

Sentencia T-453/17

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Caso en que se condenó a patólogo por emitir informe que conllevó a que oncólogo realizara extirpación total de seno

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

CARACTERIZACION DEL DEFECTO MATERIAL O SUSTANTIVO COMO CAUSAL DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia

Respecto del defecto sustantivo, se ha determinado que se trata de un yerro producto de la irregular interpretación o aplicación de normas jurídicas a un caso sometido a conocimiento del juez. Si bien las autoridades judiciales son autónomas e independientes para establecer cuál es la norma que fundamenta la solución del caso puesto bajo su conocimiento, y para interpretarlas y aplicarlas, estas facultades no son absolutas, por lo que excepcionalmente el juez de tutela debe intervenir para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales y de la Constitución, sin que ello implique señalar la interpretación correcta o conveniente en un caso específico por encima del juez natural.

DECISION SIN MOTIVACION COMO CAUSAL DE PROCEDIBILIDAD DE ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

Acerca del defecto de decisión sin motivación, la Corte Constitucional ha establecido que este se configura con el incumplimiento por parte de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones. Así, se ha precisado que justamente la motivación de los actos jurisdiccionales constituye una barrera a la arbitrariedad judicial y contribuye a garantizar la sujeción del juez al ordenamiento jurídico y el posterior control sobre la razonabilidad de la providencia.

CARACTERIZACION DEL DEFECTO FACTICO COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD

DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

En relación con el defecto fáctico, la Corte Constitucional ha indicado que éste tiene lugar cuando el apoyo probatorio en el cual se basa el juzgador para resolver un caso es absolutamente inadecuado. Así, si bien la valoración de las pruebas corresponde al juez, en ejercicio de los principios de autonomía e independencia judicial, de su papel como director del proceso, de los principios de inmediación y de apreciación racional de la prueba, este amplio margen de apreciación está sujeto a la Constitución y a la ley. Por esa razón, debe realizarse conforme a unos criterios objetivos, racionales y rigurosos, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, los parámetros de la lógica, de la ciencia y de la experiencia.

DEFECTO FACTICO-Dimensión negativa y positiva

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Improcedencia por inexistencia de defecto sustantivo por cuanto no hubo interpretación o aplicación irregular, irrazonable, desproporcionada, arbitraria o caprichosa de normas en proceso penal

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Improcedencia por inexistencia de defecto de decisión sin motivación por cuanto argumentación no fue defectuosa, insuficiente o inexistente en proceso penal

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Improcedencia por inexistencia de defecto fáctico por cuanto no se presentó error ostensible, flagrante o manifiesto en el decreto, práctica o valoración de material probatorio en proceso penal

Referencia: Expediente T-6.047.221

Acción de tutela instaurada por José Edgar Duque Echeverri contra la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali y el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Cali

Magistrada Ponente:

DIANA FAJARDO RIVERA

Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez, el Magistrado Carlos Bernal Pulido y la Magistrada Diana Fajardo Rivera, quien la preside; en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

en el trámite de revisión del fallo dictado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que resolvió la acción de tutela promovida por José Edgar Duque Echeverri; el cual fue confirmado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

El veintiuno (21) de octubre de dos mil dieciséis (2016), José Édgar Duque Echeverri - actuando mediante apoderado- instauró acción de tutela contra la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali y el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Cali; en procura del amparo de sus derechos fundamentales a la dignidad, al buen nombre y a la honra, al debido proceso, al trabajo y a la salud pública. La solicitud se fundamenta en los siguientes hechos:

1.1. El 24 de julio de 2007, actuando como patólogo, emitió el informe No. P07-1634, mediante el cual reportó el hallazgo de carcinoma ductal de tipo tubular con cambios fibroquísticos en el tejido mamario de la señora María Teresa Restrepo Cañón.

Con fundamento en el citado informe -y considerando que se trataba de un cáncer invasivo-, el médico Jaime Ramón Rubiano Vinuesa (oncólogo), determinó que el tratamiento a seguir era la extirpación total del seno derecho, con vaciamiento de ganglios, procedimiento que se realizó el 3 de septiembre de 2007.

Posteriormente, y al realizarse un nuevo examen del tejido extraído (realizado por otra patóloga), se determinó que no se trataba de una lesión maligna, sino de una adenosis esclerosante, lesión de naturaleza benigna.

1.2. Tras la denuncia instaurada, el 5 de octubre de 2011 la Fiscal 42 Local de Cali imputó el delito de lesiones personales culposas (deformidad física de carácter permanente) a los doctores Jaime Ramón Rubiano Vinuesa y José Édgar Duque Echeverri, cargo que estos no aceptaron. El juicio oral se inició el 3 de diciembre de 2012 y terminó el 19 de diciembre del mismo año con el anuncio del sentido condenatorio del fallo.

1.3. El Juez 7º Penal Municipal con función de conocimiento de Cali, absolvió a Jaime Ramón Rubiano Vinuesa y encontró penalmente responsable a José Édgar Duque Echeverri por el delito de lesiones personales culposas, condenándolo a las penas principales de 6 meses y 12 días de prisión, multa equivalente al valor de 6,932 salarios mínimos legales mensuales vigentes, así como a las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal y la privación del derecho a ejercer la profesión por un término de 24 meses. La decisión fue apelada por el condenado y el representante de la víctima.

1.4. El 14 de febrero de 2013, el Tribunal Superior de Cali confirmó parcialmente el fallo del a quo, redosificando la pena privativa de la libertad a 10 meses de prisión. Dentro de las consideraciones del ad quem se destacan:

1.4.1. El Tribunal precisa que la ciencia médica hace parte del progreso moderno y que, si se ejerce dentro de la *lex artis*, no cabe formular un juicio de reproche, así no se produzca el resultado esperado.

1.4.2. Era deber del señor Duque Echeverri actuar prudentemente frente a situaciones riesgosas, ejecutando todos los actos que le permitieran descartar el carcinoma y le dieran el máximo grado de certeza sobre la patología existente, de acuerdo con lo ordenado por los artículos 12 y 13 de la Ley 23 de 1981. No obstante, no actuó conforme al debido cuidado y previsibilidad que le exigía su profesión. Esto, ya que “cuando un patólogo realiza un diagnóstico siempre debe acudir a realizarlos con los mejores elementos”, por lo que, para descartar el carcinoma, era necesario realizar un estudio de inmunohistoquímica. Con dicho estudio, “el patólogo ya tiene criterios para pensar que lo que observa es una invasión y puede pensar que es una patología maligna.”

1.4.3. Al señor Duque Echeverri le fueron enviadas, debidamente marcadas, las muestras de tejido extraídas a la paciente para realizar el estudio de patología, por lo que de su concepto

dependía la intervención o no de un oncólogo. Si bien la distinción entre el carcinoma y la adenosis esclerosante es complicada, se debía realizar un estudio que determinara si había células mioepiteliales, por lo que la mayoría de veces se recurre a la prueba que fue omitida (“estudio de inmunohistoquímica”).

1.4.4. El resultado (la extirpación del seno) era previsible y atribuible al patólogo, pues (i) aunque su diagnóstico fue contundente, faltó al deber objetivo de cuidado por no requerir estudios diferenciales adicionales; y (ii) porque el diagnóstico debió interpretarse en conjunto con factores adicionales.

1.5. Frente a esta decisión, la defensa del señor José Édgar Duque Echeverri interpuso el recurso extraordinario de casación.

En el recurso, se indica que el señor Duque Echeverri no incumplió el deber objetivo de cuidado, puesto que al emitir su dictamen actuó con base en uno de los criterios válidos para el diagnóstico del cáncer, a saber, el arquitectural (o “del tejido”; los otros dos son el citológico y la metástasis), ajustándose de esta manera a la *lex artis*.

Específicamente, en el recurso se indica que el Tribunal desconoció las reglas de la *lex artis* y de los conocimientos especializados sobre cuál era el protocolo a cumplir para el diagnóstico, lo que le impidió apreciar que el patólogo actuó conforme con los postulados de la debida diligencia y cuidado, incurriendo así en los siguientes yerros:

(i) falso juicio de existencia: por cuanto el Tribunal concluyó que al señor José Edgar Duque Echeverri se le enviaron debidamente marcadas las muestras del tejido extraído. Asimismo, señaló que no se tuvieron en cuenta los antecedentes familiares de la paciente, los cuales señalaban que una hermana de la paciente padecía cáncer de mama.

(ii) falso juicio de identidad: debido a que el Tribunal cercenó el contenido de los dictámenes de cuatro médicos, por cuanto estos contradecían lo indicado por el ginecólogo, en el sentido de que las muestras se entregaron debidamente marcadas al patólogo. El defensor señaló además que, conforme con los dictámenes, la extirpación total del seno no fue consecuencia directa del diagnóstico del señor Duque Echeverri, puesto que el médico cirujano debe tener en consideración no solo el concepto del patólogo, sino también los exámenes clínicos, paraclínicos y factores pronósticos.

(iii) falso raciocinio: ya que el Tribunal consideró que la no realización del estudio inmunohistoquímica por parte del patólogo constituyó una falta a la *lex artis* de la patología, pues no se confrontó el diagnóstico con los medios al alcance.” En el recurso se señaló que (i) el diagnóstico patológico no mostró duda alguna, por lo que no era procedente acudir a dicho estudio -“como lo enseñan los protocolos aceptados por la sociedad científica”-; (ii) en el proceso no hubo algún dictamen pericial que señalara en la elaboración del diagnóstico una falta de apego a la técnica científica; y (iii) se incurrió en una incongruencia lógica, pues se absolvió al oncólogo por actuar conforme el principio de confianza que recaía sobre el diagnóstico del patólogo, y, por otro lado, se condenó al señor Duque Echeverri por estimar que el estudio inmunohistoquímico era indispensable. De haber sido eso cierto, el oncólogo no debía operar a la paciente, puesto que se requería del referido estudio.

Por su parte, tanto el Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, como la Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal y el apoderado de la víctima, solicitaron que no se casara la sentencia, por cuanto no se incurrió en ningún yerro.

1.6. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante fallo de 29 de junio de 2016, no casó la decisión del *ad quem*, en tanto encontró que éste no había incurrido en ningún yerro de apreciación probatoria relevante al atribuirle responsabilidad al señor José Édgar Duque Echeverri -producto de la asunción de un riesgo no permitido en el ejercicio de la *lex artis* de la patología y en su posición de garante-, por la mastectomía practicada, con fundamento en su dictamen, a la señora María Teresa Restrepo Cañón¹.

Para arribar a dicha conclusión, la providencia del Alto Tribunal (i) se refiere a la teoría de la imputación objetiva; (ii) determina las conclusiones en relación con los hechos; (iii) realiza el análisis de los hechos a través de la teoría de la imputación objetiva; y (iv) analiza los yerros alegados por el demandante.

En relación con los hechos, la Corte Suprema de Justicia estableció que en el proceso quedó demostrado (1) la idoneidad profesional del patólogo Duque Echeverri y su conocimiento sobre la dificultad que existe para la correcta distinción entre un carcinoma tubular y la adenosis esclerosante²; (2) que el estudio de inmunohistoquímica es útil para distinguir esas dos patologías -lo cual consta en los peritajes e informes vertidos en el juicio-³; y (3) el tejido extraído a la paciente -y examinado por el patólogo Duque Echeverri- no fue debidamente

identificado en su exacta localización⁴.

En particular, determinó que el doctor Duque asumió la posición de garante respecto de la paciente⁵; se le reprocha que conociendo la dificultad inherente a la distinción entre la lesión maligna y la benigna, se quedó con su observación inicial sin procurar su confirmación⁶ -lo que constituía una elevación del riesgo no amparada por la *lex artis*⁷-; la no debida localización del origen del tejido por parte del ginecólogo era precisamente un factor importante para tener en cuenta a la hora de valorar la *lex artis* aplicable, por lo que al no hacerlo así incurrió en una segunda conducta que elevó el riesgo⁸; el *ad quem* sí tuvo en cuenta el antecedente familiar de cáncer de mama, pero esa sola circunstancia no es suficiente para justificar una mastectomía radical sin confirmar el estudio de patología⁹; y que si bien algunos de los médicos expertos -no la mayoría de ellos, precisó la Corte Suprema de Justicia- manifestaron que el hallazgo reportado por el doctor Duque Echeverri no ameritaba una confirmación, ello no descarta las conclusiones a las que llegó el *ad quem* y a las que llega la Corte Suprema de Justicia, pues tales conceptos solamente expresan un criterio científico, mas no reemplazan el análisis del caso con todas sus variantes y circunstancias detalladas de tiempo, modo y lugar¹⁰.

Finalmente, al analizar los yerros alegados por el demandante, la Corte Suprema de Justicia indicó que el Tribunal no incurrió en ninguno de ellos. En primera medida, se tiene que no se configuró un error de falso raciocinio, pues en el caso no se reprocha que el patólogo hubiera acudido al criterio arquitectural. Lo que resulta penalmente relevante es que hubiera limitado su estudio a la sola aplicación de ese criterio sin tener en cuenta la necesidad de su confirmación¹¹. Por su parte, tampoco se configuraron los errores de falso juicio de existencia ni falso juicio de identidad, mediante los cuales se buscaba que se desestimaran las consideraciones del *ad quem* según las cuales el ginecólogo envió las muestras debidamente marcadas. Si bien es cierto que el Tribunal Superior de Cali se equivocó en ese sentido, dicho yerro carece de relevancia en relación con las consideraciones previamente establecidas. Lo anterior, debido a que la omisión negligente del ginecólogo configuró una circunstancia que, conocida por el patólogo, lo obligaba a incrementar su propio rol de garante, a extremar el cuidado debido y a adecuar la *lex artis* a la deficiente conducta funcional del tercero, en vista de las consecuencias que un diagnóstico no confirmado representaba para la integridad de la mujer¹².

2. Contenido de la acción de tutela promovida por José Edgar Duque Echeverri

Con fundamento en los hechos expuestos, en la acción de tutela se considera que, junto con las decisiones de instancia, la providencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia incurre en defectos sustantivos, de decisión sin motivación y fácticos, afectando de esa manera los derechos fundamentales a la dignidad, al buen nombre y a la honra, al debido proceso, al trabajo y a la salud pública del doctor José Edgar Duque Echeverri.

2.1. En primer lugar, del escrito de tutela se desprende la presunta configuración de cuatro defectos sustantivos, agrupados de la siguiente manera:

2.1.1. El primero de ellos, debido a la supuesta interpretación incorrecta del artículo 120 del Código Penal. Lo anterior, por cuanto a juicio del accionante, en el ejercicio de sus actividades -conforme a las reglas de la profesión- los médicos no incurren en el delito de lesiones personales culposas.

2.1.2. El siguiente, por la aplicación equivocada del artículo 23 del Código Penal (i) al exigirle al doctor Duque Echeverri prever un resultado; (ii) desconocer que el informe de malignidad no fue el que causó el resultado (no existe nexo causal entre la opinión diagnóstica y el procedimiento quirúrgico realizado), debido a que el patólogo no tenía el dominio sobre la paciente; y (iii) ignorar que no se violó el deber objetivo de cuidado en tanto no se creó un riesgo, y tampoco se demostró que la inmunohistoquímica fuera un protocolo obligatorio y confirmatorio.

2.1.3. Asimismo, se indica que se presenta una aplicación indebida del artículo 25 del Código Penal, debido a que (i) el doctor Duque Echeverri no tenía posición de garante en tanto no era el médico tratante y no se encontraba en la capacidad de definir el tratamiento (su ámbito de dominio se circunscribía al análisis de la muestra y su resultado podía ser o no contributivo para la definición del diagnóstico); (ii) la integridad física y la salud de la paciente estaban amenazadas por la presencia de los nódulos; (iii) con posterioridad al diagnóstico, el ginecólogo y el oncólogo no ordenaron la inmunohistoquímica, considerando de esta manera que no era obligatoria su realización conforme a la *lex artis*; y (iv) el principio de confianza legítima no es aplicable respecto del patólogo sino del médico tratante.

2.1.4. Finalmente, se alega que también se presenta una interpretación y aplicación indebida del artículo 10 de la Ley 23 de 1981, al desconocer que el patólogo no tiene pacientes, no diagnostica y no tiene cómo indicar exámenes para precisar un diagnóstico que no puede hacer. Además, se señala que dicha norma es de carácter ético, por lo que no puede generar un reproche penal sino, a lo sumo, uno de carácter disciplinario.

2.2. Por otra parte, en la acción de tutela se establece que se presentan tres defectos por decisión sin motivación, en tanto las decisiones judiciales se sustentaron de manera insuficiente. Por una parte, (i) la Corte Suprema de Justicia se contradice al afirmar que no discute la idoneidad profesional del patólogo ni la práctica de la observación arquitectural del tejido, pero que al no confirmar el diagnóstico elevó el riesgo; (ii) la misma Corporación no sustenta por qué el patólogo tiene un deber de cuidado sobre la paciente; y (iii) no se tuvo en consideración que la adenosis esclerosante (benigna), puede evolucionar a malignidad, generando incertidumbre y una exposición grave del riesgo para la paciente, lo cual debía ser asumido por el médico tratante.

2.3. En relación con los defectos fácticos, de la acción de tutela se desprenden seis yerros diferentes, agrupados en tres componentes:

2.3.1. En primer lugar, porque se presenta una valoración arbitraria del material probatorio, por cuanto las autoridades judiciales accionadas no apreciaron integralmente los informes de Liliana Moreno -del Instituto Nacional de Medicina Legal-, en el cual se indica que la no realización del estudio de inmunohistoquímica “no necesariamente está en contra de la *lex artis*”; y de los mastólogos José Caicedo y Fernando Perry, quienes señalaron que con el sólo antecedente familiar “se puede pensar en realizar mastectomías preventivas (...) Si el antecedente es hermana, el riesgo es mayor y por tanto se recomienda realizar una mastectomía subcutánea (...).”

2.3.2. En segundo lugar, se alega que se dan por acreditados hechos sin que exista prueba de los mismos. Esto, en tanto el accionante considera que (i) el patólogo no es médico tratante, no define diagnósticos y no determina tratamientos, simplemente identifica patologías; por lo que su reporte es una ayuda de orientación para el médico tratante, junto con la valoración clínica y otros exámenes; (ii) el estudio de inmunohistoquímica no es una condición necesaria para emitir el informe de patología cuando el diagnóstico es maligno; (iii)

en virtud de la discrecionalidad científica, el patólogo no está en la obligación de aplicar todos los medios científicos; y (iv) los jueces no pueden entrar en la discusión científica, ni definir la práctica médica adecuada o esperada en un caso particular.

2.3.3. En tercer lugar, se indica que no hubo valoración de las pruebas conforme con los estándares, ya que los testimonios y peritajes no fueron suficientes para que las autoridades tuvieran el “grado de certeza requerido”. En particular, se señala que no se probó que el estudio de inmunohistoquímica fuera un estudio prevalente sobre la observación estructural del tejido.

2.4. Conforme con lo anterior, en el escrito de tutela se concluye que se vulneran los derechos fundamentales del señor Duque Echeverri (i) a la dignidad, el buen nombre y la honra, debido a la divulgación masiva de la condena a través de los medios de comunicación; (ii) al debido proceso, en la medida en que se desconoce el principio de legalidad por no haber un autor determinado, no existir posición de garante y fundamentar la condena en una norma de carácter ético -la Ley 23 de 1981-; carecer de competencia los jueces penales para definir la *lex artis* aplicable; y eximir al ginecólogo y al oncólogo con base en los mismos hechos y pruebas; (iii) al trabajo, por cuanto se criminaliza la profesión médica y se destruye el núcleo del quehacer médico al privar del ejercicio de su profesión al médico patólogo; y (iv) a la salud pública, en tanto los jueces penales modificaron la *lex artis* de la patología al obligar a los profesionales de la salud a realizar exámenes no indispensables para confirmar un diagnóstico.

De esta manera, el accionante pretende que los jueces de tutela determinen: (i) que el informe de patología se practicó cumpliendo con el criterio arquitectural del tejido; (ii) que la *lex artis* de la patología no requiere para la definición de un diagnóstico de carcicoma tubular -además de la hematoxilina eosina- el estudio de inmunohistoquímica (en tanto no existe prueba irrefutable de que dicho estudio garantice la certeza del resultado); y (iii) que la presencia de células mioepiteliales no significa -necesariamente- la no existencia de cáncer.

Así, el actor solicita que (i) se declaren vulnerados sus derechos fundamentales a la dignidad, al buen nombre y a la honra, al debido proceso, al trabajo y a la salud pública; (ii) se dejen sin efectos las decisiones judiciales y, en su lugar, se le absuelva de todas y cada una de las condenas impuestas; y (iii) se ordene como reparación que la decisión sea publicada en los

principales medios de difusión nacionales, en especial la revista Semana y los periódicos El Tiempo, Ámbito Jurídico y El País de Cali.

2.5. La acción de tutela fue coadyuvada por varias personas y diversas organizaciones¹³.

3. Admisión y respuesta de las accionadas

La acción de tutela fue instaurada ante la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca 21 de octubre de 2016, la cual resolvió el mismo día -conforme con el Decreto 1382 de 2000-, “remitir por competencia, de manera inmediata, la (...) acción de tutela y sus anexos, con destino a la Presidencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá”¹⁴. En virtud de la misma norma, el 24 de octubre de 2016 la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá remitió el expediente a la Corte Suprema de Justicia, autoridad que admitió la acción de tutela el 28 de octubre de 2016, notificando dicha decisión a las partes y a los terceros intervinientes¹⁵.

El Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali solicitó que se le desvinculara del trámite de tutela, por cuanto carece de competencia para pronunciarse en relación con asuntos que se desarrollaron en las etapas de investigación y juzgamiento¹⁶. Por su parte, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali señaló que no se presenta ninguna vulneración de los derechos fundamentales del señor Duque Echeverri. Aunado a lo anterior, indica que la decisión adoptada se ciñó en forma estricta al ordenamiento jurídico, por lo que solicita que se declare la improcedencia de la acción de tutela¹⁷. Asimismo, el Ministerio de Salud y Protección Social indicó que no se probó que durante el proceso se haya incurrido en algún yerro que haga procedente la acción de tutela¹⁸. Las demás entidades vinculadas al proceso no se pronunciaron.

4. Decisiones objeto de revisión

4.1. En primera instancia, mediante sentencia de 9 de noviembre de 2016¹⁹, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia denegó el amparo solicitado, por cuanto a su parecer la sentencia no luce arbitraria y los argumentos esgrimidos en casación -y resueltos de fondo por la Sala de Casación Penal- son muy similares a los que por esta vía se alegan²⁰. Así, luego de citar in extenso varias consideraciones de la sentencia de casación, la Sala de

Casación Civil concluye que “la determinación controvertida no luce antojadiza, caprichosa o subjetiva, con independencia de que se comparta, descartándose la presencia de una vía de hecho (...), lo que se plantea es una diferencia de criterio frente a como se resolvió el recurso de casación (...) en cuyo caso tal labor no puede ser desaprobada de plano o calificada de absurda o arbitraria, “máxime si la [interpretación] que ha hecho no resulta contraria a la razón (...).”²¹

4.2. El accionante impugnó la decisión, tras considerar que el fallo del a quo carece absolutamente de una motivación congruente y razonable, pues en su criterio, el fallador se abstuvo de abordar el análisis del asunto de fondo. Así, indica que la Sala de Casación Civil cae en la “tentación intelectual de asumir argumentos de la Sala de Casación Penal (...), renunciando al ejercicio de una función crítica, racional y ponderada sobre la decisión judicial atacada (...).”²² Agrega el apoderado que se equivoca el juez de tutela al afirmar que los argumentos de casación son muy similares a lo expuesto en la acción de tutela, ya que lo que se expone son vías de hecho. Finalmente, añade que la decisión controvertida es contraria a la razón, en tanto se opone a la realidad científica.

4.3. Mediante sentencia de 18 de enero de 2017²³, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo de primera instancia.

En primer lugar, el ad quem considera que la protección de los derechos fundamentales debe acompasarse con otros valores del Estado de derecho, como lo son la administración de justicia, la seguridad jurídica -especialmente la que realiza el instituto de la cosa juzgada- y el principio constitucional de la independencia y autonomía de los jueces. Precisa igualmente que la tutela procede contra providencias judiciales únicamente si resultan violados en forma evidente derechos constitucionales fundamentales, puesto que dicho instrumento no puede utilizarse como otra instancia ante el fracaso del fin propuesto a través del proceso natural.

Así, señala que en el caso concreto la acción de tutela es improcedente por cuanto se pretende revocar las decisiones de los jueces penales, sin que se desprenda de la revisión de las mismas que se trata de decisiones caprichosas o arbitrarias, puesto que se observa que fueron debidamente sustentadas con base en el ordenamiento jurídico aplicable al asunto y a la realidad procesal. Considera que lo pretendido por el quejoso es simplemente reabrir un debate, cuando el proceso de tutela no es una instancia adicional a la que pueden acudir los

administrados a efectos de definir cuál es el planteamiento hermenéutico válido, ni cuál de las inferencias valorativas de los elementos probatorios es la más acertada o la más correcta.

En ese sentido, destaca que las providencias se encuentran edificadas en reflexiones que consultan las reglas mínimas de razonabilidad jurídica. En particular, reitera -trayendo a colación las consideraciones de la Sala de Casación Penal- que en el caso no se discutió la idoneidad profesional o experiencia del patólogo, como tampoco que la práctica del estudio haya sido defectuosa; lo relevante fue que se desconoció la dificultad para diferenciar entre la lesión maligna y la benigna. Esto, pues tras el diagnóstico no procuró realizar su confirmación, lo que constituía en el caso particular una elevación del riesgo no amparada por la *lex artis*. Así las cosas, precisa que el actor es responsable del delito de lesiones personales culposas por el desconocimiento del deber objetivo de cuidado.

5. Pruebas que obran en el expediente

A continuación se relacionan las pruebas más relevantes que reposan en el expediente:

- Poder especial otorgado el 19 de octubre de 2016 por José Edgar Duque Echeverri a Harold Aristizábal para presentar acción de tutela (cuaderno 5, folio 24).
- Sentencia penal de primera instancia, dictada el 19 de diciembre de 2012 por el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Cali (cuaderno 6, folios 171 a 201).
- Sentencia penal de segunda instancia, dictada el 14 de febrero de 2013 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali (cuaderno 6, folios 53 a 95).
- Demanda de casación presentada el 03 de abril de 2013 por el defensor de José Edgar Duque Echeverri, contra la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali (cuaderno 6, folios 13 a 44).
- Sentencia de casación, proferida el 29 de junio de 2016 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Rad.: 41245 (cuaderno 7, folios 24 a 78).

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer del asunto de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud del Auto del treinta (30) de marzo de dos mil diecisiete (2017) expedido por la Sala de Selección Número Tres de esta Corporación, que decidió escoger el expediente referido para su revisión.

En cumplimiento del artículo 61 del Acuerdo 02 de 2015²⁴, el presente caso fue sometido al conocimiento de la Sala Plena de la Corte Constitucional, la cual decidió -el veinticuatro (24) de mayo de dos mil diecisiete (2017)- que el mismo fuera resuelto por la Sala Novena de Revisión.

2. Presentación del caso, planteamiento de los problemas jurídicos y estructura de la decisión

2.1. El señor José Edgar Duque Echeverri, actuando mediante apoderado, instauró acción de tutela contra la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali y el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Cali, al considerar que vulneraron sus derechos fundamentales a la dignidad, al buen nombre y a la honra, al debido proceso, al trabajo y a la salud pública. El accionante estima vulnerados estos derechos por la decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de no casar la sentencia de segunda instancia (que confirmaba la condena penal del señor Duque Echeverri). En la acción de tutela se alega que la decisión adoptada adoleció tanto de defectos sustantivos, como de decisión sin motivación y defectos fácticos.

2.2. Con base en los antecedentes mencionados, la Sala debe determinar en primer lugar si concurren los requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales. Si se supera el análisis de procedibilidad, la Sala de Revisión deberá resolver si, al no casar el fallo de segunda instancia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia vulneró los derechos fundamentales del accionante a la dignidad, al buen nombre y a la honra, al debido proceso, al trabajo y a la salud pública por incurrir en los siguientes defectos:

2.2.1. Sustantivos, por (1) interpretar erróneamente el artículo 120 del Código Penal, al desconocer que en el ejercicio de sus actividades -conforme a las reglas de la profesión- los médicos no incurrir en el delito de lesiones personales culposas; (2) realizar una aplicación equivocada del artículo 23 del Código Penal al (i) exigir al accionante prever un resultado, (ii) ignorar que el informe de malignidad no fue el que causó el resultado (no existe nexo causal entre la opinión diagnóstica y el procedimiento quirúrgico realizado), debido a que el patólogo no tenía el dominio sobre la paciente; y (iii) desconocer que no se violó el deber objetivo de cuidado en tanto no se creó un riesgo, y tampoco se demostró que la inmunohistoquímica fuera un protocolo obligatorio y confirmatorio; y (3) interpretar y aplicar indebidamente (3.1) el artículo 10 de la Ley 23 de 1981, al (i) desconocer que el patólogo no tiene pacientes, no diagnostica y no tiene cómo indicar exámenes para precisar un diagnóstico que no puede hacer; y (3.2) el artículo 25 del Código Penal al desatender que (ii) el doctor Duque Echeverri no tenía posición de garante en tanto no es médico tratante y no se encontraba en la capacidad de definir el tratamiento (su ámbito de dominio se circunscribe al análisis de la muestra y su resultado puede ser o no contributivo para la definición del diagnóstico); (iii) la integridad física y la salud de la paciente estaban amenazadas por la presencia de los nódulos; (iv) con posterioridad al diagnóstico, el ginecólogo y el oncólogo no ordenaron la inmunohistoquímica, considerando de esta manera que no era obligatoria su realización conforme a la *lex artis*; y (v) el principio de confianza legítima no era aplicable respecto del patólogo sino del médico tratante.

2.2.2. De decisión sin motivación, al (i) contradecirse por afirmar que no discute la idoneidad profesional del patólogo ni la práctica de la observación arquitectural del tejido, pero que al no confirmar el diagnóstico éste elevó el riesgo; (ii) no sustentar por qué el patólogo tiene un deber de cuidado sobre la paciente; y (iii) no tener en consideración que la adenosis esclerosante (benigna), puede evolucionar a malignidad, generando incertidumbre y una exposición grave del riesgo para la paciente, lo cual debía ser asumido por el médico tratante.

2.3.3. Fácticos, por (1) no apreciar integralmente los informes de Liliana Moreno (en el cual se indica que la no realización del estudio de inmunohistoquímica “no necesariamente está en contra de la *lex artis*”) y de los mastólogos José Caicedo y Fernando Perry (quienes señalaron que con el sólo antecedente familiar “se puede pensar en realizar mastectomías preventivas”); (2) dar por acreditados hechos sin que existiera prueba de los mismos,

ignorando que (i) el patólogo no es médico tratante, no define diagnósticos y no determina tratamientos, simplemente identifica patologías; por lo que su reporte es una ayuda de orientación para el médico tratante, junto con la valoración clínica y otros exámenes; (ii) el estudio de inmunohistoquímica no es una condición necesaria para emitir el informe de patología cuando el diagnóstico es maligno; (iii) en virtud de la discrecionalidad científica, el patólogo no está en la obligación de aplicar todos los medios científicos; y (iv) los jueces no pueden entrar en la discusión científica, ni definir la práctica médica adecuada o esperada en un caso particular; y (3) no valorar las pruebas conforme con los estándares, ya que los testimonios y peritajes no fueron suficientes para que las autoridades tuvieran el “grado de certeza requerido”. En particular, no se probó que el estudio de inmunohistoquímica fuera un estudio prevalente sobre la observación estructural del tejido.

2.3. Para abordar el estudio de los problemas descritos, la Sala (i) se pronunciará sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales -haciendo énfasis en los defectos sustantivos, de decisión sin motivación y fácticos como requisitos específicos-; (ii) determinará si en el caso concurren los requisitos generales de procedibilidad; y, de superarse el anterior presupuesto, (iii) estudiará si los requisitos que se han expuesto sobre los defectos sustantivos, de decisión sin motivación y fácticos se cumplen en el caso objeto de estudio.

3.1. Con la Sentencia C-590 de 2005 la Corte Constitucional sintetizó las causales genéricas de procedibilidad, señalando que “la tutela sólo puede proceder si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad. Dentro de estos pueden distinguirse unos de carácter general, que habilitan la interposición de la tutela, y otros de carácter específico, que tocan con la procedencia misma del amparo, una vez interpuesto.”²⁵ Esta doctrina ha sido reiterada por la Corte Constitucional en numerosas ocasiones²⁶.

3.1.1. Respecto de los primeros, señaló que son requisitos generales de procedibilidad (i) que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; (ii) que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable; (iii) que se cumpla el requisito de la inmediatez; (iv) cuando se trate de una irregularidad procesal, la misma debe tener un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna; (v) que la parte actora identifique de manera

razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial -siempre que esto hubiere sido posible- ; y (vi) que no se trate de sentencias de tutela²⁷.

3.1.2. En relación con los requisitos específicos de procedibilidad, indicó que “para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas. (...) [P]ara que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos (...)”²⁸

Dentro de los mencionados requisitos específicos se encuentran -en tanto no son taxativos- (i) el defecto orgánico; (ii) el defecto procedimental; (iii) el defecto fáctico; (iv) el defecto material o sustantivo; (v) el error inducido; (vi) la decisión sin motivación; (vii) el desconocimiento del precedente; y (viii) la violación directa de la Constitución.

3.2. Teniendo en consideración que en el asunto bajo estudio se alega la presunta ocurrencia de defectos sustantivos, de decisión sin motivación y fácticos, la Sala de Revisión profundizará en el desarrollo que de estos ha realizado la Corte Constitucional.

3.2.1. Respecto del defecto sustantivo, se ha determinado que se trata de un yerro producto de la irregular interpretación o aplicación de normas jurídicas a un caso sometido a conocimiento del juez²⁹. Si bien las autoridades judiciales son autónomas e independientes para establecer cuál es la norma que fundamenta la solución del caso puesto bajo su conocimiento -y para interpretarlas y aplicarlas, estas facultades no son absolutas, por lo que excepcionalmente el juez de tutela debe intervenir para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales y de la Constitución³⁰, sin que ello implique señalar la interpretación correcta o conveniente en un caso específico por encima del juez natural³¹.

La Corte ha indicado que este defecto se presenta de diferentes maneras, como cuando:

(i) la decisión judicial se basa en una norma que no es aplicable, porque a) no es pertinente, b) ha sido derogada y por tanto perdió vigencia, c) es inexistente, d) ha sido declarada contraria a la Constitución, o e) a pesar de que la norma cuestionada está vigente y es constitucional, no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque la norma utilizada, por ejemplo, se le dan efectos distintos a los señalados expresamente por el

legislador;

(ii) a pesar de la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra, prima facie, dentro del margen de interpretación razonable o “la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes” o cuando se aplica una norma jurídica de forma manifiestamente errada, sacando de los parámetros de la juridicidad y de la interpretación jurídica aceptable la decisión judicial;

(iii) no se toman en cuenta sentencias que han definido su alcance con efectos erga omnes;

(iv) la disposición aplicada se torna injustificadamente regresiva o contraria a la Constitución;

(v) un poder concedido al juez por el ordenamiento jurídico se utiliza “para un fin no previsto en la disposición”;

(vi) la decisión se funda en una hermenéutica no sistémica de la norma, con omisión del análisis de otras disposiciones que regulan el caso; o

(vii) se desconoce la norma constitucional o legal aplicable al caso concreto³².

En ese sentido, se tiene que no cualquier divergencia frente al criterio interpretativo en una decisión judicial configura un defecto sustantivo, sólo aquellas que resultan irrazonables, desproporcionadas, arbitrarias y caprichosas, de lo contrario, no sería procedente la acción de tutela³³. Debe por tanto, tratarse de una irregularidad de tal entidad que haya llevado a proferir una decisión que obstaculice o lesione la efectividad de los derechos fundamentales³⁴. De esta manera, se ha señalado que pueden existir vías jurídicas distintas para resolver un caso concreto, admisibles en la medida que sean compatibles con las garantías y derechos fundamentales de los sujetos procesales³⁵.

3.2.2. Acerca del defecto de decisión sin motivación, la Corte Constitucional ha establecido que este se configura con el incumplimiento por parte de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones³⁶. Así, se ha precisado que justamente la motivación de los actos jurisdiccionales constituye una barrera a la

arbitrariedad judicial y contribuye a garantizar la sujeción del juez al ordenamiento jurídico y el posterior control sobre la razonabilidad de la providencia³⁷.

No obstante, en virtud del principio de autonomía judicial, no le corresponde al juez de tutela establecer cuál debe ser la conclusión del juez natural. En ese sentido, se tiene que “sólo en aquellos casos en que la argumentación es decididamente defectuosa, abiertamente insuficiente o, en últimas, inexistente, puede el juez de tutela intervenir en la decisión judicial para revocar el fallo infundado. En esos términos, la Corte reconoce que la competencia del juez de tutela se activa únicamente en los casos específicos en que la falta de argumentación decisoria convierte la providencia en un mero acto de voluntad del juez, es decir, en una arbitrariedad.”³⁸

En relación con las anteriores consideraciones, la Corte ha establecido que se puede presentar este tipo de defecto cuando la providencia judicial (i) no da cuenta de los hechos y los argumentos traídos por los sujetos vinculados al proceso -particularmente cuando resultan esenciales para el sentido de la decisión-; (ii) no justifica el motivo por el cual se abstiene de pronunciarse sobre ciertos temas; o (iii) los despacha de manera insuficiente, bajo consideraciones retóricas o en conjeturas carentes de sustento probatorio o jurídico alguno³⁹.

3.2.3. En relación con el defecto fáctico, la Corte Constitucional ha indicado que éste tiene lugar cuando el apoyo probatorio en el cual se basa el juzgador para resolver un caso es absolutamente inadecuado⁴⁰. Así, si bien la valoración de las pruebas corresponde al juez, en ejercicio de los principios de autonomía e independencia judicial, de su papel como director del proceso, de los principios de inmediación y de apreciación racional de la prueba, este amplio margen de apreciación está sujeto a la Constitución y a la ley⁴¹. Por esa razón, debe realizarse conforme a unos criterios objetivos, racionales y rigurosos⁴², de acuerdo con las reglas de la sana crítica, los parámetros de la lógica, de la ciencia y de la experiencia⁴³.

A partir de lo anterior, en la práctica judicial la Corte ha encontrado tres hipótesis en las cuales se configura el defecto fáctico: (i) cuando existe una omisión en el decreto y en la práctica de pruebas que eran necesarias en el proceso; (ii) cuando se hace una valoración defectuosa o contraevidente de las pruebas existentes; y (iii) cuando no se valora en su integridad el acervo probatorio⁴⁴.

Estas hipótesis pueden configurarse por conductas omisivas o activas, dando lugar a las dos dimensiones del defecto fáctico, la negativa (u “omisiva”) y la positiva (o “por acción”)⁴⁵. La primera se presenta cuando el juez se niega a dar por probado un hecho que aparece en el proceso, sea porque (i) niega, ignora o no valora las pruebas solicitadas; o (ii) a pesar de poder decretar la prueba, no lo hace por razones injustificadas. La segunda se presenta cuando, a pesar de que la prueba sí obra en el proceso, el juez (i) hace una errónea interpretación de ella, al atribuirle la capacidad de probar un hecho que no aparece en el proceso o al estudiarla de manera incompleta; (ii) valora pruebas ineptas o ilegales; o (iii) valora pruebas indebidamente practicadas o recaudadas⁴⁶.

No obstante, no se trata de cualquier yerro, por cuanto éste debe satisfacer los requisitos de (i) irrazonabilidad, que quiere decir que el error debe ser ostensible, flagrante y manifiesto; y (ii) trascendencia, que implica que el error alegado debe tener ‘incidencia directa’, ‘trascendencia fundamental’ o ‘repercusión sustancial’ en la decisión judicial adoptada, lo que quiere decir que, de no haberse presentado, la decisión hubiera sido distinta⁴⁷. De esta manera, se tiene que las divergencias subjetivas de la apreciación probatoria no configuran un defecto fáctico⁴⁸.

Esto es así, porque frente a interpretaciones diversas y razonables, el juez natural debe determinar, conforme con los criterios señalados, cuál es la que mejor se ajusta al caso concreto⁴⁹. En consecuencia, el juez de tutela debe privilegiar los principios de autonomía e independencia judicial⁵⁰, por lo que debe considerar que, en principio, la valoración de las pruebas realizadas por el juez natural es razonable y legítima⁵¹.

En ese sentido, el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto⁵², por lo que su intervención debe ser de carácter extremadamente reducido⁵³. Lo anterior, en la medida en que el juez constitucional no puede percibir como fuente directa los elementos probatorios tanto como el juez ordinario en ejercicio del principio de inmediación probatoria⁵⁴.

3.2.4. Estudiadas las consideraciones que sobre los requisitos generales y específicos ha esbozado la Corte Constitucional -en particular sobre los defectos sustantivos, de decisión sin motivación y fácticos-, la Sala Novena de Revisión pasa a analizar si en el caso concreto se

cumplen los requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales.

4. Cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción tutela contra providencias judiciales en el caso concreto

4.1. En el presente caso se cumplen los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

4.3. En el asunto bajo examen, se tiene que (i) el asunto es de relevancia constitucional, en cuanto plantea la posible vulneración de los derechos fundamentales a la dignidad, al buen nombre y a la honra, al debido proceso y al trabajo del patólogo José Edgar Duque Echeverri, por los supuestos errores cometidos por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al interpretar las normas, sustentar su decisión, analizar la valoración del acervo probatorio por parte de los jueces de instancia y la aplicación de la *lex artis*.

(ii) El accionante no cuenta con otro mecanismo para controvertir la decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que resolvió el recurso extraordinario de casación. En particular, se encuentra que en el caso objeto de estudio no es procedente promover un recurso extraordinario de revisión, pues las razones por las cuales se cuestiona la sentencia no se subsumen en ninguna de las causales establecidas en el Código de Procedimiento Penal (artículo 192).⁵⁵

(iii) La acción de tutela cumple con el requisito de inmediatez, en tanto fue instaurada el 21 de octubre de 2016, y la decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia fue proferida el 29 de junio de 2016. Es decir, transcurrieron menos de cuatro (4) meses entre el acto supuestamente violatorio de los derechos fundamentales y la presentación del recurso amparo.

(iv) En el caso no se alega una irregularidad procesal, sino supuestos vicios predicables específicamente de la sentencia.

(v) El accionante identificó con suficiente claridad y extensión el acto que a su juicio es violatorio de sus derechos fundamentales, y además expuso las razones por las cuales considera que se presenta dicha violación. Respecto de la identificación del acto, señala

como origen de la violación la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de 29 de junio de 2016. En relación con los motivos por los cuales considera a dicho fallo violatorio de sus derechos, en la acción de tutela señala que se presentan cuatro defectos sustantivos, tres defectos de decisión sin motivación y seis defectos fácticos (supra, antecedentes, puntos 2.1, 2.2 y 2.3).

(vi) Como se ha señalado a lo largo del presente análisis, el reproche no va dirigido contra una sentencia de tutela, sino contra la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que resolvió el recurso extraordinario de casación elevado por el abogado del patólogo José Edgar Duque Echeverri, la cual no casó la sentencia proferida en segunda instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, que a su vez confirmó parcialmente el fallo condenatorio proferido por el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Cali.

4.4. Visto lo anterior, la Sala de Revisión debe pasar a resolver si, al no casar el fallo de segunda instancia (que confirmaba la condena penal del señor Duque Echeverri), la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia incurrió en defectos sustantivos, de decisión sin motivación y fácticos, vulnerando los derechos fundamentales del accionante.

5. Análisis de los requisitos específicos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. En el caso concreto no se configuran defectos sustantivos, decisión sin motivación, ni defectos fácticos

5.1. Debe señalarse que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia no incurrió en ningún defecto sustantivo, de decisión sin motivación ni fáctico al estudiar la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, por cuanto no hubo una interpretación o aplicación irregular, irrazonable, desproporcionada, arbitraria o caprichosa de las normas; la argumentación no fue defectuosa, insuficiente o inexistente; así como tampoco se presentó un error ostensible, flagrante o manifiesto en el decreto, práctica o valoración del material probatorio. Para corroborar lo anterior, se analizarán los defectos alegados en la acción de tutela y se contrastará con lo establecido en la providencia que se refuta.

5.2. La Sala debe resolver si con la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se configuraron defectos sustantivos por (5.2.1) interpretar

erróneamente el artículo 120 del Código Penal⁵⁶, al desconocer que en el ejercicio de sus actividades -conforme a las reglas de la profesión- los médicos no incurren en el delito de lesiones personales culposas⁵⁷; (5.2.2) realizar una aplicación equivocada del artículo 23 del Código Penal⁵⁸ por (i) exigir al accionante prever un resultado, (ii) no considerar que el informe de malignidad no fue el que causó el resultado (no existe nexo causal entre la opinión diagnóstica y el procedimiento quirúrgico realizado), debido a que el patólogo no tenía el dominio sobre la paciente; y (iii) desconocer que no se violó el deber objetivo de cuidado en tanto no se creó un riesgo, y tampoco se demostró que la inmunohistoquímica fuera un protocolo obligatorio y confirmatorio⁵⁹; y (5.2.3) interpretar y aplicar indebidamente (5.2.3.1) el artículo 10 de la Ley 23 de 1981, al (i) desconocer que el patólogo no tiene pacientes, no diagnostica y no tiene cómo indicar exámenes para precisar un diagnóstico que no puede hacer; y (5.2.3.2) el artículo 25 del Código Penal⁶⁰ al desatender que (ii) el doctor Duque Echeverri no tenía posición de garante en tanto no es médico tratante y no se encontraba en la capacidad de definir el tratamiento (su ámbito de dominio se circunscribe al análisis de la muestra y su resultado puede ser o no contributivo para la definición del diagnóstico); (iii) la integridad física y la salud de la paciente estaban amenazadas por la presencia de los nódulos; (iv) con posterioridad al diagnóstico, el ginecólogo y el oncólogo no ordenaron la inmunohistoquímica, considerando de esta manera que no era obligatoria su realización conforme a la *lex artis*; y (v) el principio de confianza legítima no es aplicable respecto del patólogo sino del médico tratante⁶¹.

Al respecto, no encuentra la Sala que se haya configurado error alguno en la interpretación o aplicación de los artículos 23, 25 y 120 del Código Penal y 10 de la Ley 23 de 1981. Lo anterior, por cuanto:

5.2.1. En primer lugar, debe señalarse que no se presenta el yerro alegado de interpretación errónea del artículo 120 del Código Penal, por cuanto de la argumentación de la Corte Suprema de Justicia se deriva precisamente que en el ejercicio de sus actividades -conforme a las reglas de la profesión- los médicos no incurren en el delito de lesiones personales culposas. No obstante, también señala que el daño es penalmente relevante cuando en el ejercicio de la práctica médica se inobserva el deber objetivo de cuidado que impone la *lex artis*.

En relación con esto, la Corte Suprema de Justicia indicó que la Sala Penal del Tribunal

Superior del Distrito Judicial de Cali precisó que “la ciencia médica hace parte del progreso moderno y que si se ejerce dentro de la lex artis no cabe formular un juicio de reproche, así no se produzca el resultado esperado.”⁶²

Por su parte, estableció 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.”⁶³ Conforme con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia precisó que los actos realizados en ejercicio de la medicina pueden caer en el ámbito de la imputación objetiva, cuando el agente asume voluntariamente la posición de garante respecto del paciente, inobserva el deber objetivo de cuidado que le impone la lex artis y, como consecuencia, causa un daño antijurídico⁶⁴. De manera correlativa, señaló que no serán penalmente relevantes los riesgos cuando el daño ha sido generado dentro del riesgo permitido y la observación de la lex artis⁶⁵.

En tal sentido, no hay un defecto sustantivo en la interpretación del artículo 120 del Código Penal.

5.2.2. En segunda medida, debe establecerse que no se presentó una aplicación equivocada del artículo 23 del Código Penal, puesto que:

(i y ii) La aplicación de la norma por parte de la Corte Suprema de Justicia es razonable, por cuanto a la luz de los hechos del caso era previsible que el diagnóstico sería determinante para la realización de la mastectomía radical.

Al respecto, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali había afirmado que “el resultado, esto es, la extirpación del seno, era previsible y atribuible al patólogo, pues aunque su diagnóstico fue contundente faltó al deber objetivo de cuidado por no requerir estudios diferenciales adicionales, y porque (...) el diagnóstico debió interpretarse en conjunto con factores adicionales.”⁶⁶

A su vez, la Corte Suprema de Justicia determinó que “lo esencial de la culpa no reside en

actos de voluntariedad del sujeto agente (...) sino en el desvalor de la acción por él realizada, signado por la contrariedad o desconocimiento del deber objetivo de cuidado. (...) la atribución jurídica de la responsabilidad culposa exige que con su comportamiento imprudente, el agente haya creado o extendido un riesgo no permitido por las reglas de conducta a las que debía sujetar su actividad, y que ese riesgo se concrete en un resultado lesivo (...).”⁶⁷

De acuerdo con esto, precisó que una de las precauciones que con carácter general debe atender el profesional de la medicina es diagnosticar correctamente la patología y establecer la terapia a seguir⁶⁸, y que en el caso lo relevante fue que conociendo “la dificultad inherente a la distinción entre la lesión maligna y la benigna (...) [el doctor Duque Echeverri] se quedó con su observación inicial y pasó por alto algunos de los factores para valorar la pertinencia de la *lex artis* del oficio al tratamiento de la paciente Restrepo Cañón, en particular la trascendencia vital que para la condición de vida de aquella suponía un diagnóstico de carcinoma, así como los antecedentes del propio caso”⁶⁹, de manera tal que era previsible que un diagnóstico de cáncer incidiría de manera decisiva en la determinación del mastólogo de realizar la resección total del seno, con el agravante adicional de que el carcinoma bien podría estar ocultando o enmascarando una adenosis esclerosante⁷⁰.

(iii) La interpretación y aplicación de la normatividad por parte de la Sala de Casación Penal no es irrazonable, arbitraria ni caprichosa, puesto que al aplicar el derecho no indicó que se creara un riesgo, sino determinó que en sí la medicina es una actividad riesgosa y que el riesgo permitido se elevó al no realizar el estudio de inmunohistoquímica, el cual era necesario debido a la dificultad para diferenciar la lesión benigna de la maligna, y por las consecuencias que la no confirmación acarrearían para la paciente.

En relación con esto, ya se hizo referencia a las consideraciones de la Corte Suprema de Justicia referentes a que la medicina es una actividad riesgosa, y que la teoría de la imputación objetiva aplica cuando se crea un riesgo y se genera un daño por la inobservancia del deber objetivo de cuidado (*supra*, fundamento jurídico nº 5.2.1).

También se señaló en esa providencia que dicha teoría también aplica cuando se presenta una elevación del riesgo permitido, que se da cuando “una persona con su comportamiento supera el arriesgo admitido o tolerado jurídica y socialmente, así como cuando, tras

sobrepasar el límite de lo aceptado o permitido, intensifica el peligro de causación de daño.”⁷¹ Así, el incremento del riesgo permitido “puede llegar a defraudar la expectativa que se sustenta en la idoneidad de quien tiene un título académico y cuenta con la experiencia necesaria que lo legitima para ejercer la profesión médica: lo anterior, siempre y cuando la superación del riesgo permitido se realice tras la asunción de la posición de garante, ya sea a través de un diagnóstico, tratamiento o postratamiento capaz de generar una lesión al bien jurídico que se habría podido evitar -por ser previsible- de haber actuado el agente con las precauciones técnicas del caso.”⁷²

Sobre la pertinencia de la realización del estudio de inmunohistoquímica, la Corte Suprema de Justicia consideró que en el proceso quedó demostrado que dicho estudio es útil para distinguir las dos patologías (el carcinoma de la adenosis esclerosante)⁷⁵. Específicamente, señaló que “[l]a utilidad del estudio mencionado consta en los peritajes e informes vertidos en el juicio; así aparece, por ejemplo, en el informe del Grupo de Patología Forense del Instituto de Medicina (...) También, en el informe anatomo-patológico proveniente del Instituto Nacional de Cancerología (...).”⁷⁶ Asimismo, indicó que lo que se reprocha al patólogo es que “tras realizar el análisis del tejido mamario de la paciente, el cual arrojó como resultado la existencia de un carcinoma -lesión maligna-, no realizara un estudio confirmatorio de inmunohistoquímica, que apoyara la citada conclusión, o bien que la descartara y en su lugar reportara la existencia de una adenosis esclerosante, lesión benigna que se suele confundir con la maligna. Lo anterior, teniendo en cuenta que la biopsia realizada con posterioridad a la mastectomía dio como resultado que la lesión, efectivamente, resultó ser una adenosis y no un carcinoma.”⁷⁷

De esta manera, no se encuentra configurado el error en la hermenéutica del artículo 23 del Código Penal.

5.2.3. En tercer lugar, se tiene que no hay una interpretación o aplicación indebida de los artículos 25 del Código Penal ni 10 de la Ley 23 de 1981, debido a que:

(i y ii) La interpretación que de los artículos 10 de la Ley 23 de 1981 y 25 del Código Penal realiza la Sala de Casación Penal no es arbitraria, porque justamente estas normas imponen el deber de actuar prudentemente y minimizar los riesgos que se puedan presentar en ejercicio de la actividad médica.

Al respecto, la Sala de Casación Penal precisó que la posición de garante no es “una forma de participación sino una condición que la ley exige para la imputación de la conducta a título de omisión impropia o de comisión por omisión, (...) que hace que surja en el sujeto el deber jurídico de evitar el resultado típico, (...) en el entendido (...) de que al profesional de la medicina no solamente le es exigible abstenerse de dañar al paciente, sino que además tiene el deber de conservar, mejorar su estado de salud y, eventualmente, minimizar la nocividad de los efectos de las prácticas científicas aplicables.”⁷⁸

En particular, indicó 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 (...) 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.”⁷⁹ En el caso concreto, se tiene que el doctor Duque “asumió la posición de garante respecto de la paciente María Teresa Restrepo Cañón, en virtud de lo normado en el numeral 1º del artículo 25 del C. Penal y en los términos del artículo 10 de la Ley 23 de 1981, que consagra: “el médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente.”⁸⁰

(iii) La interpretación realizada por la Corte Suprema de Justicia del artículo 25 del Código Penal es adecuada, por cuanto precisamente la posición de garante exigía adoptar las medidas necesarias para reducir los riesgos y no causar un daño a la integridad personal de la paciente. Así, la Sala observa que el factor señalado como equívoco por parte del accionante hace parte de una apreciación que no desvirtúa la interpretación realizada por la Sala de Casación Penal respecto del precepto legal aplicado.

Así, frente a la alegación del accionante acerca de que “la integridad física y la salud de la paciente estaban amenazadas por la presencia de los nódulos”, debe considerarse que precisamente la Corte Suprema de Justicia determinó que -tal como lo hizo el Juzgado y lo confirmó el Tribunal- el patólogo debió adoptar todas las medidas posibles, alcanzables y científicamente viables para disminuir el riesgo que implicaba sostener un diagnóstico sin

tener en cuenta que podía existir un tumor benigno, especialmente al considerar que “cada vez más se practica la inmunohistoquímica para tener mayor certeza sobre una determinada patología y ello es lógico porque va en beneficio necesariamente de la vida e integridad personal del paciente.”⁸¹

(iv) Al aplicar el artículo 25 del Código Penal, tanto la Corte Suprema de Justicia como los jueces penales de instancia, determinaron que fue el patólogo quien elevó el riesgo permitido al omitir la realización del estudio de inmunohistoquímica, no siendo imputable la anterior conducta a los otros médicos señalados por el accionante.

En ese sentido, además de lo señalado respecto de la importancia de realizar el estudio de inmunohistoquímica en el caso concreto (supra, fundamento jurídico nº 5.2.2), la Corte Suprema de Justicia sostuvo en su providencia -en relación con lo ya señalado respecto de la teoría de la imputación objetiva (supra, fundamento jurídico nº 5.2.1)-, que “[t]ampoco 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.”⁸²

(v) En el caso concreto se determinó por parte de los jueces penales, que fue el patólogo quien elevó el riesgo permitido al inobservar el deber objetivo de cuidado. En ese sentido, se encuentra que el supuesto yerro obedece a una particular interpretación del accionante que no desvirtúa la realizada por la Corte Suprema de Justicia y los jueces de instancia. De esta manera, se encuentra que es razonable la interpretación del artículo 25 del Código Penal efectuada por la Corte Suprema de Justicia.

En relación con esto, ya se estableció (supra, fundamento jurídico nº 5.2.2) que para los jueces de instancia y la Sala de Casación Penal, “era previsible que un diagnóstico de cáncer incidiría de manera decisiva en la determinación del mastólogo de realizar la resección total del seno, (...) con el agravante adicional de que el carcinoma bien podría estar ocultando o enmascarando una adenosis esclerosante (...)”. Asimismo, ya se estableció en este acápite que la Corte Suprema de Justicia determinó que el riesgo no permitido no se concreta 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’”⁸³. Así, en el caso concreto se determinó por parte de los jueces penales, que fue el patólogo quien elevó el riesgo permitido al inobservar el deber objetivo de cuidado (infra, fundamento jurídico nº 5.3.1).

Visto lo anterior, se encuentra que la Corte Suprema de Justicia no erró al interpretar o aplicar los artículos 25 del Código Penal ni 10 de la Ley 23 de 1981.

5.2.4. Así las cosas, queda demostrado hasta este punto que al interpretar y aplicar los artículos 23, 25 y 120 del Código Penal y 10 de la Ley 23 de 1981, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia no incurrió en ningún defecto sustantivo en su providencia de veintinueve (29) de junio de dos mil dieciséis (2016).

5.3. Por otro lado, la Sala de Revisión debe determinar si la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia adolece de defectos de decisión sin motivación al (i) contradecirse por afirmar que no discute la idoneidad profesional del patólogo ni la práctica de la observación arquitectural del tejido, pero que al no confirmar el diagnóstico éste elevó el riesgo; (ii) no sustentar por qué el patólogo tiene un deber de cuidado sobre la paciente; y (iii) no tener en consideración que la adenosis esclerosante (benigna), puede evolucionar a malignidad, generando incertidumbre y una exposición grave del riesgo para la paciente, lo cual debía ser asumido por el médico tratante⁸⁴.

(i) No hay ninguna incoherencia en la argumentación de los jueces penales, ya que justamente reconocen que por la trayectoria académica y profesional del patólogo, éste conocía la dificultad para diferenciar las lesiones, razón por la que debió confirmar la observación arquitectural del tejido con el estudio de inmunohistoquímica.

Así, la Sala de Casación Penal dejó claramente establecido que -tal como fue determinado por el a quo- en el proceso no se discutía la experiencia, trayectoria, idoneidad profesional y profundidad académica del doctor Duque Echeverri, así como tampoco que la práctica del estudio de patología que aquél llevó a cabo sobre el material biológico examinado (la observación arquitectural del tejido) hubiese sido defectuosa⁸⁵. Lo que se reprochaba era que “conociendo el dr. Duque -como bien la conoce cualquier patólogo competente- la

dificultad inherente a la distinción entre la lesión maligna y la benigna (...) se quedó con su observación inicial y pasó por alto algunos de los factores para valorar la pertinencia de la *lex artis* del oficio al tratamiento de la paciente Restrepo Cañón (...).”⁸⁶

(ii) Frente al yerro alegado en relación con que no se sustentó por qué el patólogo tenía un deber de cuidado sobre la paciente, debe indicarse que la controversia no fue planteada por el accionante al interponer el recurso de casación, y que en sede de tutela da por sentado que se cumplió con el deber de cuidado. En relación con esto, el accionante arguyó que no se violó el deber objetivo de cuidado en tanto el diagnóstico se realizó conforme con la *lex artis*⁸⁷. En tal sentido, se tiene que -con fundamento en el principio de buena fe- a nadie le es permitido ir en contra de sus propios actos (*venire contra factum proprium non valet*). En todo caso, ya se demostró (*supra*, fundamentos jurídicos n° 5.2.1 y 5.2.2) que tal como fue determinado por las instancias judiciales competentes, en el caso concreto el patólogo inobservó el deber objetivo de cuidado que le era atribuible por el ejercicio de la práctica médica, lo cual elevó el riesgo permitido y se concretó en el daño antijurídico sufrido por la paciente.

(iii) Se plantea una hipótesis que implicaría reabrir el debate de fondo, por cuanto conllevaría a analizar una simple posibilidad, consistente en los supuestos efectos que habría tenido en la paciente la no realización de la mastectomía. Por tal razón, dicho cuestionamiento no puede ser estudiado en sede de tutela.

De este modo, se tiene que la interpretación de la Corte Suprema de Justicia no es defectuosa, insuficiente o inexistente.

5.3.2. De lo anterior se infiere que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia no incurrió en ningún defecto de decisión sin motivación con su providencia de veintinueve (29) de junio de dos mil dieciséis (2016).

5.4. Finalmente, corresponde a la Sala de Revisión señalar si la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia incurrió en defectos fácticos por (5.4.1) no apreciar integralmente los informes de Liliana Moreno (en el cual se indica que la no realización del estudio de inmunohistoquímica “no necesariamente está en contra de la *lex artis*”) y de los mastólogos José Caicedo y Fernando Perry (quienes señalaron que con el sólo antecedente familiar “se puede pensar en realizar mastectomías preventivas”)⁸⁸; (5.4.2) dar por acreditados hechos

sin que existiera prueba de los mismos, ignorando que (i) el patólogo no es médico tratante, no define diagnósticos y no determina tratamientos, simplemente identifica patologías; por lo que su reporte es una ayuda de orientación para el médico tratante, junto con la valoración clínica y otros exámenes; (ii) el estudio de inmunohistoquímica no es una condición necesaria para emitir el informe de patología cuando el diagnóstico es maligno; (iii) en virtud de la discrecionalidad científica, el patólogo no está en la obligación de aplicar todos los medios científicos; y (iv) los jueces no pueden entrar en la discusión científica, ni definir la práctica médica adecuada o esperada en un caso particular⁸⁹; y (5.4.3) no valorar las pruebas conforme con los estándares, ya que los testimonios y peritajes no fueron suficientes para que las autoridades tuvieran el “grado de certeza requerido”. En particular, no se probó que el estudio de inmunohistoquímica fuera un estudio prevalente sobre la observación estructural del tejido⁹⁰.

Frente a lo anterior, debe establecerse que no se presentó ningún error en la valoración probatoria que hubiera sido determinante para alterar la decisión de los jueces penales. En relación con esto, debe precisarse que:

5.4.1. En primer lugar, se tiene que decisiones de los jueces penales se fundamentaron en un análisis integral del acervo probatorio, dentro del cual se encontraron algunos informes que apoyaban la tesis del accionante. No obstante, al valorar el material probatorio en su conjunto -y a la luz de las particularidades del caso-, los jueces penales arribaron, entre diversas y razonables interpretaciones, a la que consideraron más adecuada al caso concreto.

En tal sentido, dentro del proceso penal se valoraron integralmente las pruebas recaudadas. Al respecto, la Sala de Casación Penal señaló que “es verdad, como lo menciona el recurrente, que algunos de los médicos expertos que concurrieron al juicio -no la mayoría de ellos, precisa la Corte- manifestaron que el hallazgo reportado por el dr. Duque Echeverry no ameritaba una confirmación a través del estudio adicional de inmunohistoquímica. // Pero lo anterior no descarta las conclusiones a las que se ha llegado en la sentencia de instancia y en esta sede extraordinaria, pues tales conceptos solamente expresan un criterio científico, mas no reemplazan el análisis del caso con todas sus variantes y circunstancias detalladas de tiempo, modo y lugar. Así, aunque no se descarta que eventualmente, en un caso determinado, la observación arquitectural del tejido sea suficiente para llegar a una

determinada conclusión, lo cierto es que en este caso particular no lo fue, lo que dio lugar a un incumplimiento relevante en el deber objetivo de cuidado y la aplicación indebida de la *lex artis* de la disciplina.”⁹¹

De esta manera, se concluye que la valoración probatoria realizada en el marco del proceso penal no fue arbitraria.

5.4.2. En segunda medida, se encuentra que no es cierto que se hayan dado por acreditados hechos sin que hubiera existido prueba de los mismos. Esto, en la medida que:

(i) No se encuentra que en la argumentación de la Corte Suprema de Justicia se haya considerado al patólogo como médico tratante. Lo que sí es claro -y ya se referenció supra (fundamento jurídico nº 5.2.3)- es que dicha Corporación y los jueces de instancia consideraron que el patólogo tenía posición de garante.

(ii y iii) Para determinar la importancia que tenía la realización del estudio de inmunohistoquímica, las instancias judiciales contaban con el apoyo probatorio adecuado, tal como se indicó previamente (fundamento jurídico nº 5.4.1.). Así, ya se hizo referencia reiteradamente a la importancia que para los jueces penales tenía en el caso concreto la realización del estudio de inmunohistoquímica, quienes a su vez determinaron que su omisión elevó el riesgo permitido e incidió de manera decisiva en el resultado (supra, fundamento jurídico nº 5.2.2 y 5.2.3).

(iv) Los jueces no se inmiscuyeron en discusiones científicas, sino que a la luz de los estándares de la medicina (i.e. las reglas de la *lex artis*) determinaron que se había excedido el riesgo permitido al omitir el estudio de inmunohistoquímica, lo que finalmente fue determinante para la realización de la mastectomía radical.

En lo que tiene que ver con este punto, la Corte Suprema de Justicia dejó claramente establecido que la medicina es una actividad riesgosa, y que los actos realizados en ejercicio de la misma “pueden caer en el ámbito de la imputación objetiva, cuando el agente asume voluntariamente la posición de garante respecto del paciente, inobserva el deber objetivo de cuidado que le impone la *lex artis* y, como consecuencia, causa un daño antijurídico” (supra, fundamento jurídico nº 5.2.1). Asimismo, indicó que para determinar lo anterior, los jueces deben señalar “cuál es el parámetro de precaución -protocolo, norma, manual, baremo o

actividad concreta conforme a la *lex artis*- 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.”⁹³

En relación con el caso concreto, la Sala de Casación Penal trajo a colación -y acogió- la decisión del juzgado, confirmada por el Tribunal, que advirtió que “fue un hecho cierto y probado en el juicio oral que la adenosis esclerosante es de difícil diagnóstico diferencial, lo que es conocido por la comunidad médica, en especial por los patólogos, por ello al conocerse que es muy similar el carcinoma ductal de tipo tubular debió adoptarse por el procesado todas las medidas posibles, alcanzables y científicamente viables para disminuir el riesgo que implicaba sostener un diagnóstico sin tener en cuenta que podía existir un tumor benigno, como en efecto sucedió”⁹⁴. En virtud de lo anterior, se determinó que “la *lex artis* de la patología aplicable al caso de la paciente María Teresa Restrepo Cañón, ha debido tener en cuenta la trascendencia vital que para la vida de relación de aquella habría de traer un diagnóstico no confirmado de carcinoma ductal tubular (...).”⁹⁵

Así las cosas, se evidencia que la Corte Suprema de Justicia no incurrió en algún yerro, puesto que todos los hechos en los que fundamentó su providencia se encontraron debidamente probados.

5.4.3. En tercer lugar, debe indicarse que los jueces penales realizaron un análisis razonable y legítimo de todo el material probatorio, lo que les permitió llegar al grado de convicción necesario para emitir su veredicto. Esto es, que además de efectuar la observación arquitectural del tejido -cuya realización y resultado no se discutió-, el patólogo debió agotar las prácticas que redujeran al máximo los riesgos que pudiera tener un dictamen sobre carcicoma, que en el caso concreto era el estudio de inmunohistoquímica; y que a ser éste omitido, se elevó el riesgo permitido, el cual se materializó en el daño antijurídico sufrido por la paciente.

Así, ya se ha indicado que se valoraron integralmente las pruebas recaudadas (supra, fundamento jurídico nº 5.4.1). También se señaló que “fue un hecho cierto y probado en el juicio oral que la adenosis esclerosante es de difícil diagnóstico diferencial (...) por ello al conocerse que es muy similar el carcinoma ductal de tipo tubular debió adoptarse por el

procesado todas las medidas posibles, alcanzables y científicamente viables para disminuir el riesgo que implicaba sostener un diagnóstico sin tener en cuenta que podía existir un tumor benigno” (supra, fundamento jurídico nº 5.4.2).

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia determinó que aunque “algunos oncólogos o patólogos -la mayoría- hayan conceptuado que ante un caso como este acudirían al examen especializado que se echa de menos, y otros -los menos- dijeran que ese examen no era necesario, no resuelve el tema de si era o no obligatorio practicar el aludido estudio, pues no se puede afirmar categóricamente con pretensión de verdad universal que unos estén en lo cierto y los otros fatalmente errados, pues no cabe duda que unos y otros conocen la *lex artis* de su profesión. // Lo relevante acá no es cuántos profesionales se inclinan por realizar una cierta práctica científica y cuantos por otra, sino cuál era la práctica que, frente a las particulares circunstancias y antecedentes del caso concreto, se mostraba como la más eficiente para conjurar o, al menos, minimizar los efectos nocivos que la ausencia de confirmación de la verdadera naturaleza del tumor encontrado podría traer sobre el bienestar de la paciente.”⁹⁶

En relación con esto, ya se ha establecido la importancia que para los jueces penales tenía en el caso concreto la realización del estudio de inmunohistoquímica (supra, fundamento jurídico nº 5.2.2, 5.2.3 y 5.4.2). No obstante, lo anterior no conlleva a determinar que dicho estudio es prevalente sobre la observación estructural del tejido, pues tal como lo dijo la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, “aunque no se descarta que eventualmente, en un caso determinado, la observación arquitectural del tejido sea suficiente para llegar a una determinada conclusión, lo cierto es que en este caso particular no lo fue, lo que dio lugar a un incumplimiento relevante en el deber objetivo de cuidado y la aplicación indebida de la *lex artis* de la disciplina.”⁹⁷

Igualmente, también fue indicado (supra, fundamento jurídico nº 5.3.1) que los jueces penales no discutían que la práctica del estudio de patología que se llevó a cabo sobre el material biológico examinado (la observación arquitectural del tejido) hubiese sido defectuosa. Lo que se reprochaba era que conociendo la dificultad inherente a la distinción entre la lesión maligna y la benigna, el patólogo se quedó con su observación inicial. En palabras de la Corte Suprema de Justicia, “en el caso presente no se reprocha que el patólogo hubiera acudido al criterio arquitectural, el cual hacía parte de la *lex artis* de la patología

para estos casos. Lo que resulta penalmente relevante es que hubiera limitado su estudio a la sola aplicación del criterio de la observación arquitectural del tejido, sin tener en cuenta la necesidad de su confirmación.”⁹⁸

De tal manera, la Sala de Revisión no encuentra que en el marco del proceso penal la valoración del material probatorio hubiera sido defectuosa o contraevidente, o que el mismo no fuera estudiado en su integridad.

5.4.4. Conforme con lo anterior, se ha corroborado que en la providencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia tampoco se presentó ningún defecto fáctico. Así, debe indicarse que la vía constitucional no es una tercera instancia ni un nuevo recurso de casación, por lo que mucho menos es viable analizar la valoración probatoria del juez ordinario cuando se presenten meras discrepancias por parte del accionante.

5.5. En virtud de lo expuesto, queda demostrado que con la sentencia de 29 de junio de 2016, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia no incurrió en ningún defecto sustantivo, de decisión sin motivación ni fáctico, al estudiar la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali que, a su vez, confirmó parcialmente la dictada por el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Cali. Se debe señalar al accionante que la tutela no puede ser promovida como un mecanismo que prolongue el litigio judicial y con el que se pretenda suscitar un nuevo juicio de culpabilidad.

5.6. Finalmente, con el escrito de tutela el accionante solicita -además de dejar sin efectos las decisiones judiciales- que los jueces de tutela determinen que (i) el informe de patología se practicó cumpliendo con el criterio arquitectural del tejido; (ii) la *lex artis* de la patología no requiere para la definición de un diagnóstico de carcicoma tubular -además de la hematoxilina eosina- el estudio de inmunohistoquímica; y (iii) la presencia de células mioepiteliales no significa -necesariamente- la no existencia de cáncer⁹⁹.

Para la Sala de Revisión, la primera cuestión no fue puesta en duda por los jueces penales (*supra*, fundamento jurídico nº 5.3.1 y 5.4.3); y las dos restantes escapan a la competencia de la Corte Constitucional en tanto se trata de cuestiones científicas de carácter general, que aunque fueron tratadas por los jueces en el proceso penal, se analizaron en relación con los hechos específicos del caso, contaron con el respaldo de informes, expertos y peritos, y se

evaluaron bajo la óptica del derecho penal.

5.7. En ese sentido, se confirmará la sentencia de tutela de segunda instancia dictada el dieciocho (18) de enero de dos mil diecisiete (2017) por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que, a su vez, confirmó la proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el nueve (09) de noviembre de dos mil dieciséis (2016); y, en consecuencia, se negará la tutela de los derechos fundamentales invocados por el señor José Edgar Duque Echeverri.

6. Síntesis de la decisión

Correspondió a la Sala Novena de Revisión analizar el caso del señor José Edgar Duque Echeverri, quien solicitó la tutela de sus derechos fundamentales a la dignidad, al buen nombre y a la honra, al debido proceso, al trabajo y a la salud pública; los cuales fueron presuntamente vulnerados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al no casar la sentencia proferida en segunda instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, que a su vez confirmó parcialmente el fallo proferido por el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Cali. Lo anterior, por cuanto en el proceso penal -a su juicio- (i) se interpretaron y aplicaron incorrectamente varias normas del Código Penal y la Ley 23 de 1981, (ii) las decisiones judiciales se sustentaron de manera insuficiente, y (iii) hubo una valoración inadecuada del material probatorio.

En el marco del proceso penal, el accionante fue condenado porque como patólogo emitió un informe en el cual reportó el hallazgo de carcinoma ductal de tipo tubular con cambios fibroquísticos, lo que conllevó a que el oncólogo realizara la extirpación total del seno derecho con vaciamiento de ganglios. Sin embargo, al realizarse un nuevo examen del tejido extraído (por otra patóloga), se determinó que no se trataba de una lesión maligna, sino de una adenosis esclerosante, lesión de naturaleza benigna. En el proceso penal no se discutió la experiencia, trayectoria, idoneidad profesional o profundidad académica del doctor Duque Echeverri, como tampoco que la práctica del estudio de patología que aquel llevó a cabo sobre el material biológico examinado (la observación arquitectural del tejido) hubiese sido defectuosa. Lo que se reprochaba era que conociendo la dificultad inherente a la distinción entre la lesión maligna y la benigna, el patólogo se quedó con su observación inicial. Lo que resultaba penalmente relevante entonces, era que teniendo en consideración las

particularidades del caso, hubiera limitado su estudio a la sola aplicación del criterio de la observación arquitectural del tejido, sin tener en cuenta la necesidad de su confirmación a través del estudio de inmunohistoquímica, lo cual no fue acorde al deber objetivo de cuidado y elevó el riesgo permitido.

Luego de reiterar la jurisprudencia sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales -haciendo énfasis en los defectos sustantivos, de decisión sin motivación y fácticos como requisitos específicos-, la Sala verificó el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia y determinó que no se presentó ningún defecto sustantivo, de decisión sin motivación ni fáctico, por cuanto no hubo una interpretación o aplicación irregular, irrazonable, desproporcionada, arbitraria o caprichosa de las normas; la argumentación no fue defectuosa, insuficiente o inexistente; así como tampoco se presentó un error ostensible, flagrante o manifiesto en el decreto, práctica o valoración del material probatorio, que alterara el sentido condenatorio de la sentencia objeto de revisión.

En razón de lo anterior, la Sala Novena de Revisión decidió confirmar las sentencias de tutela de instancia, las cuales negaron el amparo de los derechos fundamentales invocados por el señor José Edgar Duque Echeverri.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR la sentencia de segunda instancia, expedida el dieciocho (18) de enero de dos mil diecisiete (2017) por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que a su vez confirmó la proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el nueve (09) de noviembre de dos mil dieciséis (2016). En consecuencia, NEGAR la tutela de los derechos fundamentales invocados por el señor José Edgar Duque Echeverri.

Segundo.- Por Secretaría General líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese e insértese a la Gaceta de la Corte Constitucional.

Cúmplase.

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

CARLOS BERNAL PULIDO

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ROCÍO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General (e)

1 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de veintinueve (29) de junio de dos mil dieciséis (2016), Rad.: 41245. M.P. José Luis Barceló Camacho, p. 52.

2 Ibídem., p. 33.

3 Ibídem., p. 35.

4 Ibídem., pp. 36-37.

5 Ibídem., p. 38.

6 Ibídem., pp. 41-42.

7 Ibídem., pp. 42-43.

8 Ibídem., p. 43.

9 Ibídem., p. 46.

10 Ibídem., p. 47.

11 Ibídem., p. 50.

13 Ver cuaderno 3, folios 162 a 243, 260 a 305, 325 a 348 y 351 a 365.

14 Cuaderno 4, folio 112.

15 Cuaderno 3, folio 121.

16 Cuaderno 3, folios 137 y 138.

17 Cuaderno 3, folios 140 y 141.

18 Cuaderno 3, folios 152-155.

19 Cuaderno 4, folios 249-258.

20 Cuaderno 4, folio 252.

21 Cuaderno 4, folio 257.

22 Cuaderno 4, folio 405.

23 Cuaderno 5, folios 5-10.

24 “Por medio del cual se unifica y actualiza el Reglamento de la Corte Constitucional”. El artículo 61 establece lo siguiente: “(...) después de haber sido escogidos autónomamente por la Sala de Selección competente, los fallos sobre acciones de tutela instauradas contra providencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado deberán ser llevados por el magistrado a quien le corresponda en reparto a la Sala Plena, la cual determinará si asume su conocimiento (...).”

25 Sentencia C-590 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño, fundamento jurídico nº 23.

26 Ver, entre otras, sentencias SU-540 de 2007. M.P. Álvaro Tafur Galvis, fundamento jurídico nº 10.2.; SU-913 de 2009. M.P. Juan Carlos Henao Pérez, fundamento jurídico nº 7; SU-448 de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico nº 3; SU-399 de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, fundamento jurídico nº 3; SU-353 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa, fundamentos jurídicos nº 2 y 3; y SU-501 de 2015. M.P. (e) Myriam Ávila Roldán,

fundamento jurídico nº 3.

27 Sentencia C-590 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño, fundamento jurídico nº 24.

28 Ibídem., fundamento jurídico nº 25.

29 Sentencia SU-416 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico nº 5.

30 Sentencias T-118A de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico nº 4.3.1.; T-123 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico nº 17; y SU-490 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), fundamento jurídico nº 5.4.

31 Sentencia SU-416 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico nº 5.

32 Sentencias SU-399 de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, fundamento jurídico nº 4; SU-400 de 2012. M.P. (e) Adriana María Guillén Arango, fundamento jurídico nº 6.1.; SU-416 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico nº 5; y SU-050 de 2017. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico nº 4.2.

33 Sentencias T-118A de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico nº 4.3.1.; y SU-490 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), fundamento jurídico nº 5.4.

34 Sentencias SU-241 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico nº 8; SU-432 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa, fundamento jurídico nº 89; y SU-427 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico nº 5.1.

35 Sentencia SU-050 de 2017. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico nº 4.4.

36 Sentencias C-590 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño, fundamento jurídico nº 25; T-645 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico nº 3.6.; y T-407 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico nº 3.

37 Sentencias T-302 de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño, fundamento jurídico nº 1.2.; T-395 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, fundamento jurídico nº 2.6.; y SU-424 de 2012. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico nº 5.2.2.

38 Sentencias T-233 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, fundamento jurídico nº 5; y

T-261 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico nº 5.

39 Sentencia T-709 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, fundamento jurídico nº 4.

40 Sentencias SU-195 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, fundamento jurídico nº 4.4.2.; SU-416 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico nº 4; y SU-565 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico nº 5.4.1.

41 Sentencias SU-565 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico nº 5.4.1.; y T-625 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa, fundamento jurídico nº 38.

42 Sentencias SU-074 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico nº 4.2.; y SU-490 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico nº 5.3.

43 Sentencias T-352 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, fundamento jurídico nº 3.5; y SU-770 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico nº 5.2.5.

44 Sentencias SU-565 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico nº 5.4.2.; y T-612 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico nº 17.

45 Sentencias SU-416 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico nº 4; y SU-489 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico nº 6.2.

46 Sentencias T-352 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, fundamento jurídico nº 3.5.; y SU-565 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico nº 5.4.2.

47 Sentencias T-118A de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico nº 4.2.1.1.; SU-198 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico nº 4.2.2.; SU-565 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico nº 5.4.1.; y SU-490 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico nº 5.3.

48 Sentencia T-118A de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico nº 4.2.1.3.

49 Sentencias SU-198 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico nº 4.2.2.; y SU-489 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico nº 6.2.

50 Sentencia T-612 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico nº 16.

51 Sentencias SU-198 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico nº 4.2.2.; y SU-490 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico nº 5.3.

52 Sentencias SU-416 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico nº 4; y T-612 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico nº 17.

53 Sentencias SU-198 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico nº 4.2.2.; y SU-489 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico nº 6.2.

54 Sentencias T-214 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico nº 2.4.; T-118A de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico nº 4.2.1.2.; SU-198 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico nº 4.2.2.; T-265 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico nº 2.3.5.5.; SU-448 de 2016. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, fundamento jurídico nº 3.2.5.; y T-625 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa, fundamento jurídico nº 39.

55 El texto del artículo 192 del Código de Procedimiento Penal es el siguiente: “Artículo 192. Procedencia. La acción de revisión procede contra sentencias ejecutoriadas, en los siguientes casos: // 1. Cuando se haya condenado a dos (2) o más personas por un mismo delito que no hubiese podido ser cometido sino por una o por un número menor de las sentenciadas. // 2. Cuando se hubiere dictado sentencia condenatoria en proceso que no podía iniciarse o proseguirse por prescripción de la acción, por falta de querella o petición válidamente formulada, o por cualquier otra causal de extinción de la acción penal. // 3. Cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado, o su inimputabilidad. // 4. Cuando después del fallo absolutorio en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, se establezca mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente tales violaciones. En este caso no será necesario acreditar existencia de hecho nuevo o prueba no conocida al tiempo de los debates. // 5. Cuando con posterioridad a la sentencia se demuestre, mediante decisión en firme, que el fallo fue

determinado por un delito del juez o de un tercero. // 6. Cuando se demuestre que el fallo objeto de pedimento de revisión se fundamentó, en todo o en parte, en prueba falsa fundante para sus conclusiones. // 7. Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, tanto respecto de la responsabilidad como de la punibilidad. // Parágrafo. Lo dispuesto en los numerales 5 y 6 se aplicará también en los casos de preclusión y sentencia absolutoria.”

56 “Artículo 120. Lesiones culposas. El que por culpa cause a otro alguna de las lesiones a que se refieren los artículos anteriores, incurrirá en la respectiva pena disminuida de las cuatro quintas a las tres cuartas partes. // Cuando la conducta culposa sea cometida utilizando medios motorizados o arma de fuego se impondrá igualmente la pena de privación del derecho de conducir vehículos automotores y motocicletas y de privación del derecho a la tenencia y porte de arma, respectivamente, de uno (1) a tres (3) años.”

57 Cuaderno 5, folio 5.

58 “Artículo 23. Culpa. La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo.”

59 Cuaderno 5, folios 5-7.

60 “Artículo 25. Acción y omisión. La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión. // Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevar a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley. // Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones: // 1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio. // 2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas. // 3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas. // 4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente. // Parágrafo. Los

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

61 Cuaderno 5, folios 7-8.

62 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de veintinueve (29) de junio de dos mil dieciséis (2016), Rad.: 41245. M.P. José Luis Barceló Camacho, p. 16.

63 Ibídem, p. 31.

64 Ibídem, p. 29.

66 Ibídem, p. 18.

67 Ibídem, pp. 26-28.

68 Ibídem, p. 32.

69 Ibídem, p. 45.

70 Ídem.

71 Ibídem, p. 28.

72 Ibídem, p. 29.

73 Ibídem, pp. 42-43.

74 Ibídem, p. 50.

75 Ibídem, p. 35.

76 Ibídem, p. 36.

77 Ibídem, p. 39.

78 Ibídem, p. 52.

79 Ibídem, p. 30.

80 Ibídem, pp. 32, 38, 44, 45 y 49.

81 Ibídem, pp. 38 y 51.

82 Ibídem, p. 28.

83 Ídem.

84 Cuaderno 5, folios 8-10.

85 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de veintinueve (29) de junio de dos mil dieciséis (2016), Rad.: 41245. M.P. José Luis Barceló Camacho, pp. 33, 35, 39 y 41.

86 Ibídem, p. 42.

87 Ibídem, pp. 13-14.

88 Cuaderno 5, folios 10-13.

89 Cuaderno 5, folios 13-15.

90 Cuaderno 5, folios 15-16.

91 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de veintinueve (29) de junio de dos mil dieciséis (2016), Rad.: 41245. M.P. José Luis Barceló Camacho, pp. 46-47.

92 Ibídem, pp. 45-46.

93 Ibídem, pp. 31 y 40.

94 Ibídem, p. 38.

95 Ibídem, p. 44.

96 Ibídem, p. 48.

97 Ibídem, p. 47.

98 Ibídem, p. 50.

99 Acción de tutela, pp. 17-18 (cuaderno 5, folios 18 y 19).

{p}