de un lado, en el testimonio de Nora Nelly Medina Acevedo, auxiliar de enfermería que intervino en la cesárea practicada a la paciente, quien manifestó que, durante la época de los hechos o su estancia en la Clínica León XIII, no tenía idea alguna de que se hubiese sido socializado un protocolo para el conteo de gasas en el acto quirúrgico. De otro, por cuanto una vez cotejado el documento, se advierte que, efectivamente, allí se establece como responsable del cumplimiento del mismo al *“coordinador de cirugía”*, cuyo cargo, según allí se indica en la parte superior del documento, es ocupado por *“Oscar*

Hernández Muñoz”, quien de hecho figura como quien aprobó su expedición.

De manera que el *ad quem* obró razonablemente cuando puso en duda la vigencia del protocolo aportado a la actuación y, por consiguiente, que este constituyera el parámetro de comportamiento exigible a las acusadas en el desempeño de sus roles.

Ahora, con el fin de abundar en consideraciones, en torno a la naturaleza y alcances de los protocolos en materia de procedimientos médicos, la Sala recuerda que ya ha establecido que

“no son una especie de lista inflexible previamente elaborada, a la manera de un catálogo de instrucciones o, en términos jurídicos, una suerte de código de procedimiento, que fija y manda de manera exhaustiva qué es lo que se debe hacer frente a situaciones hipotéticas. Sería tanto como pensar que el operador judicial dispone de un catálogo taxativo de reglas de experiencia para apreciar las pruebas, o bien que cuenta con un reglamento que le enseña cuáles pruebas debe practicar frente a un caso dado, para satisfacer el deber de investigación integral”.

Bajo tal presupuesto ha enfatizado que:

“el protocolo no opera así; este está configurado por el conjunto de prácticas y procedimientos médicos que la comunidad científica ha admitido y aceptado como eficaces, pero su concreción, en últimas, depende de otros factores como la situación y antecedentes específicos de cada paciente, los medios científicos al alcance en un momento dado, y el criterio y experiencia del profesional”. (SP8759-2016, Rad. 41245)

Conforme con lo anterior, pese a la discutida vigencia del protocolo introducido a instancias de la Fiscalía, en aras de establecer el conjunto de procedimientos médicos que informaban la práctica de los profesionales de la salud respecto del conteo de gasas empleadas en el acto quirúrgico para el año 2007 en la Clínica León XIII, como segundo marco de referencia de la *lex artis*, el Tribunal valoró los testimonios de los peritos y testigos que en juicio oral precisaron que el conteo de gasas constituía una **responsabilidad** de la **instrumentadora** y las **auxiliares de enfermería circulantes**, al punto de que una vez estas lo reportaban como completo al cirujano, a este le correspondía proceder con el cierre de la herida.

A esa consideración arribó, conforme verifica la Sala, a partir de los testimonios de **(i)** los especialistas gineco-obstetras, Luis Fernando Barrera Restrepo, Antonio González Mazuelo, Luis Guillermo Echavarría Restrepo y Emilio Alberto Restrepo Baena; **(ii)** los cirujanos generales Francisco Claver Hoyos Figueroa y Charles Elleri Bermúdez Patiño; **(iii)** las instrumentadoras quirúrgicas Ana María Rodríguez Payares y Clara Inés Arango Mendoza; y **(iv)** las auxiliares de enfermería circulantes Marisela Buitrago Valencia y Nora Nelly Medina Acevedo, quienes, con excepción del médico especialista Juan Guillermo Gallego Zapata, que precisó que es su costumbre, sin que ello fuese una obligación de los cirujanos, verificar si el conteo de gasas estuvo completo, coincidieron en que el conteo de gasas es una tarea con exclusividad atinente a la instrumentadora y a la auxiliar de enfermería circulante, mas no al cirujano respectivo.

Frente a la ginecobstetra **LUISA INERY BARÓN GARCÍA**, se considera lo siguiente:

Bajo esos presupuestos probados, el Tribunal señaló que el reproche realizado a la ginecobstetra LUISA INERY BARÓN GARCÍA, como hoy replican los recurrentes, en que una vez le informaron sobre la completitud del conteo de gasas, hubiese entonces procedido a cerrar la cavidad abdominal de la paciente, esto, sin haber constatado el conteo.

En primer lugar, se advierte que, contrario a lo afirmado por el representante de víctimas en su ataque casacional, *el ad quem*, sí verificó la historia clínica de la entonces intervenida, al punto de que reconoció que la acusada BARÓN GARCÍA reportó y consignó en la historia clínica “*conteo de gasas completo*”.

Sin embargo, cosa distinta es que el sentenciador hubiese recalcado que ello tuvo lugar porque así le fue comunicado por la responsable del conteo. Al respecto, se verifica que, conforme explicó en juicio la auxiliar de enfermería Nora Nelly Medina Acevedo en relación con el conteo de gasas efectuado el 15 de octubre de 2007, manifestó “*la que estaba contando era Lorena [también auxiliar] y yo estaba ahí al pie y yo era la que escribía y ella iba contando*”, para finalmente agregar que YENIS CASTILLO CASTILLO fue quien verificó el conteo y de viva voz dijo a la ginecobstetra LUISA INERY BARÓN GARCÍA que el conteo de gasas estaba completo.

El Tribunal adujo, entonces, que frente al registro efectuado en la historia clínica de la paciente por la cirujana BARÓN GARCÍA acerca del “conteo completo de gasas” tuvo génesis “*en lo*

reportado por la instrumentadora y la enfermera auxiliar, pues así ello no se hubiera hecho constar por escrito por aquellas en la historia clínica, lo cierto es que con apoyo en la prueba testimonial el mismo sí se reportó en el acto de manera verbal”, esto es, en lo reportado por las responsables del conteo tantas veces aludido.

Al respecto, pese a que según los testimonios de los profesionales en medicina escuchados en juicio, el conteo de gasas corresponde a las enfermeras auxiliares y a la instrumentadora, ello no significa que, en comprensión *del ad quem* que comparte la Sala, el médico cirujano pueda omitir o descuidar o desligarse del mismo porque, en virtud de su posición de garante frente al paciente, le es exigible adecuar su comportamiento al cuidado requerido por la práctica médica a fin de disminuir el riesgo que el conteo de gasas puede ciertamente implicar para la integridad personal o vida de quien es intervenido.

No obstante, en el presente asunto, contrario a lo alegado por los recurrentes, no es posible verificar una infracción al deber objetivo de cuidado por parte de la ginecobstetra LUISA INERY BARÓN GARCÍA. Ello es así por cuanto se observa que frente al comportamiento por ella desplegado, relacionado con no haber procedido a verificar o recontar la completitud de las gasas empleadas en la cirugía practicada a Luz Nelly Cañaz Zapata, tiene cabida la aplicación del **principio de confianza**, en los términos establecidos por la jurisprudencia de esta Corporación:

“[no] se concreta el riesgo no permitido cuando, en el marco de una cooperación con división del trabajo, en el ejercicio de cualquier actividad especializada o profesión, el sujeto agente observa los deberes que le eran exigibles y es otra persona perteneciente al grupo la que no respeta las normas o las reglas del arte (lex artis) pertinentes. Lo anterior, en virtud del llamado principio de confianza, según el cual “el hombre normal espera que los demás actúen de acuerdo con los

mandatos legales, dentro de su competencia". (CSJ, SP, sentencia del 22 mayo de 2008, rad. 27357)

Bajo esa premisa, en el marco de la cooperación con división de trabajo que se surtió en la cesárea de urgencia practicada a Luz Nelly Cañas Zapata, ante el reporte completo del conteo de gasas a la ginecobstetra por parte del personal auxiliar responsable del mismo; y sin advertir que estos hubiesen incumplido con su deber de cuidado, no otro que "*contar correctamente el material de apoyo utilizado*", la prueba practicada señala que no demostró la existencia de motivos para que la profesional en ginecobstetricia BARÓN GARCÍA, debiera supervisar las actuaciones de las auxiliares de enfermería y de la instrumentadora quirúrgica, es decir, que le impidieran confiar en lo informado acerca de la completo del conteo de gasas y, por ello, tener que proceder directamente a su recuento. Por tanto, no es posible, como solicitó la Fiscalía, predicar la ruptura del citado principio en el ejercicio de la actividad realizada por la acusada BARÓN GARCÍA.

En síntesis, (i) la obligación de prever la existencia de un oblitio quirúrgico, específicamente una de las gasas que fueron utilizadas en la cesárea practicada a Luz Nelly Cañas Zata, finalizó para la ginecobstetra con el recuento de gasas que fue reportado -y aceptado por vía del principio de confianza— tal y como era lo indicado en la práctica médica de ese momento; y (ii) la situación de urgencia presentada en la cesárea, derivada de la ruptura de la arteria uterina, sumada al accidente laboral y a la falta de un ayudante quirúrgico profesional, orientaron efectivamente, la atención de la cirujana a atender exitosamente y conforme a su rol las complicaciones presentadas durante la misma, sin que sea exigible normativamente que la galena

pudiera prever que el personal auxiliar hubiese incurrido en un error en el conteo, pues nada se probó al respecto.

En consecuencia, tras corroborar que la declaración fáctica y la valoración probatoria del sentenciador de segundo grado, contrario a lo afirmado por los recurrentes, impiden sostener que la acusada **LUISA** INERY BARÓN GARCÍA desconoció el deber objetivo de cuidado e incrementó injustificadamente el riesgo permitido en la actividad médica, al no haber verificado ni emprendido por cuenta propia el recuento de las gasas empleadas en el procedimiento, luego de que el personal responsable le informara acerca de su reporte completo y procediera, en virtud del principio de confianza, a suturar la herida de la paciente, no puede predicarse entonces de su parte, al menos con el convencimiento exigido, una conducta negligente a la que pueda imputársele el resultado ilícito que se le atribuyó en la acusación.

Frente a la instrumentadora quirúrgica **YENIS CASTILLO CASTILLO**, Se precisa lo siguiente.

De acuerdo con el “*discutido Protocolo de conteo de gasas*” y lo afirmado por los especialistas y expertos, correspondía a la instrumentadora quirúrgica “*estar pendiente del conteo de gasas en el acto quirúrgico, labor que se desarrollaba de manera compartida con las auxiliares de enfermería circulantes*”; sin embargo:

En la historia clínica de Luz Nelly Cañas Zapata únicamente aparece el reporte de preparación prequirúrgica efectuado por la auxiliar de enfermería Mónica Sánchez. Allí se lee a folio 51, apartado final, denominado “*conteo de gasas*” y, en el espacio

correspondiente al número inicial, se observa un número ilegible acompañado de un “0”. Debajo del mismo se lee “39” y como número final del conteo de gasas “39”. Aparece como firmante la citada Mónica Sánchez.

De acuerdo con el testimonio de Nora Nelly Medina Acevedo, ella terminó la cirugía. Indicó que realizó una nota sobre la actividad desarrollada, pero esta no figura en la historia clínica. Además, manifestó que *“quien estaba contando las gasas era Lorena y luego YENIS CASTILLO verificó y además dijo que escuchó cuando esta dijo de viva voz ‘conteo de gasas completo’”*.

Pese a la importancia que podía cobrar los testimonios de las auxiliares de enfermería Lorena Vásquez y Mónica Sánchez a efectos de esclarecer lo ocurrido en la madrugada del 19 de octubre de 2007, según destacó el *ad quem*, pues fueron personas que tuvieron conocimiento directo del procedimiento quirúrgico, la Fiscalía desistió de sus testimonios. Con ello, adujo el Tribunal, podía haberse explicado el origen y el sentido de las anotaciones registradas en el formulario de preparación prequirúrgica relativas al conteo de gasas ante el confuso registro que allí se evidencia.

De un lado, pues Mónica Sánchez no fue llamada a explicar el significado de la anotación inicial del conteo de gasas y por qué, entonces, aparece un número diferente al anotado debajo de este y que es igual al conteo final; de otro, también extrañó la presencia de Lorena Vásquez quien, según indicó Nora Nelly Medina, fue la encargada de realizar el conteo final, junto con YENIS CASTILLO CASTILLO.

En ese orden, el sentenciador indicó que, a partir de la prueba practicada en juicio oral, no era posible establecer en dónde radicó el error respecto del conteo de gasas, sumado a la compleja cirugía que afrontó la víctima que debieron ser sorteadas por la ginecobstetra, bajo el apoyo de la instrumentadora, en tanto ayudante de cirugía ante la falta de un cirujano de apoyo.

Sobre el punto, recordó que YENIS CASTILLO CASTILLO no sólo debió cumplir con sus funciones como instrumentadora, sino que, además, debió ocuparse de algunas que no le correspondían, sin poder *“responder la instrumentadora por errores en el conteo de gasas realizados por quién inició la cirugía”*.

Al respecto, afirmó compartir lo manifestado por la juzgadora de primer grado, de acuerdo con quien *“en el acto quirúrgico existe la distribución de funciones como trabajo en equipo, bajo el principio de confianza, la instrumentadora creyó en que las auxiliares que intervinieron en el inicio de la cesárea habían realizado un debido conteo de gasas y fue por ello que una vez constatado el conteo de gasas finales, indicó a la médica cirujana que el mismo se encontraba completo”*.

Lo dicho, para concluir entonces que *“nada permitía entonces a la instrumentadora advertir que el conteo final de gasas efectuado por la auxiliar de enfermería circulante sumado con el propio que ella hizo de las gasas que tenía en la mesa de cirugía, y confrontado dicho resultado con el conteo inicial reportado no se encontraba completo”*.

Los distintos testimonios practicados en juicio dan certeza que, la instrumentadora YENIS CASTILLO **al momento** de iniciarse la intervención quirúrgica, la cual se dio por cierta como una cesárea urgente y de alto riesgo, estaba prestando labores de recuperación en otra cirugía, lo que impidió que realizara tareas

iniciales de instrumentadora en la operación practicada a Luz Nelly Cañas Zapata. Lo anterior en razón a que por la falta de personal médico –circunstancia no atribuible a las procesadas— en la madrugada de la cesárea practicada a Cañas Zapata, un mismo equipo debió repartirse para atender otra cirugía de urgencia, para conjurar un aneurisma abdominal.

También se acreditó que a fin de proceder con la hemostasis de la arteria, la ginecobstetra debió solicitar a gritos ayuda. Circunstancia que obligó a ingresar al quirófano a la auxiliar Luz Marina Ochoa Uribe que, en **compañía** de YENIS CASTILLO CASTILLO, –había terminado de salir de la de aneurisma abdominal— ayudó a secar, aspirar y detener el sangrado. Ello, puesto que para ese día el equipo de la clínica **no contaba con un ayudante de cirugía**, pese a que, conforme se explicó en juicio por los profesionales de la medicina que allí intervinieron, se requería para atender debidamente las complicaciones presentadas.

Por lo tanto, para la Sala es claro que la instrumentadora YENIS CASTILLO **no efectuó** el conteo inicial de gasas, ni participó en la preparación de la mesa quirúrgica, labor que si fue realizada por otra persona.

Advierte la Sala que los especialistas ginecobstetras, las instrumentadoras y las auxiliares de enfermería circulantes que rindieron testimonio declararon al unísono que el conteo de gasas no correspondía al cirujano, sino al instrumentador quirúrgico y al auxiliar circulante de enfermería. Ello, al punto de que, cuando

estos reportan que el referido conteo se halla completo, el cirujano procedía a realizar el cierre de la herida.

Asimismo, la prueba testimonial precisó la dinámica desarrollada para el conteo de gasas que por lo general se efectuaba de la siguiente manera. Un **Conteo inicial** – a cargo de la instrumentadora –, un **conteo final** – a cargo de la auxiliar de enfermería circulante –, y la verificación del conteo a cargo de los dos. También se dejó en claro que en virtud de la comunidad profesional que se presenta al interior de la sala de operaciones en todo procedimiento quirúrgico y teniendo en cuenta que en este participan diferentes profesionales a cargo de distintas funciones, se aplica el **principio de confianza** respecto al cumplimiento de las tareas asignadas en otro.

Ahora bien, por el hecho de tratarse de una relación de trabajo vertical entre el profesional especializado en medicina y su personal auxiliar de enfermería, la relación de confianza no desaparece, pues ha de tenerse presente que el personal auxiliar tiene funciones específicas reguladas normativamente, de las cuales confía el superior que sean cumplidas adecuadamente.

Y de la misma forma, una relación de horizontalidad entre la instrumentadora y el personal de enfermería, en donde la primera confía en que la segunda realice apropiadamente su trabajo, y hasta tanto no advierta la conducta defectuosa del otro no tiene por qué entrar a controlar su actividad directamente.

Y bajo el principio de la confianza, la instrumentadora creyó en que las auxiliares que intervinieron en el inicio de la cesárea habían realizado un debido conteo de gasas, y fue por ello que una vez constatado el conteo de gasas finales, indicó a la médica cirujana que el mismo se encontraba completo.

De manera que, para la Corte y como así lo advirtieron los falladores de instancia y que teniendo en cuenta los eventos traumáticos ocurridos ese amanecer del 15 de octubre de 2007, no se podría predicar desde ningún punto de vista, frente a la instrumentadora, que de su parte hubo incumplimiento de sus deberes funcionales que impliquen en su contra una responsabilidad penal como consecuencia de un actuar negligente o por la infracción al deber objetivo de cuidado, pues claro que desde su acción, y desde el punto de vista de la imputación objetiva, de su parte no se creó un riesgo jurídicamente desaprobado, pues desde el momento en que la instrumentadora YENIS CASTILLO CASTILLO, ingresó a la cesárea del 15 de octubre de 2007, cumplió estrictamente no solo con sus funciones como instrumentadora, sino que además se vio obligada a cumplir las que no le correspondían, entre ellas la de ayudante de cirugía, hasta tanto llegó la señora Luz Marina Ochoa Uribe, quien acudió ante la urgencia de cesar con el sangrando por rompimiento de la arteria uterina de la paciente, no pudiendo responder la instrumentadora, por los errores en el conteo de gasas, realizado por quien inició la cirugía, debido precisamente a la ausencia del equipo médico quirúrgico completo, que la clínica estaba en la obligación de tener a disposición del equipo médico de la salud para ese día.

Es por ello que, la Sala comparte la conclusión a la que llegó el *ad quem*, en el sentido que nada permitía advertir a la Instrumentadora YENNIS CASTILLO que el conteo final de gasas efectuado por la auxiliar de enfermería circulante sumado con el propio que ella hizo de las gasas que tenía en la mesa de cirugía, y confrontado dicho resultado con el conteo inicial de gasas reportado no se encontraba completo. Su omisión del registro en la Historia Clínica no le puede ser atribuida a la Instrumentadora como una violación del deber objetivo de cuidado, pues de acuerdo con lo que se escuchó en el juicio oral para aquella época las instrumentadoras no dejaban anotación en la historia clínica, lo cual puede ser una falta administrativa, pero en modo alguno puede ser constitutiva de una conducta imprudente, pues es necesario que exista una estrecha relación entre la infracción al deber de cuidado contenido en la norma y el resultado producido, y aquí, por el contrario, lo acreditado es que se cumplió con el conteo de gasas, como lo afirmó una testigo presencial y finalmente quedó reportado en la historia clínica por la cirujana.

Para la Sala no se demostró que el olvido de la tetra en la humanidad de la víctima pueda ser atribuido al comportamiento de la instrumentadora Yenis Castillo Castillo.

En mérito de lo expuesto, la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley

RESUELVE

Primero: NO CASAR la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín de fecha 16 de noviembre de 2018, que confirmó la absolución de LUISA INERY BARÓN GARCÍA y YENIS CASTILLO CASTILLO por el punible de homicidio culposo.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

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




HUGO QUINTERO BERNATE

Presidente



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS



GERSON CHAVERRA CASTRO



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

Impedido
CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria