TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

GACETA JURISPRUDENCIAL

ENERO DE 2016

DERECHO MÉDICO
Y
DERECHO PENAL

No. 22

© 2016 Tribunal Nacional de Ética Médica

Calle 147 No. 19-50 Oficina 32
Centro Comercial Futuro
Bogotá, Colombia
Teléfonos: (571) 627 9975 - 627 9983
Fax: (571) 627 9587
Pagina web: www.tribunalnacionaldeeticamedica.org
E-mail: trnetmed@outlook.com

ISSN 0123-0832

Diagramación: Giro Graphos Impresores SAS.
Preparación litográfica e impresión:
Giro Graphos Impresores SAS.
Carrera 69K No. 70-40 Of. 204.
Telefono: (571) 262 2518
Cel.:316 491 4886
Bogotá, Colombia

Es permitido a todos reproducir la Constitución, Leyes, Decretos, Ordenanzas, Acuerdos, Reglamentos, demás Actos Administrativos y Decisiones Judiciales, bajo la obligación de conformarse puntualmente con la edición oficial, siempre y cuando no esté prohibido.

Artículo 41 Ley 23 de 1982

Esta edición y sus caraterísticas gráficas son de propiedad del Tribunal Nacional de Ética Médica.

© 2016

ENERO DE 2016
DERECHO MÉDICO Y DERECHO PENAL
No. 22

MAGISTRADOS 2016

Dr. Juan Mendoza Vega (Presidente)
Dr. Germán Gamarra Hernández
Dr. Fernando Guzmán Mora
Dr. Francisco Javier Henao Pérez
Dr. Francisco Pardo Vargas

Asesor Jurídico

Dr. Edgar Saavedra Rojas

Abogada Secretaria

Dra. Martha Lucía Botero Castro

Confía en 4-72,
el servicio de envíos
de Colombia

Línea de atención al cliente:
(57 - 1) 472 2000 en Bogotá
01 8000 111 210 a nivel Nacional

www.4-72.com.co

Línea de atención al Cliente Nacional: **01 8000 111 210**
Línea de atención al Cliente Bogotá: **(57-1) 4199299**
www.4-72.com.co

El servicio de ***envíos***
de Colombia

Permiso de Tarifa Postal Reducida. Servicios Postales Nacionales S.A.
No. 2015.137.4-72, Vence 31 de Dic. de 2016

INDICE

Pag.

EDITORIAL. 9
Dr. Edgar Saavedra Rojas. Abogado.
Asesor Jurídico del Tribunal Nacional de Etica Médica

Proceso No. 942 del Tribunal de Ética Médica del Meta 13
Magistrada Ponente Dra. Lilian Torregrosa Almonacid
Providencia No. 26-2013
Taco de billar en un ojo, muerte paciente
Absuelve

Proceso No. 815 del Tribunal de Ética Médica del Cauca 22
Magistrada Ponente Dra. Lilian Torregrosa Almonacid
Providencia No. 55-2013
Abusador sexual
Condena

Proceso No. 510 del Tribunal de Ética Médica del Atlántico 29
Magistrado Ponente Dr. Juan Mendoza Vega
Providencia No. 82-2012
Homicidio culposo

Proceso No. 2012-002 del Tribunal de Etica Médica del Chocó 34
Magistrado Ponente Dr. Juan Mendoza Vega
Providencia No. 21-2015
Fiscalía preso
Cirugía bariátrica
Revoca y absuelve

Proceso No. 2718 del Tribunal de Ética Médica de Cundinamarca 39
Magistrado Ponente Dr. Juan Mendoza Vega
Providencia No. 10-2013
Certificado falso expedido por médico delincuente

Pag.

Proceso No.2262-13 del Tribunal de Ética Médica de Antioquia 45
Magistrado Ponente Dr. Germán Gamarra Hernández
Providencia No. 103-2014
Violación intimidad
Reserva de la historia clínica

Proceso No.6387 del Tribunal de Ética Médica de Bogotá 53
Magistrado Ponente Dr. Germán Gamarra Hernández
Providencia No. 23-2015
Falsedad certificado psiquiátrico
Prescripción

Proceso No.1121 del Tribunal de Ética Médica del Meta 59
Magistrado Ponente Dr. Germán Gamarra Hernández
Providencia No. 12-2015
No hay delito
Archivo proceso

Proceso No.967/14 del Tribunal de Ética Médica del Cauca 64
Magistrado Ponente Dr. Francisco Pardo Vargas
Providencia No. 10-2015
Nulidad
Remisión Código Penal

Proceso No.2527 del Tribunal de Ética Médica de Antioquia 85
Magistrado Ponente Dr. Francisco Pardo Vargas
Providencia No. 20-2015
Falso pediatra
No revoca la sanción

Proceso No.2527 del Tribunal de Ética Médica de Antioquia 89
Magistrado Ponente Dr. Francisco Pardo Vargas
Providencia No. 09-2015
Falsificación
Condena. Confesión de una falta

Proceso No.2012-312 del Tribunal de Ética Médica de Nariño 94
Magistrado Ponente Dr. Francisco Javier Henao Pérez
Providencia No. 91-2014
Violencia física a médica
No revoca sanción

Pag.

Proceso No.4992-5577 Acumulados del Tribunal de Ética Médica de Bogotá 103
Magistrado Ponente Dr. Francisco Javier Henao Pérez
Providencia No. 17-2015
Oftalmólogo - error médico en aplicación de anestesias simultáneas
Sanción

Proceso No.1888 del Tribunal de Ética Médica de Antioquia 110
Magistrado Ponente Dr. Francisco Javier Henao Pérez
Providencia No. 102-2014
Acceso carnal consentido
Sanción suspensión 5 años

Proceso No.1888 del Tribunal de Ética Médica de Antioquia 122
Magistrado Ponente Dr. Francisco Javier Henao Pérez
Providencia No. 08-2015
Abusador sexual
No revoca la sanción

Proceso No.1958 del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca 139
Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 50-2015
Violador, abusador sexual reincidente
Sanción 5 años

Proceso No.628 del Tribunal de Ética Médica de Caldas 177
Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 46-2012
Violador sexual, pertinaz y reincidente
Sanción máxima

Proceso No. 531 del Tribunal de Ética Médica del Atlántico 188
Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 64-2013
Tutela contra el Tribunal Nacional de Ética Médica
Varios aspectos

Pag.

Proceso No. 606 del Tribunal de Ética Médica de Norte de Santander 242
Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 104-2012
Pruebas - Sana critica

Proceso No. 1125 del Tribunal de Ética Médica de Risaralda 257
Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 90-2014
Ordena pruebas - niega polígrafo

Proceso No.919 del Tribunal de Ética Médica de Caldas 285
Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 45-2015
Muerte Postoperatorio
No inquisición - no es penal

Proceso No.777 del Tribunal de Ética Médica de Caldas 308
Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No.103-201 Fernando Guzmán Mora
Médico gay abusador sexual

Proceso No.1713 del Tribunal de Ética Médica de Antioquia 319
Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 28-2015
Falso ginecólogo
Declaró prescripción

Proceso No. 523 del Tribunal de Ética Médica del Atlántico 343
Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 69-2013
Drogadicto indigente fallece
Acción de Tutela contra el Tribunal Nacional de Etica Médica

ARTÍCULO. ANÁLISIS SOBRE EL LIBRO "INTERMITENCIAS DE LA MUERTE" DE JOSE SARAMAGO 364

ARTÍCULO. LA CONTROVERSIA ALREDEDOR DE LA CIENCIA ENTRE THOMAS KUHN Y KARL POPPER 379

Editorial

El ejercicio de la medicina y el derecho penal

Dr. Edgar Saavedra Rojas. Abogado
Asesor Jurídico del Tribunal Nacional de Ética Médica.

La medicina desde siempre fue concebida con finalidades de beneficencia, pero tratándose como se trata de una profesión que en su ejercicio implica riesgos que se pueden concretar en resultados negativos para el paciente, de la misma manera que algunos de sus practicantes, afortunadamente una minoría insignificante, utilizan la profesión como instrumento de realizaciones delictivas.

Por un lado surgen delitos de naturaleza culposa y por el otro, delitos dolosos, los unos y los otros, atentan contra la vida y la integridad personal y en determinadas circunstancias con ocasión del ejercicio de la profesión atentan contra la libertad, la integridad y la formación sexuales o delitos contra la fe pública. Excepcionalmente podrían manifestarse otras especialidades delictivas.

Las experimentaciones sobre seres vivos, y el abuso delictivo de las mismas no son solamente los reprochables comportamientos del Dr. Mengele, auspiciados y propiciados por las políticas racistas de los nazis, sino que el interés natural por la búsqueda de soluciones curativas para ciertas enfermedades o de encontrar nuevas técnicas quirúrgicas o farmacológicas o la búsqueda de descubrimientos revolucionarios en el ámbito de la reproducción asistida y la genética pueden llevar a algunos investigadores a saltarse determinadas barreras normativas y éticas, que constituyen de manera general, claras vulneraciones de la ley penal.

Estas posibilidades abusivas lamentablemente son una realidad, lo que explica que el legislador universal, Naciones Unidad, por intermedio de su Asamblea General, al aprobar el Pacto Universal de los Derechos Humanos, (Ley 74 de 1968) incluyera una norma que trata de evitar esos excesos abusivos. Efectivamente en el artículo 7º se determina:

> “ Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. ***En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.*** (Lo destacado no lo es en el texto).

En el título I del Código Penal, aparecen algunas de las conductas reprochadas que atentan contra la vida y la integridad personal, que en capítulos sucesivos tipifican los delitos de homicidio, lesiones personales, aborto, lesionas al feto, abandono de menores y personas desvalidas, omisión de socorro, y manipulación genética.

Son algunos de los anteriores que pueden ser consumados por los médicos en el ejercicio de la profesión médica, bien de manera culposa o bien de manera intencional.

Son tipos penales del homicidio, el homicidio simple (art.103), homicidio agravado (art 104), homicidio preterintencional (art. 105), homicidio por piedad (art. 106), inducción al suicidio (art. 107), muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas (art. 108 , homicidio culposo (art. 109), homicidio culposo agravado (art. 110).

Las lesiones personales entendidas como un daño ocasionado al cuerpo o a la salud (art. 111), aparecen tipificadas en sus diversas modalidades en los artículos 112, incapacidad para trabajar o enfermedad, art. 113 deformidad, art. 114 perturbación funcional, art. 115 perturbación psíquica, art. 116 pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro, art. 118 parto o aborto preterintencional, art 119 lesiones dolosas agravadas, art. 120 lesiones culposas, art. 121, lesiones culposas agravadas.

El aborto aparece tipificado en el art. 122, art. 123 aborto sin consentimiento.

La norma que contemplaba las circunstancias de atenuación punitiva para el aborto, art. 124,[1] fue declarada inexequible por sentencia C-355 del 10 de mayo de 2006.

---

[1] ARTÍCULO 124. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.
PARAGRAFO. En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto.

Las razones dadas por la Corte Constitucional fueron las siguientes:

> " Todas las hipótesis señaladas como generadoras de atenuación punitiva en la norma quedan incluidas, junto con otras no contempladas en tal disposición, como situaciones no constitutivas del delito de aborto.
>
> "….En consecuencia, pierden su razón de ser tanto la disposición acusada como su respectivo parágrafo, por cuanto, en lugar de la atenuación de la pena, lo que se declara es la inexistencias del delito de aborto en las precisas y excepcionales circunstancias anotadas, razón por la cual la disposición acusada ha de retirarse del ordenamiento por consecuencia. "

El delito de lesiones al feto aparece tipificado en el artículo 125 las dolosas y en el artículo 126 las culposas.

El abandono aparece tipificado en el art. 127, en el 128 el abandono de hijo de fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. En los artículos 129 y 130 se consagran las eximentes de responsabilidad y de atenuación punitiva en el primero y en el segundo las circunstancias de agravación para esta modalidad delictiva.

La manipulación genética aparece tipificada en el artículo 132, en el 133 el delito de repetibilidad del ser humano, en el 134, la fecundación y tráfico de embriones humanos.

Pero además de éstos que serían los que más frecuentemente pueden consumar los médicos, encontramos otros, como el delito de falsedad que pueden cometer estos profesionales en la emisión de certificados sobre estado de salud e incapacidades.

La relación entonces entre el ejercicio de la medicina y el derecho penal y el derecho penal disciplinario, tienen una muy estrecha relación, de manera lamentable que a nivel culposo surge de la falta de estudio y de estar al día con los portentosos adelantos que la medicina nos depara día a día no solo en los ámbitos tecnológicos, sino en las nuevas terapias y técnicas quirúrgicas, la aparición de una nueva y constante farmacopea, que convierten a la medicina en una ciencia que se renueva siempre en su

constante evolución; comportamientos culposos que surgen de conductas imprudentes por comprometerse a realizar tratamientos o intervenciones quirúrgicas para las cuales no se encuentran suficientemente entrenados; o por comportamientos negligentes, donde se descuida al paciente, y no se le dedica el cuidado y el tiempo que éste requiere.

Los comportamientos intencionales surgen de manera general de una ambición desmedida por el dinero e inversión de los valores éticos que rigen nuestra conducta dentro de la comunidad, en el primer caso se da cuando dedican sus conocimientos médicos a actividades delictivas como un medio de lucro ilícito, que es el caso de los médicos que se dedican a realizar abortos, o los que ejercen ilegalmente una especialidad que no tiene el respaldo académico de una Universidad oficialmente aprobada, como es el caso de cirujanos generales que se presentan como cirujanos plásticos y ejercen la profesión en tal especialidad.

La verdad, es que son más los comportamientos culposos que los intencionales y los unos y los otros constituyen una inmensa minoría, frente a la gran mayoría de médicos que en nuestro país ejercen su profesión con los más altos estándares de calidad, cientificidad y humanismo.

Tanto el derecho penal disciplinario, como el derecho penal, se constituyen en una barrera preventiva, para que nuestros médicos realicen sus mejores esfuerzos en pro de sus pacientes y ejerzan la profesión con el máximo respeto de las previsiones éticas y legales.

Bogotá, Abril treinta (30) del año dos mil trece (2013)

SALA PLENA SESIÓN No. 1174 DEL TREINTA (30) DE ABRIL DEL AÑO DOS MIL TRECE (2013)

REF : Investigación preliminar No.942, Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta
Contra: Médicos en averiguación
Denunciante: Señora D. P.A.R.
Asunto: Recurso de Apelación

Providencia No. 26-2013
Magistrada ponente: Dra. Lilian Torregrosa Almonacid

VISTOS

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta, en Sala Plena del 13 de diciembre de 2012, resolvió no plantear pliego de cargos contra los doctores F.I.O.L., D.E.R.A., J.C.M., J.A.D. Y D.L.B.M., por la queja presentada por la señora D.P.A.R. y ordenó el archivo de las diligencias.

La quejosa interpuso y sustentó recursos de reposición y en subsidio apelación contra la decisión mencionada; por providencia del 11 de Septiembre de 2012, el tribunal seccional negó la reposición pero concedió la apelación impetrada, por lo que envió las diligencias a este Tribunal Nacional para lo de competencia.

Cumplidos los términos, se procede a resolver de acuerdo con los siguientes:

HECHOS

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta recibió el 23 de septiembre de 2011, la queja presentada por la señora D.P.A.R. relativa a las presuntas irregularidades en la atención que le prestaron los médicos

de la entidad SERVIMEDICOS de la ciudad de Villavicencio, a su esposo W.H.P. al *"haberle negado atención inicial, demorar la prestación de servicios, por imperdonables y elementales errores en el diagnóstico, indebido procedimientos durante toda su atención, conjunto de faltas que condujeron al lamentable y absurdo fallecimiento de mi esposo…"*

De acuerdo con la queja, el señor W.H. sufrió trauma ocular izquierdo el día 12 de junio de 2011 al ser agredido con un taco de billar y presentó dolor intenso inflamación y enrojecimiento en el ojo izquierdo por lo cual consultó al servicio de urgencias de la Clínica Servimedicos donde la atención inicial estuvo a cargo del médico general F.O. En la atención inicial, el médico *" muy enérgico y en tono burlón dijo que si W. era especial o menor de edad, para que tuviera que entrar con el papá y no lo dejó entrar. Pero salió rapidísimo, en forma apresurada le preguntaba y finalmente le informa que eso no era nada, que con los medicamentos formulados le pasaría en unos pocos días"*. La quejosa refiere que los medicamentos formulados eran analgésicos y que no se solicitó de manera inmediata una interconsulta al especialista *"que de acuerdo con la complejidad de esta IPS debe encontrarse disponible"*, considera además que " Esta actitud negligente, displicente, descuidada del médico de turno que prestó el servicio, que no examinó adecuadamente y finalmente tuvo un diagnóstico inadecuado …. Fue determinante en los resultados que culminaron con su vida" y piensa que la actuación médica produjo un "daño que era previsible" pues se actuó con " significativa imprudencia, negligencia e impericia".

Solicita más adelante la señora A. en su queja, que se evalúe la conducta de el *"especialista en urgencias y emergencias o traumatólogo (que de acuerdo con el nivel de complejidad de la Clínica Servimédicos debía encontrarse en la clínica, disponible), el internista y oftalmólogo (Quienes no se encontraban tampoco en la citada clínica cuando su deber era permanecer allí)….igualmente a los médicos que adelantan o desempeñan los cargos de director o directores de urgencias y directores del área médico científica y área administrativa y Gerentes de la Clínica que sean médicos y que omitieron control y seguimiento permitiendo que ocurriera la omisión que fue determinante en el deceso de mi querido esposo"*.

Debido a que el paciente fue dado de alta y al día siguiente persistían los síntomas iniciales que se asociaban a dolor ocular intenso, vómitos

y desorientación, fue llevado a urgencias nuevamente y atendido en esta oportunidad por la médica general M.P.T.L., quien llevó a cabo un diagnóstico de *"Traumatismo de la cabeza, no especificado" frente a lo cual la quejosa manifiesta " Pregunto si esto no es tamaña desproporción, cuando era evidente la localización del traumatismo".* Posteriormente el paciente fue trasladado a otra institución para la realización del TAC cerebral lo cual considera la quejosa una situación irregular y riesgosa dadas las condiciones del paciente.

Refiere la señora A., que durante la hospitalización el paciente fue atendido fundamentalmente por médicos generales y esporádicamente por especialistas *" que únicamente nos decían que hay que esperar pero no más"*; que el día 19 de junio fue atendido por el doctor J.A.P.T. *"que siempre tuvimos el concepto que era médico intensivista o especialista en medicina crítica, pero al observar la historia clínica encontramos que era internista, lo que consideramos no era lo procedente."* Y posteriormente por la Dra. D.L.B.M. que "en una actitud altiva y desalmada, me regañó por preguntar…..quien expresamente consigna que *"Se considera que los antibióticos que está recibiendo el paciente no están actuando… esta consideración se hace porque los antibióticos son genéricos se iniciarán antibióticos de marca"* y tristemente se consigna por la especialista en neurocirugía que el diagnóstico es *"Traumatismo de la cabeza, no especificado".*

Más adelante interroga la quejosa sobre la valoración por oftalmología que fue solicitada pero nunca se realizó y puntualiza que el paciente debió ser remitido a un hospital *"de mayor nivel de complejidad donde le practicaran exámenes de mayor entidad que permitieran un diagnóstico contundente para proceder a ordenar el tratamiento adecuado y no continuar administrando medicamentos a palos de ciego".*

A continuación hace referencia a la atención prodigada por el doctor J.C.M. uan, quien en palabras de la señora A.al ser llamado por *"la coordinadora…llegó todo bravo, gritando que qué pasaba y entonces dio un sermón."* Al día siguiente le explicó a la familia *" que se efectuará únicamente una incisión sobre la ceja izquierda, que es algo mínimo que no le quedaría rastro, que como el era cejón no le quedaría ninguna cicatriz visible"*, sin embargo después del procedimiento *"advertimos con sorpresa que fue intervenido no sólo por la frente sino por más partes del cerebro, entonces preguntamos al médico y se disgusta".*

Durante los días siguientes, de acuerdo con la queja, el paciente permanece en cuidado intensivo en estudio de otros focos infecciosos, le suministran sólidos como parte de su dieta aún cuando su estado neurológico le impedía deglutirlos, y el día 30 de junio ante la mejoría del cuadro proponen trasladarlo a piso. En horas de la tarde la esposa recibe un llamado urgente por lo que acude a la unidad donde *" apareció un médico y dijo que eran trombos en el pulmón y en el corazón, cosa que nunca se dijo en el dictamen de medicina legal y menos aún fue tratado con anticoagulantes que preservaran su salud frente a la condición de reposo prolongado ni le ordenaron medias antiembólicas ni ninguna otra medida… le suministraron sólidos que por su condición neurológica no podía tragar adecuadamente, como tenía reflujo y vómitos pudo haberse ahogado".*

Finalmente considera grave error que al momento de la reanimación en cuidado intensivo, *"únicamente hubiera un médico que no era intensivista ni especialista en reanimación o medicina crítica"* pues dicha unidad funcionaba habitualmente con *"simples internistas"* y que nunca se quiso entregar a la familia la información completa de la historia clínica.

El Tribunal seccional aceptó la queja y en sesión del 11 de Octubre de 2011 los magistrados Dra. D.L.B.M. y Dr. G.S.M. declararon sus impedimentos para participar en el análisis de la misma debido a que la primera participó como médico interconsultante en la atención del señor W.H., y el segundo compartía su trabajo y tenía amistad personal con la Dra. B..

Procedió entonces la sala a aceptar los impedimentos y mediante oficio del 21 de octubre de 2011 solicitó al Tribunal Nacional de Ética Médica el nombramiento de dos conjueces para reemplazar a los magistrados impedidos; esta superioridad procedió en conformidad y nombró a los doctores Jaime Altamar Ríos y Gabriel Edmundo Sánchez Castro.

Posteriormente, el 17 de noviembre de 2011, los doctores Cesar Bruno y Caro y Lucrecia Mojica Silva, presentaron sus impedimentos por tratarse de compañeros laborales y amigos personales de la Dra. B.M., el impedimento fue aceptado y el 22 de noviembre de 2011, el Tribunal Seccional solicita al Tribunal Nacional de Ética Médica el nombramiento de dos conjueces para reemplazarlos, esta superioridad procedió en conformidad y nombró a los doctores Gonzalo Gómez Pinzón y Mauricio Alberto Melo Peñaloza.

El día 2 de febrero de 2012 el doctor Julio Cesar Torres Serrano presenta impedimento fundamentado en el hecho de ser compañero laboral y amigo personal de la Dra. B.M., el impedimento fue aceptado y el 8 de febrero de 2012, el Tribunal Seccional solicita al Tribunal Nacional de Ética Médica el nombramiento de un conjuez para reemplazarlo, esta superioridad procedió en conformidad y nombró al doctor Luis Fernán Delgado Cáceres.

El Tribunal del Meta inició averiguación preliminar, en el curso de la cual recibió ratificación y ampliación juramentada de la queja por parte de la señora D.P.A.R., oyó en declaración sin juramento a los doctores M.A.M.P. y F.I.O.L. médicos generales de urgencias), D.E.R.A. (especialista en Medicina Interna), J.C.M. (Neurocirujano), J.A.A. (Oftalmólogo), D.L.B.M. (Neurocirujana), y se allegaron copias de la queja presentada ante la Fiscalía General de la Nación y remitida al Tribunal seccional por la Fiscalía 42 Delegada, la queja presentada ante la Secretaría de Salud del Meta y el informe de necropsia proveniente del Instituto de Medicina Legal, así como la historia clínica de la entidad Servimedicos correspondientes al paciente W.H.P.

De acuerdo con los registros en ella contenidos, el paciente fue atendido por primera vez en el servicio de urgencias donde consultó por haber presentado la noche anterior trauma con botella a nivel ocular, fue valorado por medicina general encontrando aliento alcohólico, signos vitales normales, Glasgow 15/15 y contusión ocular con laceración del párpado superior a nivel nasal ligera, edema palpebral que causaba la oclusión ocular, inyección conjuntival moderada, con reflejo fotomotor directo presente. No se encuentra al examen neurológico déficit motor ni sensitivo. Se lleva a cabo una impresión diagnóstica de *"Secuelas de traumatismo del ojo y de la orbita y contusión de los párpados y de la región peri ocular"*, se indica manejo analgésico, gotas oftálmicas y protección ocular, valoración por oftalmología , se dan signos de alarma y recomendaciones y se cita a control por urgencias. A la mañana siguiente consulta de nuevo por desorientación, somnolencia y vómito, el examen físico se encuentra dentro de parámetros normales excepto por Glasgow de 13/15 somnolencia, desorientación y respuesta parcial al interrogatorio, por lo que se hospitaliza y se ordena la realización de un TAC cerebral urgente que muestra un *"área de contusión frontobasal adyacente al cuerno frontal del ventrículo izquierdo, sin efecto de masa y aparentemente un cuerpo extraño adyacente, hemorragia subaracnoidea difusa discreta y posible fractura de la pared*

medial de la órbita con aire en su interior". Es valorado por el neurocirujano J.C.M.B. quien encuentra afasia global, rigidez nucal y edema palpebral izquierdo, realiza diagnósticos de *"Herida penetrante a la órbita y al cráneo con hemorragia subaracnoidea y posible meningitis, además de la contusión frontal y posible cuerpo extraño intracerebral".*

El paciente es hospitalizado en cuidado intensivo para manejo médico de las complicaciones encefálicas y para tratamiento antibiótico del cuadro inicial compatible con cerebritis , es valorado por oftalmología y posteriormente llevado a una intervención diferida por parte de neurocirugía y cirugía maxilofacial una vez mejoraron las condiciones infecciosas que contraindicarían el uso de materiales de osteosíntesis. Se realiza en este procedimiento una craneotomía frontal izquierda, rafia y plastia de la duramadre, extracción de cuerpo extraño intrafrontal (taco de billar), descompresión de órbita izquierda, reparo de fractura conminuta de techo orbitario con malla de titanio y desfuncionalización y cranealización del seno frontal izquierdo que se rellena con cemento óseo y antibiótico, craneoplastia con reemplazo óseo y osteosíntesis de cráneo. La evolución postoperatoria es relativamente favorable en cuanto al proceso infeccioso aun cuando persisten secuelas neurológicas, en la historia clínica se registra permanentemente *"riesgo de colapso neurológico"* y *"pronóstico reservado"* por los diferentes especialistas, hasta que el día 30 de junio aparece registro del Dr D.E.R.A. adonde se anota lo siguiente: *"Paciente quien se encuentra activo y de manera súbita presenta pérdida del nivel de conciencia, no respira, no pulso, visoscopio en asistolia, se decide inicio de maniobras de reanimación avanzada, se realiza intubación orotraqueal, se reanima por 20 minutos se administra atropina y adrenalina de acuerdo a guías de reanimación avanzada, paciente con pupilas midriáticas, se detienen maniobras de reanimación, paciente fallece 15+35, se llama a familiares."* El informe pericial de la necropsia concluyó[1].

Con base en el acervo probatorio reunido, el tribunal consideró que no había mérito para plantear pliego de cargos a los doctores F.I.O.L., D.E.R.A., J.C.M. J.A.A.D Y D.L.B.M. y dictó la providencia por la cual resolvió el archivo de las diligencias.

---

[1] Hombre adulto joven que fallece de manera violenta por insuficiencia respiratoria aguda secundaria a infección encefálica por trauma contundente severo en cráneo con elemento contundente. Causa básica de muerte: "Trauma craneal severo con elemento contundente". Manera de muerte: Violenta homicidio.

La quejosa presentó por escrito su inconformidad con la decisión de primera instancia e interpuso recursos de reposición y de apelación el 17 de enero de 2012. El tribunal seccional, en Sala Plena del 4 de marzo de 2013 negó la reposición y concedió la apelación impetrada, por lo cual envió las diligencias a este Tribunal Nacional para lo de competencia.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

Al sustentar su apelación, la señora D.P.A.R. afirma que las omisiones de los diferentes médicos denunciados se relacionaron con el desfavorable desenlace clínico de su esposo: por una parte las omisiones médicas en el proceso de evaluación, diagnóstico y tratamiento inicial y por otra los desaciertos durante el tratamiento intrahospitalario llevado a cabo por los especialistas de medicina interna y neurocirugía.

Respecto a la anterior afirmación, esta superioridad está enteramente de acuerdo con lo planteado por el Tribunal Seccional del Meta en su concienzudo análisis del caso, en cuanto a que no existe prueba distinta de las afirmaciones hechas por la quejosa de un error diagnóstico o terapéutico durante las diferentes fases del complejo manejo de este paciente. El señor W.H. recibió, desde su atención inicial por parte del médico general de urgencias, una evaluación completa y meticulosa en la cual se consideraron todos los aspectos relevantes para su oportuno diagnóstico y acertado tratamiento y se realizaron todos los estudios y tratamientos indicados por la ciencia para su condición clínica. Es preciso resaltar también, que el seguimiento al paciente por parte de los especialistas mencionados en la queja se llevó a cabo de manera minuciosa y sensata y el tratamiento médico y quirúrgico instaurado se ajustó en todo momento a los parámetros de la *lex artis.*

Desafortunadamente, la grave infección cerebral que complicó el caso del paciente presentó un curso desfavorable, ocurrencia que es frecuente cuando el proceso es desencadenado por un trauma severo como el ocurrido, donde es especialmente relevante la presencia de un cuerpo extraño altamente contaminado (como es la punta de un taco de billar) en el sistema nervioso central. Esta superioridad lamenta el fatal desenlace en que culminó el trauma recibido por el señor W.H., pero debe reconocer en que este tipo de lesiones lamentablemente conllevan una elevada mortalidad, aún cuando se diagnostiquen y traten oportunamente.

Finalmente, sobre el alegato de la quejosa en cuanto a que *" percibo un impedimento elemental de los magistrados, lo que es evidente en una localidad pequeña como Villavicencio, es decir, que todos son amigos, conocidos o compañeros de trabajo o simplemente fueron o son empleados de Servimédicos o han sido miembros en Comités o Asociaciones donde actúan los presuntos implicados. Ahora bien, si los conjueces pertenecen al listado de elegibles, fueron propuestos por los miembros principales quienes tuvieron el carácter de declararse impedidos y esta circunstancia afecta en igual medida a los conjueces"* a partir del cual solicita trasladar la investigación a otro tribunal departamental con el fin de garantizar la imparcialidad de la decisión; la sala considera que estos, y los demás cuestionamientos sobre la investigación preliminar llevada a cabo por el Tribunal seccional del Meta, reflejan un desconocimiento de la seriedad y rectitud con que los tribunales de ética médica, se dedican a la tarea de mantener los estándares de la moral profesional *"salvaguardando los derechos de la persona, protegiéndola del sufrimiento y manteniendo incólume su integridad*[2]*"*, lo cual se refleja en los estrictos parámetros que demanda el proceso legal ético disciplinario y que para el presente caso, se cumplieron a cabalidad. Los impedimentos presentados por la totalidad de miembros del Tribunal seccional fueron considerados válidos y suficientes por esta superioridad pues justamente se encaminaron a evitar que la actuación particular de cada magistrado en el caso permitiera interpretaciones lesivas para la transparencia del proceso de juzgamiento ético disciplinario, lo cual sería evidentemente inconveniente para la Sociedad y para el buen nombre de la profesión médica. El Tribunal Nacional de Ética Médica como superior jerárquico del tribunal del Meta resolvió lo pertinente frente a la anterior solicitud, y designó los conjueces que habrían de conocer la queja de la referencia a partir del listado de candidatos vigente presentado por el Colegio Médico del Meta, de conformidad con lo previsto en la ley.[3]

Puesto que la recurrente no allega dentro del recurso nuevas pruebas de sus afirmaciones y se limita a repetir los argumentos presentados en su queja inicial, la apelación no está llamada a prosperar.

Bastan las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de sus facultades legales,

---

[2] Ley 23 de 1981

[3] Providencia No. 54-2012. Magistrado ponente: Dr. Efraim Otero Ruíz

RESUELVA

Artículo Primero - Confirmar, como en efecto confirma, la decisión tomada por el Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta, en el proceso 942, en el sentido de no abrir investigación formal contra los doctores F.I.O.L., D.E.R.A., J.C.M., J.A.AD. y D.L.B.M., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, ordenando en cambio el archivo de la queja presentada por la Señora D.P.A.R. **Artículo Segundo** - Devolver el expediente al tribunal de origen para su archivo. **Artículo Tercero** - Contra la presente providencia no procede recurso alguno. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. LILIAN TORREGROSA ALMONACID, Presidenta - Magistrada Ponente; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado; EFRAÍM OTERO RUIZ, Magistrado; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico, MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO. Secretaría.

Bogotá, Agosto trece (13) del año dos mil trece (2013)

SALA PLENA SESIÓN No. 1189 DEL TRECE (13) DE AGOSTO DEL AÑO DOS MIL TRECE (2013)

REF: Proceso número: 815, Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca
Contra: A.L.C.Q.
Denunciante: Sra. R.L.M.
Asunto: Sanción de suspensión en el ejercicio profesional, por más de seis meses.

Magistrada Ponente: Dra. Lilian Torregrosa Almonacid. M.D.
Providencia No. 55-2013

VISTOS

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca, en sala plena del 26 de junio de 2013, sugirió imponer al médico A.L.C.Q., sanción de suspensión en el ejercicio profesional por lapso superior a seis meses, dentro del proceso ético-disciplinario instaurado con base en la queja presentada por la Sra. R.L.M..

Al tenor del artículo 84 de la Ley 23 de 1981, el Tribunal Seccional envió el expediente a este Tribunal Nacional para que, dentro de su competencia, resuelva lo pertinente.

El cuaderno que contiene el expediente se recibió en el Tribunal Nacional el día 10 de julio de 2013; puesto para reparto en la sala plena del 16 de julio, correspondió por sorteo a la magistrada Lilian Torregrosa Almonacid.

Cumplidos los términos, se procede a decidir de acuerdo con los siguientes:

HECHOS

Con fecha 22 de julio de 2011, la Personería Municipal del municipio de Argelia en el Departamento del Cauca, hizo conocer al Tribunal Seccional

de Ética Médica correspondiente, la queja presentada por la señora R.L.M. de 36 años procedente de la vereda La Piedra del municipio de Argelia, contra el doctor A.L.C.Q., médico del Hospital ESE Sur occidente Argelia, quien según la quejosa, le había practicado maniobras y tocamientos en sus genitales durante una consulta de control prenatal el día 23 de junio de 2011.

De acuerdo con la queja inicial ante la entidad de salud (folio 55) y Personería Municipal (folios 2 y 3) y posteriormente la ampliación de la misma, visible a folios 53 y 54 y rendida por la quejosa el 23 de octubre de 2012, ella asistió a la mencionada consulta de control prenatal durante su cuarto mes de embarazo. Durante la atención, el doctor A.L.C.Q. le ordenó pasar a la camilla ginecológica para examinarla y en palabras de la quejosa *" …el cogió una gasa y un algodón y me limpiaba, no sé porqué lo hacía porque yo no tenía nada. Y allí es cuando el me preguntó que cuanto me demoraba yo en votarme, pero el decía que era para que me fluyera la matriz…" "…me hizo un tacto, empezó a introducirme los dedos como masturbándome..." "… empezó a mover su dedo de tal manera que yo empecé a sentir que ya no era un tacto, sino que era con morbosidad…. Luego me dijo que así no se podía, que eso se podía era con la lengua y entonces tocó mi vagina con su lengua y yo lo empujé y me pare de la camilla…"* Refiere la señora L. que al notar rechazo por parte de la ella, el médico le pidió que lo perdonara y *"que no le fuera a decir a nadie…",* posteriormente le entregó una fórmula de medicamentos. La quejosa informó lo sucedido a su esposo con quien denunció los hechos ante la personería municipal.

El tribunal seccional, en Sala Plena del 4 de agosto de 2011, aceptó la queja y designó instructor para la investigación correspondiente; en el curso de la misma recibió ampliación de la queja por parte de la señora R.L.M., escuchó en versión libre al médico A.L.C.Q, y recibió como pruebas documentales la copia de la historia clínica correspondiente a la atención de la paciente en la ESE Suroccidente, así como certificado del Tribunal Nacional de Ética médica con los antecedentes disciplinarios del denunciado . El análisis del material procesal llevó a la corporación de primera instancia a dictar en sala plena del 14 de noviembre de 2012, pliego de cargos contra el doctor A.L.C.Q., por presunta violación al artículo 1º numeral tercero, artículo 2º y artículo 9º de la Ley 23 de 1981, concordante con el artículo 6 del decreto reglamentario 3380 del mismo año; se fijó fecha para la diligencia de descargos y se hicieron las notificaciones legales, sin que se

lograra la presencia del disciplinado al primer requerimiento, por lo que nuevamente se notificó al médico investigado quien asistió a la segunda citación en compañía de su abogado Ciro Eduardo Certuche Quiguanas y manifestó desconocer el pliego de cargos. La sala plena del Tribunal Seccional suspendió la sesión y fijó por tercera vez, fecha para la diligencia de descargos, en esa nueva oportunidad asistió el médico A.L.C.Q. y solicitó al tribunal le permitiera presentar los descargos por escrito una semana después, dado que en el momento presentaba una afección de salud. La sala acogió la solicitud y fijó por cuarta vez la fecha para el 18 de abril de 2013, día en que se presentó el abogado defensor con excusa por escrito a nombre del disciplinado, acompañada de receta médica donde el médico general F.A.M. certificaba que el médico A.L.C.Q. se encontraba hospitalizado en urgencias de la Clínica La Estancia por cuadro de *"DM de novo"* y *"estado hiperosmolar"* . En Sala Plena del 24 de abril de 2013, resuelve el Tribunal Seccional, fijar por última vez la fecha para la audiencia de descargos y esta se lleva a cabo finalmente, el día 8 de mayo de 2013.

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca sugirió declarar responsable al doctor C.Q, al tenor del pliego de cargos que se le había formulado, y consideró que merece suspensión en el ejercicio profesional por lapso superior a seis meses, dada la gravedad de la falta y los antecedentes disciplinarios que presenta, en los cuales aparecen cuatro sanciones impuestas a él en los años 2003, 2004, 2006 y 2007, tres de ellas por atentados contra el pudor sexual de mujeres que acudieron a su consulta externa y una de suspensión por cinco años en el ejercicio de la Medicina por práctica de aborto; la última sentencia fue dictada el

18 de diciembre de 2007 y debería por consiguiente estarla cumpliendo en el momento de los hechos que motivaron la apertura del presente proceso. Según lo dispone el artículo 84 de la Ley 23 de 1981, el tribunal de primera instancia envió las diligencias a este Tribunal Nacional para lo de competencia, el día 13 de julio de 2013.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

La actuación del Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca se ha realizado con el cumplimiento de todas las formalidades previstas en la Ley 23 de 1981 y el respeto al debido proceso; el Tribunal Nacional de Ética Médica es competente para abocar el caso y resolver de fondo, según lo dispone el artículo 84 de la Ley 23 de 1981.

Considera esta sala, que la materialidad del acto punible consistente en manipulaciones abusivas de los genitales de la quejosa durante una consulta de control, no fue desvirtuada en los descargos presentados por la defensa, en los que se limitó a describir su experiencia profesional como médico general, se refirió a la situación de violencia en la región de Argelia y a su delicada condición de salud y finalmente al desconocimiento de las razones por las cuales se le endilgaron los cargos frente a los cuales se declara inocente y menciona: "*No tengo nada que ver con lo que se me imputa*".

En el caso sub judice nos encontramos con el testimonio de una mujer humilde, preocupada con los abusivos desmanes del médico tratante, que los denuncia inmediatamente ante su esposo y las autoridades competentes sin que se pueda deducir que hubiera llegado a tener ningún interés en perjudicar al médico. Es desde todo punto de vista prácticamente imposible que una mujer en su calidad de esposa y madre de ocho hijos pueda inventarse tan absurdas acusaciones sin que las mismas hubieran ocurrido en la realidad. Adicionalmente encuentra la Sala que su dicho es concordante con el caso analizado por el TNEM en Providencia No. 63-2007 con Magistrado Ponente: Dr. Juan Mendoza-Vega M.D. donde una paciente atendida en el 2005 por el mismo Dr. A.L.C.Q. en el Hospital de El Bordo Cauca, denunció exactamente el mismo tipo de manipulación oral de sus genitales por parte del médico durante la consulta.

En ocasiones previas ha manifestado el tribunal Nacional de Ética Médica, que la violencia sexual configura una de las más aberrantes ofensas contra la dignidad humana y el desconocimiento de los derechos fundamentales de todas las personas, y especialmente *"las agresiones al pudor sexual realizadas por un médico en su consultorio y con motivo de una consulta profesional, en la cual se refleja siempre la confianza plena que la persona enferma pone en una persona a la cual considera mejor dotada y con mayores conocimientos para obrar en su defensa y beneficio, es falta de la mayor gravedad porque no sólo quiebra de manera alevosa tal confianza sino lanza un injusto y ominoso manto de duda sobre las motivaciones, las actitudes y las acciones de todo el Cuerpo Médico. Por ello, merece tal clase de faltas sanción ejemplarizante, más aún si se trata de hechos reiterados*[1]*"*

[1] Gaceta Jurisprudencial. Enero 2013. Delitos contra la Integridad Sexual en el Acto Médico. Tribunal Nacional de Etica Médica.

Y también en reiteradas ocasiones se ha pronunciado esta superioridad frente a los denunciados abusos cometidos contra diferentes mujeres por el disciplinado A.L.C.Q., quien no solo ha reincidido en su conducta sino que lo ha hecho violando los mandatos legales que lo inhabilitan para el ejercicio profesional de la medicina en el territorio colombiano, desconociendo por completo las sanciones impuestas por esta superioridad.

Los hechos que motivaron esta última queja en su contra, ocurrieron el 23 de junio de 2011, momento en que se encontraba sancionado por violación gravísima a la ética médica, con la máxima pena de suspensión en el ejercicio profesional por espacio de cinco años.

Reafirma este Tribunal que *"el disciplinado no es una persona a quien se pueda encomendar ningún acto médico en el cual sus pacientes sean mujeres"*, pues su ejercicio libre de tan delicada profesión como es la medicina, entraña riesgos elevados y potenciales consecuencias irreparables en la sociedad. El Dr. A.L.C.Q. ha sido juzgado por los tribunales de ética médica en el país en cuatro oportunidades durante los últimos diez años, en todos los procesos se ha encontrado una violación mayor a la ética médica y a la Ley 23 de 1981 por lo que ha sido suspendido del ejercicio profesional en cuatro ocasiones y sin embargo, ha reincidido en sus conductas que atentan contra la dignidad de las pacientes y lo ha hecho ejerciendo ilícitamente la medicina; considera esta Sala inadmisible que un médico como el disciplinado continúe ejerciendo libremente la medicina en el país y como consecuencia de esto, continúe violando los preceptos de la ética médica y los fundamentos del profesionalismo y con ello genere un daño cada vez mayor a sus pacientes.

Desafortunadamente no puede este Tribunal hacer más que sancionarlo con la máxima pena contemplada por la Ley para ser impuesta por los tribunales de ética y que consiste en la suspensión profesional por espacio de cinco años; aún cuando es claro que al Dr A.L.C.Q., quien ha recibido esta sanción ya en tres oportunidades (teniendo en cuenta la presente), no se le debería permitir interactuar con pacientes pues aprovecha la situación de supremacía psicológica que le otorga la calidad de médico durante una consulta, para acceder a la confianza de otros seres humanos que exponen ciegamente su intimidad y su cuerpo durante un examen físico y toma ventaja de esta situación de indefensión para cometer actos abusivos y obscenos que violan la dignidad de las pacientes.

Esta superioridad compulsará copia de esta Providencia a la Fiscalía General de la Nación, para que se investigue la conducta del médico respecto a la legalidad de los documentos que como médico haya emitido estando legalmente suspendido para el ejercicio legítimo de la profesión en el territorio colombiano y que se encuentran a folios 5,6 y 7 (Se debe reiterar que la última sanción del disciplinado en diciembre de 2007, lo suspendió de su ejercicio profesional por cinco años que se completan en diciembre de 2013, y los hechos que motivaron la actual queja ocurrieron en junio de 2011, cuando se encontraba sancionado y suspendido de su práctica médica pero continuaba atendiendo pacientes de manera ilícita en el municipio de Argelia). El que practica este ejercicio ilegal de la medicina y durante el mismo elabora fórmulas médicas, comete el delito de falsedad documental y por lo tanto debe ser denunciado ante las autoridades competentes.

Bastan las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de sus atribuciones legales,

RESUELVA

Artículo Primero - Imponer al doctor A.L.C.Q., identificado con la cédula de ciudadanía número … de…, la sanción consistente en SUSPENSIÓN EN EL EJERCICIO DE LA MEDICINA por el término de CINCO (5) AÑOS, como responsable de la violación de lo dispuesto en los artículos 1, numeral 3, artículo 2 y artículo 9 de la Ley 23 de 1981, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. Esta sanción deberá comenzar a cumplirse una vez se ejecute la totalidad de la sanción de suspensión que anteriormente le fue impuesta. **Artículo Segundo** - Compulsar copias de esta providencia a la Fiscalía General de la Nación, a la Fiscalía Seccional del Cauca, a la Superintendencia Nacional de Salud, y a la Secretaría de Salud del Cauca, para lo de su competencia. **Artículo Tercero** -Contra la presente resolución proceden los recursos de reposición para ante el Tribunal Nacional de Ética Médica, y el subsidiario de apelación para ante el Ministerio de Salud y Protección Social, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la notificación de la presente providencia. **Artículo Cuarto** - Una vez en firme la presente providencia, comuníquese su contenido al Ministerio de Salud y Protección Social, a los Tribunales Seccionales de Ética Médica, a la Federación Médica Colombiana para que sea fijado en lugares visibles al tenor de lo dispuesto en el artículo 53 del decreto 3380 de 1981. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. EFRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado - Presidente; LILIAN TORREGROSA ALMONACID, Magistrada Ponente; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaría.

Bogotá, Octubre dieciséis (16) del año dos mil doce (2012)

SALA PLENA SESIÓN No. 1151 DEL DIECISEIS (16) DE OCTUBRE DEL AÑO DOS MIL DOCE (2012)

REF: Proceso No. 510, Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico
Contra: Drs. S.J.I.R.y Fernando A. Flórez
Denunciante: De oficio
Asunto: Apelación

Providencia No. 82-2012
Magistrado ponente: Juan Mendoza Vega

VISTOS

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico, en Sala Plena del 1 de Agosto de 2012, resolvió imponer al doctor S.J.I.R. la sanción de Suspensión en el ejercicio profesional por el lapso de tres (3) meses, y al doctor F.A.F.La R., la sanción de suspensión por el lapso de un (1) mes, dentro del proceso número 510 abierto de oficio contra ellos por la noticia presentada por la magistrada de ese tribunal, doctora María Ortiz Caraballo.

El abogado defensor de oficio del disciplinado S.J.I.R., quien no se hizo presente en el proceso, interpuso y sustentó recursos de reposición y en subsidio apelación contra la decisión mencionada; por providencia del 19 de Septiembre de 2012, el tribunal seccional negó la reposición pero concedió la apelación impetrada, por lo que envió las diligencias a este Tribunal Nacional para lo de competencia.

Recibido el expediente el 27 de Septiembre, fue puesto para reparto en Sala del 2 de Octubre y correspondió por sorteo al magistrado Juan Mendoza-Vega.

Cumplidos los términos, se procede a resolver de acuerdo con los siguientes:

HECHOS

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico recibió el 10 de Febrero de 2010, la noticia presentada por la señora magistrada del mismo, doctora María Ortiz Caraballo, relativa a las presuntas irregularidades que se habrían cometido durante el mes de Enero inmediatamente anterior en la Clínica La Misericordia, situada en la ciudad de Barranquilla, en la persona de la joven O.S.P.

De acuerdo con la publicación periodística que agregó a sus palabras la magistrada, la joven O.S.P. fue sometida en la mencionada clínica a intervención cesárea para culminar un embarazo a término, pero ocho días después de la cirugía presentó intenso dolor abdominal, volvió a la Clínica La Misericordia y allí fue operada, al parecer por signos de abdomen agudo, y falleció en el postoperatorio inmediato.

El tribunal seccional aceptó la noticia como queja y abrió la investigación correspondiente, en el curso de la cual recabó y estudió copia de la historia clínica correspondiente a la occisa O.S.P., en la cual se identificaron los médicos que participaron en su atención y se los llamó a rendir testimonio juramentado. Así se estableció que a la señora O.S.P. se le practicó la cesárea sin complicaciones; que varios días después consultó por dehiscencia de sutura y supuración en la herida, la cual fue limpiada y los bordes afrontados de nuevo, al parecer sin problema; que de nuevo consultó a los ocho días por dolor abdominal y fiebre, ocasión en la cual se encontró masa abdominal no renitente que fue diagnosticada como plastrón y por la cual el doctor F.F. realizó laparotomía y excisión de un plastrón con abundante secreción purulenta en su interior, acto quirúrgico para el cual el ginecólogo solicitó la presencia de un cirujano general pero el que estaba de turno en ese momento no entró al quirófano, por razones no conocidas; la paciente siguió con dolor y fiebre a pesar de la administración de antibióticos, de modo que el cirujano S.I. consideró que había cuadro de abdomen agudo y la reintervino, encontró lesiones perforantes de colon y de yeyuno con presencia de materia fecal en cavidad peritoneal, reparó el yeyuno, hizo colostomía y dejó el abdomen abierto para lavados periódicos y cierre por segunda intención. El estado general de la señora S. se siguió deteriorando y en pocas horas presentó paro cardiorespiratorio, del cual no salió a pesar de medidas de reanimación.

De estas diligencias, el tribunal seccional obtuvo información suficiente para identificar como médicos tratantes de la señora O.S. al ginecólogo F.A.F. La R. y al cirujano general S.J.I.R., así como para considerar necesario iniciar investigación formal sobre el caso; los médicos mencionados fueron debidamente notificados y se les llamó a rendir versión sin juramento. A tal diligencia acudió el doctor F. el día 10 de Junio de 2011, pero el doctor I. no se presentó ni pudo ser encontrado a pesar de reiterados esfuerzos, porque cambió su lugar de residencia y dejó de responder al teléfono celular que había dado como suyo en la diligencia de declaración bajo juramento visible a folios 92 y 93 rectos del expediente, razón por la cual el tribunal de primera instancia lo declaró persona ausente y le nombró abogado de oficio para poder continuar el procedimiento.

El tribunal seccional encontró méritos para elevar pliego de cargos contra los doctores F. La R. e I.R., por presuntas violaciones a los artículos 10, 15, 19, 34 y 42 de la Ley 23 de 1981; realizó las notificaciones respectivas y fijó fechas para las diligencias de descargos. La abogada Caridad Alvarez Ospino, designada como defensora de oficio para el doctor I.R., presentó por escrito los descargos el 28 de Abril de 2012; el doctor F. La R. rindió sus descargos verbalmente, acompañado por su abogado defensor Norton Villalba Rodríguez, el 16 de Mayo de 2012; en ellos reiteró su afirmación de que, para la segunda intervención, pidió interconsulta y apoyo del cirujano general de turno, el doctor I., pero que éste no participó en el acto quirúrgico aunque estaba presente, para confirmar lo cual citó como testigos a la administradora de la clínica donde ocurrieron los hechos y al jefe de instrumentación quirúrgica de la misma. Analizados los descargos y recibidos en debida forma los dos testimonios planteados por el doctor F., el tribunal seccional resolvió en Sala del 1 de Agosto de 2012 que el pliego de cargos no había sido desvirtuado y que, por el contrario, se había probado la actuación ilegal de los dos disciplinados al tenor de lo planteado en el pliego de cargos, por lo que sancionó al doctor S.J.I.R.con suspensión en el ejercicio de la profesión por el lapso de tres (3) meses, y al doctor F.A.F. La R. con suspensión en el ejercicio de la profesión por un (1) mes.

La abogada Caridad Álvarez Ospino, defensora de oficio del doctor I.R., presentó y sustentó dentro de términos los recursos de reposición y en subsidio el de apelación contra la decisión mencionada. En Sala del 19 de Septiembre, el tribunal de primera instancia decidió no reponer su proveído y concedió en cambio la apelación subsidiaria, que se resuelve con la presente providencia.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

Para sustentar el recurso de apelación, arguye la abogada Caridad Álvarez Ospino que en la diligencia de descargos presentada por ella misma ante la obstinada ausencia de su defendido, mostró que el doctor I. sí atendió a la señora O.S.P.; que todos los actos médicos del caso están debidamente registrados en la historia clínica; que el doctor I. no participó en la primera reintervención realizada sobre la paciente, como lo había solicitado claramente el ginecólogo F., porque estaba atendiendo una cirugía en otra institución asistencial; que precisamente por no haber participado en esa cirugía no se le puede achacar relación con el lamentable resultado final, que fue el deceso de la paciente y que quien actuó con conducta temeraria en este caso fue el doctor F., por lo que sancionar a su defendido es cuando menos desproporcionado.

En su alegato, pasa por alto la recurrente que hay dos testimonios juramentados según los cuales el doctor S.I. se encontraba en la Clínica La Misericordia y no en otra institución asistencial en el día y hora de las omisiones que se le imputan, de manera que no atendió a la solicitud de apoyo de su colega y privó a la operada de los beneficios que se hubieran logrado con su intervención, sus conocimientos y su habilidad de muchos años que él mismo subrayó en su declaración inicial, sin que puedan conocerse las razones para tal descuido por cuanto no volvió a atender los requerimientos del tribunal de instancia e hizo necesario que se lo declarara persona ausente, actitud totalmente reñida con el respeto que se debe a la ley y a las autoridades legítimamente constituídas. En cuanto a su deber de registrar en la historia clínica sus actuaciones en relación con la paciente O.S., aparece apenas una nota firmada por él con solamente tres renglones que son indicaciones de tratamiento, pero ninguna descripción de la interconsulta que se le pidió ni de su actuación frente al acto quirúrgico para el cual se le llamó, de modo que es también evidente que no cumplió adecuadamente esa obligación médica tan elemental.

En las condiciones aludidas, es claro que las pretensiones del recurso no han lugar y serán desestimadas.

En el caso presente es más que evidente que la muerte de la paciente se presenta como consecuencia de la reintervención después de la cesárea a que fue sometida y en la que probablemente se le ocasionaron las lesiones

en el colon que le generarían una infección abdominal que finalmente le produjo la muerte. Está dentro de lo posible que las lesiones que desencadenan la infección puedan ser el resultado de una conducta culposa por parte de los médicos que realizaron la operación y si esta posibilidad existe es obligación de este Tribunal en cumplimiento de los deberes legalmente impuestos de ordenar compulsar copias con destino a la Fiscalía General de la Nación, para que si es del caso se determine si es necesario abrir o no proceso penal por homicidio culposo.

Bastan las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de sus facultades legales,

RESUELVA

Artículo Primero - Confirmar, como en efecto confirma, la sanción de Suspensión en el ejercicio profesional por el lapso de tres (3) meses impuesta al doctor S.J.I.R., por el Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico, en el proceso 510, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. **Artículo Segundo** - Devolver el expediente al tribunal de origen para su archivo. **Artículo Tercero** - Compulsar copias del proceso para la Fiscalía General de la Nación, Seccional del Atlántico. **Artículo Cuarto** - Contra la presente providencia no procede recurso alguno. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado- Presidente; JUAN MENDOZA VEGA; Magistrado- Ponente; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado; EFRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado; LILIAN TORREGROSA ALMONACID, Magistrada; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaría.

Bogotá, Abril catorce (14) del año dos mil quince (2015).

SALA PLENA SESIÓN No. 1267 DEL CATORCE (14) DE ABRIL DEL AÑO DOS MIL QUINCE (2015)

REF: Proceso No. 2012-002 Tribunal Seccional de Ética Médica del Chocó
Contra: Doctor E.J.M.M.
Quejoso: Fiscalía Seccional
Asunto: Recurso de apelación

Magistrado ponente: Dr. Juan Mendoza Vega
Providencia No. 21-2015

VISTOS

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Chocó, en sesión de Sala Plena del 28 de enero de 2015, dentro del proceso número 2012-002, impuso al doctor E.J.M.M. la sanción de suspensión en el ejercicio profesional por el lapso de seis (6) meses. Contra tal decisión presentó oportunamente la abogada defensora el recurso de apelación, el cual fue concedido por el tribunal seccional, que envió el expediente a este Tribunal Nacional para lo de competencia.

Recibidos los dos cuadernos que contienen la actuación el día 20 de marzo, fue puesto el asunto para reparto en Sala Plena del día 24 de marzo de 2015 y se adjudicó por sorteo al magistrado Dr. Juan Mendoza-Vega. Cumplidos los términos, se procede a decidir con base en los siguientes:

HECHOS

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Chocó recibió, con fecha 22 de noviembre de 2012, las copias compulsadas dentro de la investigación que la Fiscalía Séptima Seccional del Chocó adelantó contra R.R.P. y N.Y.R.P.,

copias que fueron ordenadas por el fiscal por cuanto el doctor E.J.M.M. habría tenido *"presunto actuar irregular en la expedición de unos dictámenes médicos"* para los dos ciudadanos investigados.

De acuerdo con las mencionadas copias, el doctor E.J.M.M. en su condición de profesional universitario forense, en ese momento vinculado al Instituto Nacional de Medicina Legal en su seccional del Chocó, examinó a los señores R.y R. por solicitud del fiscal que los había investigado y les había impuesto pena de detención carcelaria. El examen al señor R. lo realizó el 26 de enero de 2011, apreció los resultados de exámenes paraclínicos que se habían realizado recientemente a esa persona y, como una de las conclusiones de su diagnóstico de obesidad mórbida, hipertensión arterial no controlada, dislipidemia mixta y posible insuficiencia renal aguda, anotó que el estado clínico del examinado muestra *"enfermedad grave incompatible con la vida en reclusión"*, además de sugerir la conveniencia de exámenes posteriores de control.

El examen del señor R.P. tuvo lugar el 10 de diciembre de 2010, el diagnóstico fue *"hemorroides grado I/IV y fístula anal con secreción sero-purulenta",* y en las conclusiones señaló la presencia de *"grave enfermedad"* con riesgo de sobreinfección si no se garantiza el tratamiento adecuado y permanece en el sitio de reclusión. Como al parecer la Fiscalía seccional no estuvo de acuerdo con la solicitud de excarcelación, en abril de 2011 la médica J.M.R., directora de la seccional del Instituto de Medicina Legal en el Chocó, practicó nuevo examen a R.P. y sus conclusiones señalaron que en ese momento no presentaba *"enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión"*.

En relación con el señor R.P., se produjo una situación similar y la fiscalía seccional pidió a la seccional del Instituto de Medicina Legal en Medellín, Antioquia, absolver un cuestionario en el cual se preguntaba entre otras cosas *"si con la cirugía bariátrica se curan todas las patologías que presenta el señor R.P."*, así como *"si es cierto, sí o nó, que si se va a infartar puede ocurrir igual en el establecimiento carcelario o en la casa de habitación",* a lo que uno de los profesionales de la mencionada seccional respondió que *"el estado de salud es variable en el tiempo, no es estático"* y que evidentemente, *"los eventos coronarios pueden suceder de manera no predecible en el tiempo y en cualquier lugar donde se encuentre el paciente"*.

Las diferencias entre los dictámenes del doctor E.J.M.M. y los de los otros médicos aludidos hicieron plantear a la fiscalía seccional del Chocó la posibilidad de que hubiera conducta irregular por parte de quien expidió los primeros documentos, razón que llevó a la queja formal ante el tribunal seccional de Ética Médica del Chocó.

Tras adelantar investigación formal, que incluyó un incidente de nulidad subsanado por el mismo tribunal de primera instancia, éste consideró que el doctor E.J.M.M. incurrió en faltas contra los numerales 3 y 6 del artículo 1 de la Ley 23 de 1981, por lo que le impuso sanción de suspensión en el ejercicio profesional por el lapso de seis (6) meses. Contra esta decisión presentó la abogada defensora el recurso de apelación que fue concedido y se resuelve mediante la presente providencia.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

Como lo ha señalado en ocasiones anteriores este Tribunal Nacional, el certificado médico es un documento de características muy especiales porque refleja la confianza que la sociedad otorga al profesional de la medicina, confianza que es indispensable porque solo ella permite que se pongan en manos de ese profesional bienes tan importantes como la vida y la salud. Es tan alto el aprecio que se tiene por estos documentos, que la falta de expedirlos inadecuadamente es una de las muy pocas calificadas como graves en la Ley 23 de 1981. Pero resulta pertinente señalar que, si el certificado es expedido por un médico en su condición de funcionario del Instituto de Medicina Legal o como perito legalmente designado al efecto, se convierte en dictamen pericial, cuya trascendencia y peso legal es todavía mayor, lo que se acompaña de más estrictas exigencias en cuanto a las condiciones que debe cumplir y a lo que debe tratar, según solicite la autoridad que pide tal dictamen; así, tanto las formalidades del documento como las responsabilidades del profesional que lo expide y firma se incrementan de acuerdo con las disposiciones legales aplicables en cada ocasión.

En el caso *sub examine*, no se acusa al doctor E.J.M.M. de haber expedido dictámenes falsos; como consta en el expediente, los firmados por él cumplen con el protocolo vigente en la institución para la cual trabajaba y se apoyan en cuidadoso examen clínico y análisis paraclínicos pertinentes, todo ello transcrito en el documento mismo; la fiscalía seccional del Chocó ordenó compulsar copias porque encontró que tales documentos diferían

en sus datos clínicos y conclusiones de los que, varios días después, expidieron para las mismas personas otros profesionales distintos. El tribunal de primera instancia, por su parte, plantea el pliego de cargos por presuntas faltas contra los numerales 3 y 6 del artículo 1º de la Ley 23 de 1981.

Al sustentar la apelación, arguye la abogada defensora que por ninguna parte aparece indicio o prueba de que su representado hubiera procedido con malas intenciones y que la sanción se decreta sin tener en cuenta que el cambio en la condición clínica de las personas, cambio que de acuerdo con los dictámenes recogidos en el expediente muestra mejor estado en el momento del segundo dictamen que en el primero, se debe a la simple razón de que, en el tiempo trascurrido entre un examen y otro, esos enfermos recibieron el tratamiento adecuado para sus problemas, estuvieron en ambiente más propicio para su buena evolución y como era de esperarse mejoraron tanto sus signos físicos como las cifras de sus análisis paraclínicos. El argumento de la recurrente ha lugar porque ciertamente lo esperado y lógico en un enfermo bajo tratamiento es que mejore, si los medicamentos y otras medidas terapéuticas son las adecuadas y si el enfermo cumple con lo ordenado, por lo que la sola diferencia en los datos de examen y pruebas de laboratorio no puede dar pie a suposiciones sobre error o falta intencional en ninguno de los dictámenes aludidos; la deducción lógica, ante los documentos recogidos en el expediente, no es la existencia de un primer dictamen erróneo sino la prueba de que la persona de quien se trata experimentó mejoría con el tratamiento realizado durante el tiempo que trascurrió entre el examen del doctor E.J.M.M. y, por ejemplo, el de su colega la doctora J.M.R., firmante del segundo dictamen sobre el señor R.P.

En cuanto a las opiniones periciales expresadas por otros médicos, sin haber examinado a los individuos de quienes se trató en los certificados acusados, pues solamente respondieron a interrogatorios teóricos, tampoco indican que el doctor E.J.M.M. hubiera procedido de modo irregular o hubiera faltado a las normas de la Ley 23 de 1981. Conviene anotar, además, que la frase escrita en los dictámenes, sobre incompatibilidad del estado clínico de los enfermos con la reclusión en establecimiento carcelario, debe ser tomada como deducción seria del galeno ante unos hechos clínicos comprobados, deducción que aún si estuviera errada no constituiría falta ética porque no se ha probado, ni siquiera sugerido, que fuera tomada por razones distintas de las estrictamente médicas. Será necesario entonces aceptar los argumentos de la apelación y proceder en consecuencia.

Bastan las consideraciones precedentes para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de sus atribuciones legales,

RESUELVA

Artículo Primero - Revocar, como en efecto revoca, la decisión del Tribunal Seccional de Ética Médica del Chocó dentro del proceso 002, por la cual se impuso al doctor E.J.M.M. la sanción de suspensión en el ejercicio de la medicina por espacio de seis (6) meses, y declarar en cambio al doctor E.J.M.M. inocente de los cargos que se le formularon, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. **Artículo Segundo** - Devolver el expediente al tribunal de origen para su archivo. **Artículo Tercero** - Contra la presente providencia no procede recurso alguno. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ, Magistrado- Presidente; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado Ponente; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico, MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaría.

Bogotá, Febrero diecinueve (19) del año dos mil trece (2013).

SALA PLENA SESIÓN No. 1165 DEL DIECINUEVE (19) DE FEBRERO DEL AÑO DOS MIL TRECE (2013)

REF: Proceso No. 2718, Tribunal Seccional de Ética Médica de Cundinamarca
Contra: Doctor A. de J.G.T.
Denunciante:Gerente Hospital N.S. del Carmen, El Colegio, Cund.
Asunto: Sanción superior a suspensión por 6 meses

Magistrado ponente: Dr. Juan Mendoza-Vega
Providencia No.10-2013 (Aprobada en sesión anterior)

VISTOS

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Cundinamarca, en Sala Plena del 11 de Diciembre de 2012, resolvió no aceptar los descargos presentados por el médico A. de J.G.T., dentro del proceso 2718 abierto con base en la queja presentada por el gerente del Hospital Nuestra Señora del Carmen, de El Colegio, Cundinamarca, y consideró que el disciplinado merece sanción superior a los seis meses de suspensión en el ejercicio profesional, por lo que envió el expediente a este Tribunal Nacional para lo de competencia.

Recibido el expediente el 23 de Enero de 2013, fue puesto para reparto en Sala Plena del 29 de Enero de 2013 y correspondió por sorteo al Magistrado Juan Mendoza-Vega.

Cumplidos los términos, se procede a decidir de acuerdo con los siguientes:

HECHOS

El 9 de Julio de 2012 se recibió en el Tribunal Seccional de Ética Médica de Cundinamarca la comunicación en la cual el gerente del Hospital Nuestra Señora del Carmen de la localidad de El Colegio, Cundinamarca,

doctor R.D.C.A., presentó los hechos presuntamente censurables en que habría incurrido el médico A. de J.G.T., al expedir certificado de defunción de C.T.M., quien se identificaba con la cédula de ciudadanía … y habría fallecido el 2 de Diciembre de 2010.

Según el escrito de queja, el doctor A. de J. G.T. habría certificado la muerte del ciudadano C.T.M. como ocurrida en la fecha mencionada y en el hospital de la localidad de El Colegio, datos que ingresó por computador en el sistema oficial de información DANE, pero que no corresponden a la realidad porque la persona mencionada no fue atendida en el hospital ni por supuesto falleció allí. Como el ciudadano C.T.M. , alias "Fritanga", era sindicado como narcotraficante a quien buscaban tanto las autoridades policiales colombianas como la Interpol, y una persona con su descripción había sido capturada en medio de una fiesta, la Dirección de Investigación de la Policía Nacional solicitó al Hospital de Nuestra Señora del Carmen copia de la historia clínica y certificación sobre las causas de la muerte que había certificado el doctor A. de J.G.T.; al investigar el asunto e interrogar al médico A de J.G.T., éste manifestó de inmediato que sí había dado la certificación y que correspondía a la realidad, pero luego al parecer se desdijo y explicó que el certificado para una persona que le dijeron se llamaba C.T.M. lo había expedido en la ciudad de Bogotá, que olvidó ingresarlo en el sistema del DANE y que días más tarde realizó tal ingreso en el sistema poniendo como lugar de defunción el hospital de El Colegio porque de otro modo el sistema no le aceptaba los datos.

El tribunal seccional aceptó la queja, abrió investigación formal y dentro de ella oyó en versión libre sin juramento al doctor A. de J. G.T., identificado con la cédula de ciudadanía número 70.054.611 expedida en Medellín, quien manifestó ser médico general graduado por la Universidad de Antioquia, vinculado desde siete años antes con el Hospital de Nuestra Señora del Carmen, de El Colegio, Cundinamarca. Al pedirle que relatara los hechos correspondientes al caso que se investiga, reconoció haber expedido en la ciudad de Bogotá certificado de defunción para "el señor C.T", a solicitud del dueño de "dos funerarias que quedan en la carrera (sic) primera frente al antiguo hospital San Juan de Dios", persona que se llama Germán Lozano; tras algunas explicaciones colaterales sobre otros casos de certificados de defunción falsos en los cuales dijo haber estado implicado transitoriamente pero "se aclaró que había sido una falsificación", el doctor A. de J.G.T. relató que el certificado que expidió en Bogotá "lo transcribí por

computador al servicio del DANE porque era una obligación de mi parte" pero que al no poder completar ese trámite desde su computador personal porque el sistema no le admitía los datos, optó por poner como sitio de la defunción el hospital de El Colegio y así completó el trámite un mes y 10 días después del presunto deceso; terminó su declaración insistiendo en que "fui objeto de engaño por parte de dicho funerario (sic) German Lozano" y en que el papel del certificado de defunción "nunca se elaboró ni se llevó a la Secretaría de Salud" sino que "con unos datos que me fueron adjuntados lo ingresé directamente al DANE".

El tribunal seccional, en Sala del 25 de Septiembre de 2012, acogió íntegramente el informe del magistrado instructor y resolvió plantear pliego de cargos al disciplinado por presunta violación de los artículos 50, 51 y 52 de la Ley 23 de 1981, al tiempo que le fijaba fecha para la respectiva diligencia de descargos.

Dicha diligencia se cumplió con las formalidades legales, incluyendo la presencia de abogado defensor designado por el disciplinado, el 27 de Noviembre de 2012; el doctor A. de J.G.T. explicó de manera pormenorizada la expedición del certificado de defunción para C.T.M. alias "Fritanga", dijo que tal certificado está formado por dos hojas, una de ellas más larga y con mayores datos; que la parte corta donde puso como lugar de la defunción la ciudad de Bogotá la firmó, selló y entregó "al funerario" en el mes de diciembre de 2010, mientras la parte larga complementaria no la llenó ni la entregó, pues en cambio un mes y una semana más tarde, el 10 de enero de 2011, "lo declaré ante el DANE vía internet", para lo cual y como "el computador me rebotaba" y no le dejaba llenar la casilla correspondiente al sitio de la defunción, "opté por colocar al Hospital Nuestra Señora del Carmen como sitio de la defunción y al colocar esto el sistema aceptó los datos" y pudo registrar completo el certificado; insistió en que "nunca creí estar incurriendo en una falsedad", que fue asaltado en su buena fe y que "no me presté para engaño al DANE o al hospital y no hice algún acto deliberado para violar las leyes establecidas". Esos mismos argumentos los entregó por escrito al tribunal seccional. Ante preguntas concretas de la Sala, admitió que no conocía a C.T.M. alias "Fritanga", que no era su paciente, que no examinó el cadáver que presuntamente le mostraron sino se limitó a verlo, que las causas de fallecimiento las anotó deduciéndolas de lo que presuntos parientes del muerto le dijeron en ese momento.

En Sala del 11 de Diciembre de 2012, el Tribunal Seccional de Ética Médica de Cundinamarca estudió los descargos presentados por el doctor A. de J.G.T. en presencia de su abogado defensor, consideró que con ellos no desvirtuó la acusación de haber consignado intencionalmente, en un certificado de defunción destinado al DANE y registrado allí por vía internet, una falsedad ideológica constituida por la afirmación de que C.T.M. , persona a quien él no conocía, había fallecido de causas naturales en el Hospital Nuestra Señora del Carmen, de la localidad de El Colegio, cuando la verdad es que ninguna persona de tal nombre estuvo hospitalizada ni mucho menos murió en esa institución asistencial.

Como consecuencia, ese tribunal seccional consideró claramente probada una falta grave contra la norma vigente, Ley 23 de 1981, merecedora de sanción superior a los seis (6) meses de suspensión en el ejercicio profesional, por lo que envió las diligencias a este Tribunal Nacional de Ética Médica como lo dispone el artículo 84 de la Ley 23 de 1981.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

Entre las funciones profesionales que debe cumplir el médico en la sociedad actual, la certificación de las condiciones de salud de una persona y de la ocurrencia de hechos como el nacimiento y la muerte, tienen importancia social que sobrepasa evidentemente la simple confirmación de realidades, porque tales certificados causan consecuencias de gran trascendencia legal y jurídica, se admiten como palabra indiscutible en el seno de la comunidad y por lo mismo, se exige de ellos el respeto total por la verdad y la sujeción completa a las normas estipuladas en la ley, si ellas existen.

Tanta es la importancia que para el conglomerado social y para el cuerpo médico tiene la expedición de certificados por parte de los profesionales, que en el articulado de la vigente Ley 23 de 1981 se dice que “su expedición implica responsabilidad legal y moral para el médico” (artículo 50) y, en el artículo 52, se reitera que “Sin perjuicio de las acciones legales pertinentes, incurre en falta grave contra la ética el médico a quien se comprobare haber expedido un certificado falso”.

En el caso que se estudia, la falsedad ideológica es evidente y no ha sido negada ni controvertida por el médico acusado, quien admite haber ingresado por vía electrónica un certificado de defunción con datos totalmente

falsos, como el nombre y la cédula de un individuo a quien no conocía ni trató de identificar por algún medio, la ciudad y la institución asistencial donde habría ocurrido el deceso; el doctor A.G con sus 58 años de edad y más de 20 de ejercicio profesional no es un recién egresado incauto en quien sea creíble haber incurrido en la conducta que se le reprocha por inadvertencia frente a los engaños de terceros mentirosos no identificados; pero como si ello fuera poco, la persona presuntamente muerta era "alias Fritanga", sujeto buscado por las autoridades nacionales bajo cargos de notoria gravedad y la certificación de su deceso podría haber llevado a interrumpir los procedimientos de búsqueda, propiciando la impunidad y la prolongación de actuaciones criminales con gran perjuicio para la sociedad.

No es posible mirar con lenidad actos que faltan gravemente a la fe pública y dañan la confianza que la sociedad deposita en sus médicos, confianza que es indispensable para el correcto ejercicio de nuestra profesión; tampoco es aceptable pretender que tal clase de actos se realiza sin la menor intención dolosa, con total inocencia caída en el engaño de terceros no identificados, sin malicia ni pretensión de falsear la verdad y en este caso abrir el camino para la impunidad de un delincuente muy peligroso.

La decisión adoptada por el tribunal seccional es evidentemente correcta y será necesario proceder en consecuencia, con la severidad ejemplarizante que el caso amerita.

En cuanto al escrito entregado por el abogado del disciplinado el día ocho (8) de Febrero en el Tribunal Seccional de Ética Médica de Cundinamarca pero dirigido a este Tribunal Nacional y recibido el once (11) de Febrero de 2013, es necesario señalar al memorialista que la decisión adoptada por el Tribunal Seccional en Sala del 11 de Diciembre de 2012 no es susceptible de recursos, porque la Ley 23 de 1981 ordena que, si el Tribunal Seccional considera que debe imponerse sanción superior a seis (06) meses, tiene que enviar el proceso al Tribunal Nacional para que éste emita sentencia como primera instancia y por lo mismo sus argumentos no han lugar en este momento procesal.

Bastan las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de sus atribuciones legales,

RESUELVA

Artículo Primero - No aceptar los descargos presentados por el doctor A. de J.G.T., de las condiciones personales y profesionales conocidas en el informativo, dentro del proceso 2718 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Cundinamarca, e imponerle la sanción de Suspensión en el ejercicio profesional por el término de cinco (5) años, por violación de los artículos 50, 51 y 52 de la Ley 23 de 1981, como lo expresan las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. **Artículo Segundo** - Contra la presente providencia proceden los recursos de reposición para ante este Tribunal Nacional y el subsidiario de apelación para ante el Ministerio de Salud y Protección Social, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la notificación de la misma. **Artículo Tercero** - Una vez en firme la presente providencia, comuníquese su contenido al Ministerio de Salud y Protección Social, a los Tribunales Seccionales de Ética Médica, a la Federación Médica Colombiana para que sea fijado en lugares visibles al tenor de lo dispuesto en el artículo 53 del decreto 3380 de 1981, a la Fiscalía General de la Nación y devuélvase el expediente al tribunal de origen para su archivo. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. LILIAN TORREGROSA ALMONACID, Magistrada-Presidenta; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado Ponente; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado; EFRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaría.

Bogotá, dieciocho (18) de Noviembre del año dos mil catorce (2014)

SALA PLENA SESIÓN No. 1250 DEL DIECIOCHO (18) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL CATORCE (2014)

REF: Proceso No. 2262-13, Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia.
Contra: Doctor E.E.C.S.
Denunciante: Señora P.G.M.
Asunto: Recurso de Apelación

Magistrado Ponente: Dr. Germán Gamarra Hernández
Providencia No. 103-2014

VISTOS

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia, en Sala Plena del 3 de Septiembre de 2014, en el proceso 2262-13 adelantado con base en la queja presentada por la señora P.G.M., resolvió no aceptar los descargos presentados por el doctor E.E.C.S., e imponer una sanción consistente en **suspensión en el ejercicio de la profesión por el término de un (1) mes,** por la vulneración de los artículos 34, 37 y 38 de la Ley 23 de 1981. Contra esta decisión, el día 5 de Octubre de 2014, el abogado Misael Martínez Sierra, apoderado del Dr. E.E.C.S., presenta recurso de apelación, que el tribunal seccional concedió en sala plena, el 22 de Octubre del 2014, por lo que envió las diligencias a este Tribunal Nacional de Ética Médica para lo de competencia.

El expediente, tres (3) cuadernos que contienen 174, 1 y 117 folios respectivamente, fue recibido en este Tribunal Nacional el 23 de Octubre de 2014 y puesto el asunto para reparto en Sala Plena el 28 de Octubre, correspondió por sorteo al Magistrado Germán Gamarra Hernández.

Cumplidos los términos, se procede a decidir de acuerdo con los siguientes:

HECHOS

El día 22 de Marzo de 2013, la señora P.G.M., presentó queja ante el Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia en los siguientes términos:

"El pasado19 de Marzo me dirigí al Centro de Salud Total hubicado (sic) en Itaguí a una cita programada a las 7:39 de la mañana con el Dr., si así se le puede llamar, E.E.C.S. (sic) debido a que presentaba una crisis de fibromialgia, enfermedad que padezco por más de 15 años. También presento unas molestias en la parte de mi cesárea, no siendo más, no siendo más, dicho Dr. procedió a revisarme de manera no adecuada, masajeándome todo el cuerpo, posterior a eso me hizo quitar la camiseta, me tocó los senos, a lo que yo de inmediato le dije, que ese no era sector que me estaba doliendo, luego me hizo parar y colocándome contra la pared de su consultorio y el detrás de mí, me presionó junto a su cuerpo para besarme el cuello, debido a esto cojí (sic) mis cosas con enojo diciéndole que la cita se estaba pasando de tono y que esa no era manera de revisar un pasiente (sic).

Salí de este lugar y me dirigí a buscar asesoría para hacer saber lo sucedido allí fue que me encontré con Y.M. y fue ella la que me llevó Urgencias de la Clínica Antioquia debido a mi alteración y para consiguiente todo lo que va anexo a este documento.

Espero dicha y pronta respuesta al estado laboral de este médico que sin criterio estaba haciendo quedar a su institución de "Salud Total" por lo más bajo."

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

El Tribunal Seccional adelantó la investigación correspondiente y concluyó que el doctor E.E.C.S. en la consulta que motivó la queja de la paciente, realizó el examen físico, consignado en la historia clínica y a la fecha de los hechos, el disciplinado registró los datos correspondientes a la identificación de la paciente, la anamnesis, los antecedentes personales, quirúrgicos y gineco-obstétricos, el análisis, manejo y la impresión diagnóstica.

Se considera que aunque parte del examen físico se justifica dentro de un examen integral, ha debido acompañarse de explicaciones claras a la

paciente, no solo con el fin de obtener su aceptación sino para evitar confundirla. Quedó en entredicho por comprobar que el investigado le tocó un seno a la paciente e intentó darle un beso en el cuello; es decir, existe discrepancia entre las declaraciones de la quejosa y las del disciplinado, configurándose un desencuentro entre la palabra del uno contra la palabra del otro, en ausencia de testigos presenciales, escenario común en los casos de vulneración al pudor sexual.

El Tribunal Seccional, a pesar del esfuerzo en la averiguación, no reunió todas las pruebas que desentrañaran los hechos objeto de investigación por lo que toma su decisión basado en el principio de inocencia, contemplado en el artículo 29 de la Constitución Nacional que dice; "Toda persona se presume inocente, mientras no se haya declarado culpable". Adicionalmente, tuvo en cuenta el principio de "In dubio pro reo", porque a pesar de de las pruebas practicadas en el proceso, persistieron dudas razonables sobre la autoría del delito y la responsabilidad del acusado, que investido por la presunción de inocencia, la duda se resuelve a favor del investigado.

El Tribunal Seccional comprobó que el facultativo disciplinado denunció penalmente a la quejosa, en fecha posterior a la presentación de la queja, ante la Fiscalía General de la Nación, por los delitos de injuria y calumnia, anexando la historia clínica de la paciente como prueba documental según consta en el folio 30 del cuaderno principal:

"Documentos que se aportan:

> *• Historia clínica expedida por la EPS Salud Total, en la cual se refrenda que el día 19 de Marzo de 2013, la señora P.G.M. fue atendida en consulta externa por el doctor E.E.C.S. (03 folios).*
>
> *• Historia clínica de fecha 07 de Noviembre de 2009 (Si bien este documento no guarda relación cronológica con la fecha en que ocurrieron los hechos, en el se evidencia que la paciente P.G, tiene antecedentes de tipo mental (ansiedad, miedo, temor de todo, como si algo malo le fuera a suceder (Véase anamnesis)(05 folios)(Subrayas y negrita en original).*

Esta denuncia, aportada al Tribunal Seccional de Antioquia, fue presentada por el abogado JULIO RAFAEL OVALLE BETANCUR, a quién el investigado otorgó poder para tal efecto.

En virtud de lo consignado en el literal a) del artículo 74 de la Ley 23 de 1981 que dice:

> **"Art. 74. El proceso disciplinario ético-profesional será instaurado:**
>
> > **a) De oficio, cuando por conocimiento de cualesquiera de los Miembros del tribunal se consideren violadas las normas de la presente ley".**

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal Seccional consideró nuevamente llamar a declaración injurada al médico investigado para que absolviera puntualmente la forma como había obtenido la historia clínica de la paciente e informara si había obtenido autorización para hacer uso de ella y adjuntarla a la denuncia penal ya referenciada; el disciplinado respondió que sí había utilizado la historia clínica de la paciente y que no había solicitado su autorización para presentarla como prueba en la denuncia penal instaurada contra la quejosa por injuria y calumnia ante la Fiscalía General de la Nación.

Con base en los hechos anteriores, el Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia consideró que el doctor E.E.C.S., con el visto bueno de su defensor, al formular denuncia penal contra la señora P.G.M., adjuntando la historia clínica sin su respectiva autorización, probablemente infringió el secreto profesional y la confidencialidad que debe mantener la relación médico-paciente y decidió abrir pliego de cargos contra el Dr. E.E.C.S. por la posible vulneración de los artículos 34, 37 y 38 de la Ley 23 de 1981 y los artículos 1, literal a) y 14 de la Resolución 1995 de 1999.

En la diligencia de descargos, realizada el 16 de Julio de 2014, el disciplinado manifestó lo siguiente:

> *"(i) Que en relación con lo que se le está acusando, lo que hizo fue con finalidad de defenderse de la vulneración de sus derechos a la honra y el buen nombre, ya que estaba siendo víctima de calumnia, injuria y falso testimonio.*
> *(ii) Que la intención de su apoderado era poner la denuncia en la Fiscalía para que la señora se retractara de la falsa acusación que estaba haciendo en su contra.*
> *(iii) Que en ningún momento se violó la intimidad de la paciente, ni*

se expuso públicamente su historia clínica. La denuncia se hizo a través del abogado, quién acudió a la Fiscalía, entidad de la ley que hace reserva de la misma.
(iv) Que tiene entendido que en el proceso penal acusatorio tanto el sindicado como el denunciante pueden aportar pruebas, sin pedirle permiso a la contraparte.
(v) Que durante el proceso tuvo acceso a la historia clínica de la paciente ya que podía venir y pedir el expediente, así mismo, que su abogado le hizo preguntas a la quejosa sobre esas historias y que ella nunca se opuso, por lo cual tácitamente autorizó su utilización.
(vi) Que durante el proceso no se informa a la Fiscalía que la paciente vulneró su derecho a la honra y buen nombre y la posibilidad del falso testimonio que ella realizó y
(vii) Que nunca hizo público a terceros ni a persona ajena lo contenido en las historias clínicas de la paciente, ni de Salud Total ni de la Clínica Antioquia".

Por su parte, el Dr. MISAEL MARTÍNEZ SIERRA, en calidad de defensor del médico investigado, en uso de los alegatos de conclusión, indicó:

(i) "Que el Tribunal debe tener en cuenta que dentro del derecho penal acusatorio, a las partes, tanto denunciante como sindicado, se le permite y se da autorización para que consiga ciertas pruebas y las haga llegar al acervo probatorio y en la respectiva etapa del descubrimiento de las pruebas se pronuncien sobre ellas.
(ii) Que debe considerarse la Sentencia 396 de la Corte Constitucional, donde se pronuncia la Honorable Corte sobre los actos de investigación y sobre los derechos fundamentales que en un momento dado no son tan irrestrictos y que con ciertas legalidades como es mantener el sigilo y la cadena de custodia, se puede quebrantar alguno de ellos con el fin de llegar a la verdad o al descubrimiento de un hecho relevante, ante la posible conducta punible de una persona.
(iii) Que aunque indirectamente de pronto se ha podido abusar un poco de la no autorización de la paciente para conseguir la autorización de la historia clínica, también es cierto que se está buscando la verdad y se está llegando a la conclusión de una vulneración también de los derechos fundamentales del Dr. C., y esto era lo que pretendía el defensor al entablar la demanda penal.

(iv) Que la verdadera finalidad del Dr. C. al entregar la historia clínica a su apoderado, consistía en ayudar a ventilar el proceso penal con el fin de limpiar su buen nombre y honra, y cree que si en un momento dado se ha podido vulnerar el derecho a la intimidad de la paciente, lo hizo mas el defensor que el galeno, que en realidad hubiera podido solicitar prueba de oficio a la Fiscalía para conseguir esta historia clínica."

Se considera que los descargos rendidos por el médico investigado no son de recibo ya que no se está desconociendo el derecho constitucional de acceder a la administración de justicia, que tenemos todos, sino a la utilización de un documento con vocación probatoria, pasando por alto el derecho fundamental a la intimidad que le asiste a los pacientes.

El Dr. C.S. conjuntamente con su abogado defensor, dispusieron de unas historias clínicas que no les pertenecían y a las que tuvieron acceso de manera irregular, pues no eran los custodios de dichas historias. Adicionalmente, en los anexos de la referida denuncia penal, adjuntan no solo la historia clínica de la atención dispensada por el disciplinado, sino también aquella que corresponde a la Clínica Antioquia, sobre una atención muy anterior a los hechos materia de esta investigación y que no podían ser utilizados sin el consentimiento y/o autorización de la paciente.

Este Tribunal Nacional, de la misma forma que lo manifestó el tribunal seccional, no desconoce que la Fiscalía puede acceder al contenido de las historias clínicas que resulten necesarias para el esclarecimiento de una actividad delictual, pero debe cumplir con los requisitos de legalidad de los elementos probatorios para que puedan convalidarse al interior de un proceso penal; uno de esos elementos es el de no vulnerar otros derechos fundamentales de igual importancia, más aún cuando pueden incorporarse en el expediente de la Fiscalía de otra manera, como solicitarlo a través de su labor investigativa o con el concurso de un juez de control de garantías.

La Ley 23 de 1981 o Código de Ética Médica señala normas para proteger el ejercicio responsable de la Medicina, exigibles al galeno en su práctica médica, administrativa, docente, laboral y que apuntan con la relación médico-paciente, el consentimiento informado, la historia clínica y la reserva de la misma, la intimidad y la confidencialidad entre otros. Vale la pena anotar los artículos de la citada Ley, relacionados con el presente caso:

"*Artículo 34: La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado sometido a reserva que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la Ley".*
"Artículo 37: Entiéndase por secreto profesional médico aquello que no es ético o lícito revelar sin justa causa. El médico está obligado a guardar el secreto profesional en todo aquello que en razón del ejercicio de su profesión haya visto, oído o comprendido, salvo en los casos contemplados por disposiciones legales".
"Artículo 38: Teniendo en cuenta los consejos que dicte la prudencia, la revelación del secreto profesional se podrá hacer:

a. Al enfermo, en aquello que estrictamente le concierne y convenga;
b. A los familiares del enfermo, si la revelación es útil al tratamiento;
c. A los responsables del paciente cuando se trate de menores de edad o de personas mentalmente incapaces;
d. A las autoridades judiciales o de higiene y salud, en los casos previstos por la Ley:
e. A los interesados, cuando por defectos físicos irremediables o enfermedades graves infectocontagiosas o hereditarias se ponga en peligro la vida del cónyuge o su descendencia."

Así mismo la Resolución 1995 de 1999, señala:

"Artículo 1. Definiciones.

a. La historia clínica es un documento privado, obligatorio y sometido a reserva, en el cual se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención. Dicho documento únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley…"

"Artículo 14: Acceso a la historia clínica. Podrán acceder a la información contenida en la historia clínica, en los términos previstos en la Ley:

1. El usuario.
2. El equipo de salud.
3. Las autoridades judiciales y de salud en los casos previstos en la Ley.
4. Las demás personas determinadas en la Ley.

Parágrafo: el acceso a la historia clínica, se entiende en todos los casos, única y exclusivamente para los fines que de acuerdo con la ley resulten precedentes, debiendo en todo caso, mantenerse la reserva legal".

Bastan las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de sus facultades legales,

RESUELVA:

Artículo Primero - Determinar que el doctor E.E.C.S., de condiciones personales y profesionales conocidas por este proceso, sí transgredió las normas de ética médica respecto a la reserva de la historia clínica y el secreto profesional médico. **Artículo Segundo** - Revocar la sanción impuesta por el Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia y en su lugar sancionarlo con suspensión en el ejercicio de la medicina por el término de quince (15) días calendario. **Artículo Tercero** - Devolver el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. **Artículo Cuarto** - Contra esta providencia no procede recurso alguno. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado- Presidente; GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado Ponente; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico. MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaría.

Bogotá, Abril catorce (14) del año dos mil quince (2015)

SALA PLENA SESIÓN No. 1267 DEL CATORCE (14) DE ABRIL DEL AÑO DOS MIL QUINCE (2015)

REF: Proceso No. 6387, Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá.
Contra: Dra. I.C.F.
Denunciante: Señor G.E.O.O.
Asunto: Recurso de Queja

Magistrado Ponente: Dr. Germán Gamarra Hernández
Providencia No. 23-2015

VISTOS

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá, en Sala Plena del 10 de diciembre de 2014, resolvió archivar las diligencias por no encontrar méritos para formular cargos contra la doctora I.C.F, en el proceso iniciado por queja del Sr. G.E.O.O..

Contra la providencia mencionada, el denunciante a través de su apoderada, presenta recursos de reposición y apelación en escrito fechado el 18 de diciembre de 2014 y el 28 de enero de 2015, el denunciante presenta un escrito solicitando revocar la decisión.

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá, mediante providencia del 4 de febrero de 2015 niega la reapertura de la investigación y decide no dar trámite a los recursos de reposición y apelación presentados, por ser improcedentes contra la decisión de archivo. El 26 de febrero de 2015, el denunciante a través de su apoderada, interpone recurso de queja contra el auto que resolvió no dar trámite a los recursos de reposición y apelación, por lo que mediante auto del 5 de marzo de 2015, el tribunal seccional decide enviar el expediente al Tribunal Nacional de Ética Médica para lo que corresponda.

Recibido el expediente (un cuaderno que contiene 219 folios) el día 19 de marzo de 2015, fue puesto para reparto en Sala Plena del 24 de marzo del mismo año y correspondió por sorteo al Magistrado Germán Gamarra Hernández.

Cumplidos los términos, se procede a decidir de acuerdo con los siguientes:

HECHOS

En escrito fechado el 6 de mayo de 2014, el señor G.E.O.O., presentó ante el Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá, queja contra la médica psiquiatra I.C.F. , por haber emitido concepto profesional sobre un presunto abuso sexual ocurrido a su menor hijo, en que lo señala como probable autor del mismo. Señala que la doctora I.C.F., no realizó una valoración completa del niño *"lo que necesariamente llevó a un diagnóstico equivocado…"* y acomodó las fechas de la historia clínica, configurando una posible falsedad documental.

ACTUACIÓN PROCESAL

El tribunal seccional, en sala plena del 14 de mayo de 2014 aceptó la queja y designó como magistrado instructor al Dr. Gabriel Lago Barney para llevar a cabo la correspondiente investigación preliminar con el fin de determinar si hay lugar a iniciar proceso ético-disciplinario.

Durante la investigación se allegaron las siguientes pruebas documentales y testimoniales:

- Declaración rendida por el señor G.E.O.O., el 19 de Junio de 2014.

- Copia de un fragmento de la historia clínica del menor paciente (4 folios), S.O.R. aportada por el demandante.

- Copia de una entrevista realizada a la psicóloga M.A.B.R. ante la Fiscalía 228 de la Unidad de Delitos Contra la Libertad Integridad y Formación Sexual, copia del correo electrónico remitido por la madre del menor al quejoso, certificación del psicólogo de Colsubsidio L.A.R., historia clínica de la pediatra Consuelo Mor, de CAFAM,

informe de psicología hecho por la psicóloga clínica R.L., copia de un fragmento de la declaración de la madre rendida ante el Juzgado Séptimo de Familia e informe pericial realizado por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses aportados por el señor G.E.O.O. por medio de escrito radicado el 24 de junio de 2014.

• Copia de la historia clínica del menor S.O.R. remitida por la Fundación Santafé de Bogotá.

• Diligencia de declaración rendida por la doctora C.R.G., el 31 de julio del 2014.

• Diligencia de versión libre rendida por la doctora I.C.F. , el 2 de octubre de 2014.

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá, en sala plena del 10 de diciembre de 2014, resolvió archivar las diligencias por no encontrar méritos para formular cargos contra la doctora I.C.F. .

Contra la mencionada providencia, el denunciante a través de su apoderada, presenta recursos de reposición y apelación en escrito fechado el 18 de diciembre de 2014 y el 28 de enero de 2015, el denunciante presenta un escrito solicitando revocar la decisión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En el escrito de presentación del recurso de queja, la abogada APODERADA del demandante, LUZ STELLA GONZALEZ CAMACHO, manifiesta su desacuerdo con el fallo proferido por el Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá y lo resume en el siguiente punto:

1) Confusión del tribunal: considera la apoderada del demandante que el tribunal seccional confundió la solicitud de revocar la decisión de archivo al interponer los recursos de reposición y apelación con la solicitud de **reapertura de la investigación.**

El Tribunal Nacional de Ética Médica procede a estudiar la solicitud de apelación presentada por la demanda ante el tribunal seccional al presentar su inconformidad con la decisión de archivar la investigación por no encontrar méritos para formular cargos contra la médica psiquiatra I.C.F. .

La demandante considera que la mencionada médica psiquiatra incurrió en falta **grave** contra la ética médica al expedir certificados médicos **falsos** de acuerdo con lo establecido en el artículo 52 de la Ley 23 de 1981.

Se refiere de manera particular al resumen de historia clínica enviado por la doctora I.C.F. fechado el 26 de noviembre de 2009. En el certificado firmado que reposa en el expediente (folios 11 y 12) afirma la médica psiquiatra que atendió al menor paciente S.O.R., el día 26 de junio de 2009, mientras que en un segundo certificado que reposa en el expediente del ICBF y se adjunta como prueba (folios 8 y 9), dice que la entrevista fue realizada el 26 de junio de 2008. A juicio de la demandante lo anterior evidencia una falsa certificación por la alteración del año de la entrevista del paciente.

Por otra parte, en la diligencia de versión libre rendida por la doctora I.C.F. ante el tribunal seccional, manifestó haber atendido al menor en una sola ocasión, el día 26 de junio de 2009 y lo remitió a la Dra. M.B., de la ASOCIACIÓN CREEMOS EN TI para "que realizara una entrevista más extensa sin contaminar el relato del niño"; adicionalmente remitió al niño a su EPS FAMISANAR donde existe un buen equipo interdisciplinario para tratamiento integral. En la misma diligencia se le pusieron de presente a la médica implicada los folios 8, 9, 11 y 12 del expediente para que precisara la fecha de la atención del niño OSPINA y ella afirmó que fue en junio 26 del 2009. Se le informó a la demandada, que la madre del niño en la historia clínica de Colsubsidio de noviembre de 2008, afirmó que el menor paciente había sido evaluado por la "psicóloga" I.C.; la médica respondió que atendió al niño una sola vez, en la fecha que aparece en la historia clínica (junio 26 de 2009).

En la misma diligencia de versión libre, la médica psiquiatra I.C.F. explica que el hecho de aparecer en un resumen de historia clínica que la atención se realizó en el año 2008 y en el otro, en el año 2009, se debió a un error en la digitación, pero que la atención del niño la hizo el 26 de junio de 2009; sin embargo, según consta en el folio 193, la valoración psicológica de la DRA. M.B. se realizó el 2 de marzo de 2009. Esta fecha no corresponde cronológicamente con lo afirmado por la DRA. I.C.F., durante su versión libre en donde informó que remitió al paciente a la mencionada psicóloga, ya que la citada fecha es anterior a la atención de la médica psiquiatra.

La acción está prescrita, razón suficiente para que la Corporación se abstenga de pronunciarse en relación con el recurso de queja.

La denuncia imputada a la disciplinada es por haber supuestamente emitido un certificado médico, donde consignó una fecha diferente a la de aquella en la que había atendido al paciente, en el resumen de la historia clínica consignó que había sido en junio de 2008, cuando en realidad dicha atención se prestó fue en junio de 2009.

La falsedad que se imputa a la disciplinada es intrascendente, porque no se discute la fecha de atención al paciente, sino el cumplimiento o no, de los protocolos médicos en el acto de atención, y en tales condiciones es claro, que la variación de la fecha es irrelevante e inocua, sin dejar de reconocer, que ese tipo de errores se presentan con relativa frecuencia y que son fruto de una desatención o de una mala digitación, antes que de un propósito intencional o delictivo.

Pero independientemente de la intención o no, con que se hubiera hecho el documento, lo cierto es que el documento en que supuestamente se cometió la alteración de la fecha fue elaborado el 29 de noviembre de 2009, y si se tiene en cuenta que estamos al 14 de abril de 2015, desde aquel día han transcurrido, cinco años, cuatro meses y unos días, es decir que el tiempo de prescripción de la acción disciplinaria que es de cinco años, ya transcurrió en exceso, razón por la cual no queda otra alternativa que decretar la prescripción de la acción disciplinaria.

Bastan las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de sus atribuciones legales,

RESUELVA

Artículo Primero - Abstenerse de hacer pronunciamiento sobre el recurso de queja, por las consideraciones expuestas. **Artículo Segundo** - Decretar el cese de la investigación, por haberse producido la prescripción de la acción disciplinaria, por haber transcurrido más de cinco (5) años, desde la ocurrencia de la conducta objeto de investigación. **Artículo Tercero** - Contra la presente providencia no procede recurso alguno. **Artículo Cuarto** - Devolver el expediente al tribunal de origen para su archivo. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ, Magistrado- Presidente; GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado Ponente; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado, JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaría.

Bogotá, veinticuatro (24) de febrero del año dos mil quince (2015).

SALA PLENA SESIÓN No. 1260 DEL VEINTICUATRO(24) DE FEBRERO DEL AÑO DOS MIL QUINCE (2015)

REF: Proceso No. 1121, Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta
Contra: Doctor R.M.T.M.
Denunciante: Señora R.N.R.G.
Asunto: Recurso de Apelación

Magistrado Ponente: Dr. Germán Gamarra Hernández
Providencia 12-2015

VISTOS

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta, en Sala Plena del 27 de Octubre de 2014, en el proceso 1121 adelantado con base en la queja presentada por la señora R.N.R.G., resolvió abstenerse de abrir investigación y archivar las diligencias. Contra esta decisión, el día 12 de Noviembre de 2014, la quejosa presenta recurso de reposición y en subsidio de apelación.

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta, en sala plena del 11 de Diciembre del 2014 resuelve no reponer y conceder el recurso de apelación, por lo que envió las diligencias a este Tribunal Nacional de Ética Médica para lo de competencia.

El expediente (un cuaderno que contiene 173 folios), fue recibido en este Tribunal Nacional el 30 de Enero de 2015; puesto el asunto para reparto en Sala Plena el 3 de Febrero del mismo año, correspondió por sorteo al Magistrado Germán Gamarra Hernández.

Cumplidos los términos, se procede a decidir de acuerdo con los siguientes:

HECHOS

En la historia clínica del Hospital Departamental de Villavicencio se registra que el día 11 de febrero de 2013, a las 2:42 p.m., ingresa al servicio de urgencias la señora R.N.R.G., de 38 años de edad a quién valora para reporte de triage la doctora A.C.N.G., quién registra lo siguiente: estado de conciencia: alerta. Motivo de consulta: "no he podido dormir, no tengo ganas de vivir, me da mucha rabia y soy muy grosera". Antecedente: TAB (sic). No está tomando tratamiento. Diagnóstico: Trastorno afectivo bipolar. Episodio mixto presente.

A las 15:08 horas es atendida por el doctor R.M.T.M. quién registra lo siguiente: motivo de consulta: mal. Enfermedad actual: paciente con antecedente de trastorno psicótico, traída por familiares por alucinaciones visuales y auditivas, además dichas alucinaciones se acompañan de agresividad contra familiares, contra su hija menor de edad, a quién amenaza de matarla con cuchillo. Al examen físico: mirada psicótica, evasiva, dispersa, manipuladora, ocasionalmente verborreica. Incoherencias. Quiere evadirse del servicio. Diagnóstico: trastorno afectivo bipolar. Episodio mixto presente. Plan de manejo: Midazolam 15 mgr ampolla, dormicum, haloperidol 5mg/ml amp. En hoja de indicación médica, de la misma fecha y hora, suscrita por el médico se lee: Hospitalizar. Valoración y manejo por Psiquiatría. Valoración por trabajo social para interacción con Bienestar Familiar para protección de la hija. En la misma hoja nota manuscrita en la cual se lee lo siguiente: Febrero 11/2013 16:00 Psiquiatría (Galeano). Diagnóstico: 1) Trastorno depresivo reciente. 2) Trastorno de la personalidad? Conducta Midazolam. Internar. Firma y sello del doctor R.T..

En la hoja de epicrisis, suscrita por el doctor R.H.S.R., Psiquiatra, se lee: paciente ingresa al servicio de urgencias traída por familiar por alucinaciones, agresividad y amenaza con arma blanca a su hija menor de edad, se torna dispersa, coprolaica, agresiva con intento de huida. Se debió sedar con midazolam y haloperidol. Valorada por psiquiatra quién la encuentra triste con angustia, inhibida, poco colaboradora. Se hospitaliza en salud mental. Se inicia amiltriptilina, lorazepam.

Durante estancia presenta crisis de agresión por conflictos familiares por lo cual nuevamente debe sedarse. Evoluciona progresivamente hacia la mejoría por lo cual se decide dar salida con amiltriptilina 0-0-5 y control en 10 días.

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta, en Sala Plena del 27 de Octubre de 2014 archivar las diligencias al considerar que el doctor R.M.T.M., no infringió ninguno de los artículos de la Ley 23 de 1981, por lo que la quejosa interpone recurso de reposición y en subsidio de apelación argumentando que: "no fui atendida por dicho médico y por ningún psiquiatra de turno en mi urgencia, tan solo por la enfermera que me cedo(sic) y privo de la libertad sin mi consentimiento. Artículo 67 de la Ley 23 de 1981 contra la decisión proferida para que se aclare, modifique o revoque".

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta, en sala plena del 11 de Diciembre del 2014 resuelve no reponer teniendo en cuenta que el recurso presentado por la quejosa no aporta nuevos argumentos ni pruebas al proceso y que en el curso de la investigación realizada quedó plenamente comprobada, por la historia clínica y por la declaración juramentada del hermano de la quejosa, la atención prestada a la paciente por parte del médico R.M.T.M..

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

Nuevamente esta corporación se ve abocada a resolver un caso que en la etapa procesal de indagación preliminar se decreta el archivo de la investigación y además se conceden los recursos de reposición y apelación, a pesar de que en la decisión de archivo no proceden dichos recursos. Este Tribunal Nacional en casos similares ha expresado como jurisprudencia que lo pertinente es aplicar lo dispuesto por la Ley 906 de 2004 que en su artículo 79 dispone lo siguiente:

> • Artículo 79. ARCHIVO DE LAS DILIGENCIAS. Cuando la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal, dispondrá el Archivo de la actuación.
>
> Sin embargo, si surgieren nuevos elementos probatorios la indagación se reanudará mientras no se haya extinguido la acción penal.

Pero además la Corte Constitucional en sentencia C-1154 de 2005 consideró que pese a no ser una decisión que admita recursos, la misma debe ser comunicada a los interesados argumentando que:

•"la decisión de archivo puede tener incidencia sobre los derechos de las víctimas. En efecto, a ellas les interesa que se adelante una investigación previa para que se esclarezca la verdad y se evite la impunidad".

Por lo tanto, como la decisión de archivo de una diligencia afecta de manera directa a las víctimas, dicha decisión debe ser motivada para que estas puedan expresar su inconformidad a partir de fundamentos objetivos y para que las víctimas puedan conocer dicha decisión. Para garantizar sus derechos la Corte encuentra que la orden de archivo de las diligencias debe estar sujeta a su efectiva comunicación a las víctimas para el ejercicio de sus derechos". (Lo destacado no lo es en el texto).

Las disposiciones transcritas comprometen aún más la imparcialidad de los responsables del fallo y una exhaustiva sustentación del mismo. Debe destacarse que la comunicación con la quejosa fue estrictamente cumplida según consta en los autos proferidos por el tribunal seccional y en las comunicaciones respectivas.

En el presente caso la responsabilidad de esta corporación se orienta a aclarar los siguientes puntos:

1. Si el material probatorio allegado a la investigación hasta la fecha del auto es lo suficientemente sólido para decretar el archivo.
2. Si en la conducta del médico acusado se encontró alguna falla ética que justificara su vinculación a un proceso ético - disciplinario.

En ambos puntos, un análisis detenido de la historia clínica aportada por el Hospital Departamental de Villavicencio, según consta en el expediente, permite concluir que en la atención médica prestada a la señora R.N.R.G., motivo de la queja que se presentara ante el Tribunal de Ética Médica del Meta, no se puede demostrar que se hubieran presentado actos contrarios a lo establecido en las Normas sobre Ética Médica (Ley 23 de 1981) y que por tal motivo la resolución de archivo de la presente investigación está plenamente justificada.

En las circunstancias anteriores, el Tribunal Nacional de Ética Médica en uso de las atribuciones que le confiere la ley

RESUELVE

Artículo Primero - Declarar que la decisión de archivo de las diligencias que motivaron la apelación fue correctamente concebida, razón por la cual se confirmará la decisión motivo de impugnación. **Artículo Segundo** - Contra esta providencia no procede recurso alguno. **Artículo Tercero** - Devolver el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ, Magistrado - Presidente; GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado Ponente; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaría.

Bogotá, Febrero diecisiete (17) del año dos mil quince (2015)

SALA PLENA SESIÓN No. 1259 DEL DIECISIETE (17) DE FEBRERO DEL AÑO DOS MIL QUINCE (2015)

REF: Proceso No. 967/14 del Tribunal de Ética Médica del Cauca
Contra: Doctora P.A.R.O.
Denunciante: Señora O.l.G.G.
Asunto: Recurso de Apelación

Magistrado Ponente: Francisco Pardo Vargas
Providencia No. 10-2015

VISTOS

Por providencia del 29 de octubre de 2.014 el Tribunal de Ética Médica del Cauca decidió que existía mérito para decretar pliego de cargos contra la doctora P.A.R.O. por faltas a la ética profesional en la atención que le prestara al niño J.S.G. de ocho años de edad, en el Centro de Salud El Rosal de la población de San Sebastián, por un cuadro doloroso abdominal que fue agravándose y requirió su traslado al Hospital Susana López de Valencia de Popayán y posteriormente a la Fundación Valle de Lili, por disfunción orgánica múltiple y sepsis de origen posiblemente abdominal, que ocasionó su fallecimiento el 25 de octubre, a la dos de la mañana.

El día 28 de octubre de 2.014 la médica acusada recibió correo electrónico del Tribunal Seccional notificándole la apertura de investigación en su contra y dos días después (octubre 30) nueva comunicación informándole que se había dictado pliego de cargos y fijado un " término no mayor de tres días" para notificarse de tal resolución. Esta diligencia fue cumplida por la abogada defensora Olga Lucía Salazar, quien en comunicación radicada en el citado Tribunal el 13 de noviembre de 2.014 (F198) solicitó decretar la nulidad de todo lo actuado desde la resolución 67 del 29 de octubre de 2.014. Por resolución No 71 del 19 de noviembre del mismo

año el Tribunal negó la nulidad solicitada y citó diligencia de descargos a la doctora P.A.R.O.. Actuando dentro de términos, la abogada defensora, de la doctora P.A.R.O., interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la resolución que negó la solicitud de nulidad impetrada por su poderdante. A esta solicitud el Tribunal Seccional, por resolución No 72 del 26 de noviembre del 2.014 decidió no reponer la resolución 71 del 19 de noviembre de 2.014 en la cual se negó la solicitud de nulidad interpuesta por la defensa y concedió el recurso de apelación ante el Tribunal Nacional de Ética Médica. Recibido por esta Corporación el 3 de diciembre de 2.014 fue asignada por sorteo para su estudio al Magistrado Francisco Pardo Vargas.

RESULTADOS Y CONSIDERANDOS

La solicitud de nulidad formulada por la defensa se fundamenta en el hecho de no habérsele dado la oportunidad a su defendida para rendir versión libre, para efectos de ejercer el derecho a la defensa. Algunos de los argumentos por medio de los cuales sustenta su solicitud son los siguientes:

> " En el caso objeto de solicitud no se ha permitido a mi prodigada (sic) a rendir versión libre y espontánea y por el contrario se dicta pliego de cargos fundamentado en pruebas aportadas por la quejosa, de lo que se advierte que mi defendida ni siquiera ha contado con el derecho de presentar pruebas ni de controvertir las que pesan en su contra, violándose con ello de manera flagrante el debido proceso.
>
> Se inició una investigación, la cual se adelantó sin conocimiento de mi defendida, a tal punto que nos encontramos con un pliego de cargos sin que durante el proceso se le haya permitido a la investigada pronunciarse probatoriamente sobre las manifestaciones de la quejosa, sin poder materializar su derecho al debido proceso, a la defensa material y técnica.

La solicitud de nulidad fue negada con fundamento entre otras, con las siguientes argumentaciones:

> " Aún las dificultades anteriores, el Tribunal procura comunicar al investigado la existencia del proceso, y ello no significa que sea una obligación de parte del ente investigador, comunicar la existencia del

> proceso, pero precisamente por una posición democrática y respetuosa de las garantías al debido proceso y al derecho de defensa, el Tribunal Seccional, siempre procura comunicar la existencia del mismo, y así puede el médico ejercer su derecho a la defensa.
>
> En éste sentido la diligencia del artículo 282 de la Ley 906 del 2014, que se aplica por expresa disipación (sic) del artículo 82 de la Ley 23 de 1981, no es una diligencia obligatoria por varias razones, la primera, el investigador tiene libertad probatoria y en virtud de dicha facultad puede emplear cualquiera de los medios cognoscitivos para lograr investigar y dilucidar la conducta investigada.
>
> La segunda razón está en que la diligencia no es obligatoria, lo cual se deduce de la lectura del artículo 282, de la Ley 906 de 2004, lo cual ratifica la primera razón, de su libertad probatoria. En el mismo sentido, lo ha expresado la C. S. J. Sala Penal “.
>
> ……
>
> Finalmente considera este despacho que para el pedimento de nulidad con miras a ser escuchada en versión libre, y para evitar una dilación inadecuada e impertinente del proceso, sin que ello signifique por parte de este Despacho que la defensa tiene todo el derecho de alegar las nulidades que considere pertinentes, pero también debe la Sala recomendar a la abogada defensora que cuando presente solicitudes éstas sean debidamente sustentadas, y no como un acto dilatorio, se insiste por ello negará la solicitud de nulidad al pliego de cargos y en contrario se fije fecha para la diligencia de descargos. “.

La defensora con intensidad y vehemencia argumentó que su solicitud en ningún momento tenía por finalidad dilatar el trámite del proceso y para evidenciar la justificación de su solicitud de nulidad, citó varias jurisprudencias de varios tribunales de ética, respaldando su posición, razón por la cual interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación.

Entre las argumentaciones formuladas se encuentran las siguientes:

> “ Se inició una investigación, la cual se adelantó sin conocimiento de mi defendida, se le dicta un pliego de cargos sin que durante el proceso se le haya permitido a la investigada pronunciarse probatoriamente so-

bre las manifestaciones de la quejosa, sin poder materializar su derecho al debido proceso, a la defensa material y técnica.

Es claro que a pesar de haberse realizado una comunicación de que se inicia la investigación disciplinaria contra la Dra. P.A.R.O. y que esta puede hacer el derecho a rendir versión dentro del proceso informando (sic) que ha tomado la decisión de no guardar silencio, no pudo cristalizarse pues al día siguiente se presenta el pliego de cargos, sin tener el tiempo necesario para pronunciarse, y debe presentarse con abogado a la misma, generándose la violación del debido proceso.

Desconocemos los trámites adelantados por el despacho para localizar a mi representada la Dra. P.A.R.O., no los conocemos y si existe una conducta omisiva por parte de la entidad en la cual se desempeñó para que a contactara, pues esto es ajeno a mi representada, lo que es claro es que solo tuvo conocimiento de la apertura de la investigación disciplinaria y su derecho a renunciar a guardar silencio mediante a comunicación hasta el día 28 de octubre de 2014 a las 14:29:55 donde recibió el correo electrónico de tribunaldeéticamedacadelcauca@gmail.com proveniente del Tribunal de Ética Médica del Cauca en el que se le notificaba que se le había abierto investigación en su contra, haciéndole saber y se le informa que si desea ofrecer testimonio a este despacho renunciando a su derecho a guardar silencio el derecho debe indicar por escrito la fecha en que podía cumplirse la diligencia, a fin de coordinar con el Magistrado investigador. A la comunicación se adjuntó oficio Nro 322 de 20 de septiembre de 2014. El cual fue enunciado y aportado con el incidente de nulidad.

Por lo que no se puede entender los esfuerzos que hace el Tribunal de Ética para localizar a los médicos objeto de investigaciones una prueba de comunicación y notificación al investigado.

Por auto del 26 de noviembre de 2014 se negó la reposición y se concedió la apelación subsidiariamente interpuesta, fundamentando la negativa con los siguientes argumentos, entre otros:

“ Considera esta corporación que es una actitud dilatoria, el interponer nulidades y recursos, como en éste caso, en el que de manera clara y con apoyo en la jurisprudencia vigente se le indicó que la diligencia del Art

282, interrogatorio de indiciado contenido en el código procesal penal, que se aplica por expresa disposición del artículo 82 de la Ley 23 de 1981, no es obligatorio, aunque la abogada defensora de manera errada, nombra como VERSIÓN LIBRE Y EXPONTANEA “, citando una jurisprudencia del Tribunal Nacional en una de sus gacetas judiciales cuyo título es “ cirugía plástica “, citando también el libro sobre responsabilidad ética médica disciplinaria Tomo III, en el apartado 86 sobre la versión libre que cita el escritor doctor Fernando Guzmán Mora, transcribiendo su contenido y requisitos.

No quiere esta Corporación entrar en controversia con el Tribunal Nacional, ni desconocer los aportes que ha hecho el Dr. Fernando Guzmán Mora, Edgar Saavedra Rojas, y otros, en el libro antes citado y la jurisprudencia en la gaceta del Tribunal Nacional, pero si tiene el deber de aclarar que dichos aportes doctrinales eran válidos en la época en que se escribieron porque correspondía a la aplicación de la Ley 600 de 2000, y dichas posiciones jurisprudenciales eran aceptadas, por esta corporación, como se indica, en el marco de la Ley 600 de 2000.

Hoy en día la norma que se debe aplicar, por remisión ordenada por la Ley 23 de 1981, es la ley 906 de 2004, donde una de las modificaciones fue abolir la indagatoria o como dice el autor citado la pre indagatoria, estos dos diligencias ya no son parte del procedimiento de investigación en el marco de un sistema procesal de tendencia acusatoria. Es por esto que esta Corporación citó una jurisprudencia del año 2014 de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, en donde se explica el alcance de la diligencia, contenida en el artículo 282 del C.P. P., en el que se indica que dicha diligencia no es obligatoria, ni se viola el derecho de defensa por no realizarla, como también no es obligatorio comunicar o notificar al investigado la existencia del proceso, porque el acto de notificación del proceso, se hace con la audiencia de imputación de cargos en el marco de la ley 906 y que se repite de manera ya más completa con el escrito de acusación y la correspondiente audiencia de acusación, que en el marco de la ley 23 de 1981, el pliego de cargos se asemejaría al escrito de acusación, porque el pliego de cargos es completo, se precisan los cargos, se indican las normas presuntamente violadas, y el investigado tiene acceso pleno a la prueba, por lo cual no se viola el derecho de defensa, el hecho de que el médico no conozca antes de dicha notificación del pliego de cargos, ni el proceso, ni la prueba recogida por el magistrado investigador, sea una violación del derecho de defensa.

Se indica lo anterior porque en la Ley 23 a partir del art 74 como norma especial, no tiene una norma que imponga la obligación de comunicar al investigado la existencia del proceso. Tan es cierto que en el art 75 de la ley 23 de 1981, se dispone que el presidente designa un magistrado para instruya el proceso y presente sus conclusiones a la sala, y el art 38 del decreto 3380 de 1981, que reglamenta el anterior artículo indica que " los testimonios que deba recibir el profesional instructor se harán bajo la gravedad del juramento conforme al C.P.P.", con lo cual al armonizarlo con la ley 906 de 2004, y en respeto al principio de inocencia y al derecho a guardar silencio que tiene el investigado, el investigador no está obligado a citarlo a testimonio, porque al tornarse obligatoria la diligencia de interrogatorio de indiciado contenida en el artículo 282 del C.P.P., desconocería los anteriores principios fundamentales de inocencia y el derecho a guardar silencio.

…….

No entiende esta Corporación, como la abogada defensora quiere someter a su defendida a una diligencia que no es obligatoria, es por ello que la única justificación que se encuentra, es una actitud dilatoria, representada en la interposición de una nulidad y como el fue desfavorable, y a pesar de las explicaciones, interpone luego los recursos de ley contra la decisión, cuando la decisión de esta Corporación está orientada, solo salvaguardar los derechos fundamentales del investigado."

En el expediente disciplinario se evidencia los siguientes actos procesales relevantes para el problema discutido y lo que se ha de resolver:

A) La noticia *criminis* se recibe de la Procuraduría con oficio remisorio del 12 de septiembre de 2014, pero recibido en el Tribunal el 17 del mismo mes y año.

B) Por auto del 29 de septiembre de 2014, el presidente del Tribunal designa al magistrado instructor: "….. para que adelante la investigación disciplinaria y realice todas las diligencias que crea necesarias para el esclarecimiento de los hechos "

C) Por oficio del 30 de septiembre de 2014, se notifica a la dra P.R., en el Centro de Salud, El Rosal, ubicado en San Sebastián, Cauca, que se le ha iniciado investigación disciplinaria.

D) Por auto del 29 de octubre de 2014 se formuló pliego de cargos

contra la disciplinada.

E) Por medio de edicto fijado el 4 de noviembre de 2014 se notifica la decisión anterior a la disciplinada, con orden de desfijarlo el 10 de noviembre.

F) La defensora con su escrito de solicitud de nulidad, aportó copia de un e-mail remitido por el Tribunal a la disciplinada el 28 de octubre de 2014.

G) Durante todo el período investigativo no se escuchó en versión libre y voluntaria a la disciplinada.

H) La atención prestada por la disciplinada al menor G.G. fue el 12 de octubre de 2013 y su fallecimiento se produjo el 25 del mismo mes y año.

En el caso sub-judice se presenta un problema bien interesante, surgido de la potestad conferida por la ley disciplinaria, de hacer remisión en sus vacíos al código de procedimiento penal y a los problemas que surgen del hecho de haber cambiado el sistema procesal de tendencia inquisitiva y escrito el uno, por uno de tendencia acusatoria y oral el otro.

Es una realidad, que cuando se promulga la Ley 23 de 1981, teníamos un proceso escrito de tendencia inquisitiva (Decreto 409 de 1971) y los códigos procesales que lo sucedieron, el Decreto 2700 de 1991, Ley 600 de 2000, conservaron con cambios realmente intrascendentes, la misma tendencia y el mismo sistema escrito. Por tal razón la aplicación de la Ley 23 en el lleno de sus vacíos, no había tenido problema desde el mismo momento en que comenzó a ser aplicada en 1981 y éstos problemas solo se comienzan a evidenciar a partir de la entrada en vigor de la Ley 906 de 2004, donde pasamos a un proceso acusatorio y de características eminentemente orales y con una pluralidad de instituciones absolutamente novedosas, que son inaplicables a un sistema inquisitivo y escrito.

El último código escrito y de tendencia inquisitiva, Ley 600 de 2000, fue derogado por el artículo 533 de la Ley 906 de 2004, quedando vigente únicamente para el trámite de los procesos de aforados de los que conoce la Corte Suprema de Justicia y por aplicación del principio de favorabilidad,

con sus sub-principios de la retroactividad y de la ultraactvidad para los delitos que se cometieron en vigencia de aquella.

En las circunstancias precedentes, es una realidad evidente, de la imposibilidad de hacer remisión para llenar los vacíos de la Ley 23, a la Ley 600, porque se trata para éstos efectos una ley derogada, como ya se dijo.

Por la complejidad que significa un cambio tan radical y de tales dimensiones y viéndonos en la obligación de llenar los vacíos de la Ley 23, con el C. de P. P. es que esta Corporación, por providencia 11-2011 del Dr. Fernando Guzmán Mora concluyó, que la remisión al nuevo código de procedimiento penal de tendencia acusatoria y dentro de la metodología de la oralidad, se haría siempre y cuando las instituciones procesales que debían de ser complementadas, fueran susceptibles de completar sus vacíos con la nueva normatividad. Es decir, se concluyó que en algunos casos era imposible acudir al sistema procesal acusatorio para llenar los vacíos de la ley 23, por la absoluta incompatibilidad y diferencia entre un sistema procesal dominado por la oralidad y uno de carácter escrito.

Ante esta imposibilidad de llenar algunos vacíos de la Ley 23, se concluyó igualmente que debería acudirse a otras normatividades procesales como el código Contencioso Administrativo y preferentemente el Código Único Disciplinario, Ley 734 de 2002, esto por la identidad de materia. En tal sentido se expresó en aquella decisión:

> "…A partir de la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004 y en nombre del artículo 82 de la Ley 23 de 1981 y el artículo 47 del decreto 3380 de 1981, por mandato legal, se le debe dar aplicabilidad a los parámetros propuestos por el Sistema Acusatorio, en lo que no esté contemplado en la Ley 23 de 1981, y que no riña con la equidad y la justicia, sólo en aquello que sea más garantista y constitucionalmente indicado, sin darle aplicabilidad a nada que vaya en contra de la esencia del proceso ético-disciplinario, ni que vulnere las garantías legales de los profesionales de la medicina.
>
> Para darle vía libre al procedimiento ético disciplinario, el cual es de una precariedad absoluta, se debe hacer remisión al Código de Procedimiento Penal con el fin de llenar los vacíos existentes. Si se analiza el capítulo II del Título III de la Ley 23 de 1981, se observará que la

misma, no estipula nada, por ejemplo, respecto a pruebas (testimoniales, documentales, peritajes), prescripción, nombramiento de persona ausente entre otras. Al desarrollar el tema irán necesariamente saliendo a flote las otras disposiciones a las que se deberá hacer remisión, sobre los temas que no se encuentran plenamente determinados en la referida ley…"

"…Teniendo en cuenta que por ahora, será de inmensa dificultad implementar el sistema acusatorio en el proceso ético disciplinario y que la exigencia dada por la Ley 23 de 1981 de que todos sus procedimientos y actuaciones queden plasmados por escrito, dificultará, que al menos por ahora, la adopción de audiencias. Se considera que en cuanto a preclusión se trata debemos darle aplicabilidad a los artículos 331, 332 y 334 de la Ley 906 de 2004…."

Es preciso antes de continuar con el tema jurídico objeto del disenso, que existen irregularidades en la tramitación de éste proceso, porque en el caso presente no hubo una apertura formal del proceso disciplinario y aceptamos, que efectivamente el artículo 75 de la Ley 23 dispone que el Presidente del Tribunal de Ética, designará a uno de sus miembros para que se instruya el proceso y presente conclusiones dentro de un término de quince días,[1] pero se trata de una norma que debe ser interpretada y aplicada de conformidad con los preceptos constitucionales relacionados con el concepto del juez natural y particularmente con una de las cuatro garantías que lo integran y que no es otra que la del juez natural imparcial.

La imparcialidad judicial, para que se garantice en su integridad, de conformidad con la voluntad del constituyente,[2] y de los tratados de derechos

[1] ARTICULO 75. Una vez aceptada la denuncia, el presidente del Tribunal designará a uno de sus miembros para que se instruya el proceso disciplinario y presente sus conclusiones dentro de un término no superior a quince días hábiles.
ey 23 de 1981

[2] ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.
El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.
El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

humanos que ha suscrito nuestra Patria,[3] debe no solo ser imparcial, sino que los sistemas del reparto del trabajo a cada uno de los funcionarios judiciales ha de garantizar esa imparcialidad, tal como lo ha sostenido la doctrina, particularmente la europea, y esa imparcialidad solo se garantiza cuando el reparto de los procesos se hace por métodos que garanticen una división de trabajo por la vía de las leyes del azar, porque cuando los procesos no se reparten al azar, sino que se designa a uno de los jueces por la

[3] ARTÍCULO 14.1.- Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será publica, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.
2.- Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.
3.- Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
a). A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;
b). A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
c). A ser juzgada sin dilaciones indebidas;
d). A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;
e). A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;
f). A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;
g). A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.
4.- En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.
5.- Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.
6.- Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente pro-

voluntad de uno de los que dirige el reparto, o el presidente de la corporación, siempre surge la posibilidad que en la designación primen intereses diferentes a los de la justicia, porque quien hace la designación tiene la potestad de seleccionar el juez que le convenga para que instruya y falle el proceso, en un sentido determinado.

En las circunstancias precedentes el reparto de los procesos debe hacerse con la presencia de todos los magistrados que integran la corporación, el sistema puede ser electrónico, a través de un programa de computador que

---

batorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.
7.- Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.
ARTÍCULO 8o. GARANTÍAS JUDICIALES. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, a las siguientes garantías mínimas:
a). Derecho del inculpado a ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal.
b). Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada.
c). Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa.
d). Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor.
e). Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.
f). Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.
g). Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
h). Derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

garantice el reparto de los procesos por las leyes del azar, o por el antiquísimo sistema de numerar los procesos e insacular en una bolsa un número de balotas numeradas con los mismos números que le hayan correspondido a los procesos en su individualización. Establecido este sistema cada uno de los magistrados extrae una balota y ese será el proceso que le corresponda para ser instruido y fallado.

Es importante este sistema en el que el proceso busca al juez que lo ha de fallar y nunca el juez que busque el proceso que quiere le corresponda para su instrucción o fallo.

La designación que hace una persona por su propia voluntad o mediante un acto administrativo, le permite direccionar el proceso hacia el funcionario que quiere que conozca de él, para que le dé una orientación determinada o lo fallo en un sentido igualmente determinado.

En cada proceso se deja una constancia en la que se establece que realizado el reparto, tal proceso le correspondió a tal magistrado pero es que además de la aclaración y precisión hecha en precedencia, el auto de designación, del 29 de septiembre de 2014, mediante el cual el Presidente del Tribunal del Cauca designó al magistrado instructor: "….. para que adelante la investigación disciplinaria y realice todas las diligencias que crea necesarias para el esclarecimiento de los hechos ", no constituye una apertura formal de investigación disciplinaria, ni tampoco el presidente le puede ordenar a sus colegas de la Corporación que adelanten una investigación disciplinaria, porque hay muchos casos en los que la denuncia es mentirosa o no constituye una infracción a la ley disciplinaria y por tanto, en esos casos, el magistrado ponente tendrá la facultad de ordenar el archivo de las diligencias.

No constituye ese auto la apertura de un proceso disciplinario, porque allí lo que hace el Presidente es hacer una repartición de las diferentes noticias criminis que se hayan recibido, para que el trabajo total queda equilibradamente repartido entre todos los miembros de la Corporación.

El auto de apertura de investigación disciplinaria es un auto que dicta el instructor una vez haya estudiado la denuncia y las pruebas con la que se haya acompañado a la misma y tiene dos opciones, si tiene dudas sobre la real existencia de una infracción disciplinaria debe ordenar una investigación

preliminar,[4] y si existe claridad sobre la vulneración de la ley se ordenará la apertura de la correspondiente investigación.[5]

En la apertura de la investigación disciplinaria se debe ordenar cuales son las finalidades de la misma, esto es que se debe determinar cuál es la conducta que constituye la infracción disciplinaria, esclarecer los motivos determinantes, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometió, el perjuicio ocasionado, la identificación de los autores o partícipes y la posible responsabilidad de los mismos. Por ello, en el auto de apertura de investigación disciplinaria, se debe ordenar de manera concreta cuáles

---

[4] Ley 734 de 2002. ARTÍCULO 150. PROCEDENCIA, FINES Y TRÁMITE DE LA INDAGACIÓN PRELIMINAR. En caso de duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria se ordenará una indagación preliminar.
La indagación preliminar tendrá como fines verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria o si se ha actuado al amparo de una causal de exclusión de la responsabilidad.
En caso de duda sobre la identificación o individualización del autor de una falta disciplinaria se adelantará indagación preliminar. En estos eventos la indagación preliminar se adelantará por el término necesario para cumplir su objetivo.
<Inciso CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE. Aparte tachado INEXEQUIBLE> Para el cumplimiento de éste, el funcionario competente hará uso de los medios de prueba legalmente reconocidos y podrá oír en exposición libre al disciplinado ~~que considere necesario~~ para determinar la individualización o identificación de los intervinientes en los hechos investigados.
En los demás casos la indagación preliminar tendrá una duración de seis (6) meses y culminará con el archivo definitivo o auto de apertura. Cuando se trate de investigaciones por violación a los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario, el término de indagación preliminar podrá extenderse a otros seis meses.
La indagación preliminar no podrá extenderse a hechos distintos del que fue objeto de denuncia, queja o iniciación oficiosa y los que le sean conexos.
PARÁGRAFO 1o. Cuando la información o queja sea manifiestamente temeraria o se refiera a hechos disciplinariamente irrelevantes o de imposible ocurrencia o sean presentados de manera absolutamente inconcreta o difusa, el funcionario de plano se inhibirá de iniciar actuación alguna.
PARÁGRAFO 2o. Advertida la falsedad o temeridad de la queja, el investigador podrá imponer una multa hasta de 180 salarios mínimos legales diarios vigentes. La Procuraduría General de la Nación, o quienes ejerzan funciones disciplinarias, en los casos que se advierta la temeridad de la queja, podrá imponer sanciones de multa, previa audiencia del quejoso, por medio de resolución motivada contra la cual procede únicamente el recurso de apelación que puede ser interpuesto dentro de los dos días siguientes a su notificación

[5] Ley 734 de 2002. ARTÍCULO 152. PROCEDENCIA DE LA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA. Cuando, con fundamento en la queja, en la información recibida o en la indagación preliminar, se identifique al posible autor o autores de la falta disciplinaria, el funcionario iniciará la investigación disciplinaria.

son las pruebas que deben de ser practicadas y además todas aquellas que resulten o devengan lógicas de las practicadas.[6]

En el mismo Código Disciplinario Único, se determinan los sujetos procesales y dentro de éstos se determina al investigado y como se adquiere esta calidad, de la misma manera que se establecen sus derechos, entre ellos el de ser oído en versión libre, en cualquier etapa del proceso, de la misma manera que se consagra el derecho a la defensa. En tal sentido se dispone:

> " ARTÍCULO 91. **CALIDAD DE INVESTIGADO.** La calidad de investigado se adquiere a partir del momento de la apertura de investigación o de la orden de vinculación, según el caso.
>
> El funcionario encargado de la investigación, notificará de manera personal la decisión de apertura, al disciplinado. Para tal efecto lo citará a la dirección registrada en el expediente o a aquella que aparezca registrada en su hoja de vida. De no ser posible la notificación personal, se le notificará por edicto de la manera prevista en este código.
>
> El trámite de la notificación personal no suspende en ningún caso la actuación probatoria encaminada a demostrar la existencia del hecho y la responsabilidad del disciplinado. Con todo, aquellas pruebas que se hayan practicado sin la presencia del implicado, en tanto se surtía dicho trámite de notificación, deberán ser ampliadas o reiteradas, en los puntos que solicite e l disciplinado.

---

[6] Ley 734 de 2002. ARTÍCULO 153. FINALIDADES DE LA DECISIÓN SOBRE INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA. La investigación disciplinaria tiene por objeto verificar la ocurrencia de la conducta; determinar si es constitutiva de falta disciplinaria; esclarecer los motivos determinantes, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se cometió, el perjuicio causado a la administración pública con la falta, y la responsabilidad disciplinaria del investigado.
ARTÍCULO 154. CONTENIDO DE LA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA. La decisión que ordena abrir investigación disciplinaria deberá contener:
1. La identidad del posible autor o autores.
2. La relación de pruebas cuya práctica se ordena.
3. La orden de incorporar a la actuación los antecedentes disciplinarios del investigado, una certificación de la entidad a la cual el servidor público esté o hubiere estado vinculado, una constancia sobre el sueldo devengado para la época de la realización de la conducta y su última dirección conocida.
4. La orden de informar y de comunicar esta decisión, de conformidad con lo señalado en este código.

Enterado de la vinculación el investigado, y su defensor si lo tuviere, tendrá la obligación procesal de señalar la dirección en la cual recibirán las comunicaciones y de informar cualquier cambio de ella.

La omisión de tal deber implicará que las comunicaciones se dirijan a la última dirección conocida.

" ARTÍCULO 92. **DERECHOS DEL INVESTIGADO.** Como sujeto procesal, el investigado tiene los siguientes derechos:

1. Acceder a la investigación.

2. Designar defensor.

3. Ser oído en versión libre, en cualquier etapa de la actuación, hasta antes del fallo de primera instancia.

4. Solicitar o aportar pruebas y controvertirlas, e intervenir en su práctica.

5. Rendir descargos.

6. Impugnar y sustentar las decisiones cuando hubiere lugar a ello.

7. Obtener copias de la actuación.

8. Presentar alegatos de conclusión antes del fallo de primera o única instancia.

" ARTÍCULO 17. **DERECHO A LA DEFENSA.** Durante la actuación disciplinaria el investigado tiene derecho a la defensa material y a la designación de un abogado. Si el procesado solicita la designación de un defensor así deberá procederse. Cuando se juzgue como persona ausente deberá estar representado a través de apoderado judicial, si no lo hiciere se designará defensor de oficio, que podrá ser estudiante del Consultorio Jurídico de las universidades reconocidas legalmente.

En el auto que se comenta y que equivocadamente el Tribunal de primera instancia considera como uno de apertura de investigación no lo es, porque

el Presidente no puede designar a sus colegas para que conozcan de determinados procesos, pues su deber es repartirlos de conformidad con las leyes del azar y tampoco puede ordenar que adelanten el proceso, porque dentro de la autonomía de cada uno de los funcionarios judiciales tienen la potestad de abrir investigación preliminar, archivar u ordenar la apertura de proceso disciplinario.

De lo anteriormente considerado ha de concluirse que en éste caso no hubo apertura formal de investigación disciplinaria y si ello es así, es claro que no podía hacerse imputación de cargos a la disciplinada porque para que ello ocurra es indispensable que exista proceso formalmente abierto y porque el proceso es un conjunto de actos procesales consecutivos que tienen que ser realizados en el mismo orden dispuesto por el ordenamiento.

Lo anterior sería más que suficiente para declarar la nulidad del proceso, pero como existen otras irregularidades dentro del proceso, la Corporación se referirá todas ellas, para cumplir con la misión magisterial que el ordenamiento le tiene asignada a las Corporaciones superiores.

La irregularidad en la que la defensa fundamenta la solicitud de nulidad de lo actuado, se constituye en haberse adelantado la investigación a espaldas de la disciplinada y habérsele impedido ejercer los derechos de contradicción y de defensa y consecuencialmente de habérsele vulnerado el debido proceso constitucional.

Es evidente que al ser procesado, el ciudadano se defiende de la acusación que le formula el Estado por medio de los funcionarios que ejercen la represión, y una de las formas por medio de las cuales se comienza a ejercer ese derecho a la defensa es con la versión que el ciudadano rinde durante la investigación disciplinaria o la versión rendida durante el sumario, conocida en el proceso penal escrito como indagatoria.

La ley, la jurisprudencia y la doctrina han sostenido al unísono que la versión sin juramento que el ciudadano rinde en el proceso es al mismo tiempo un medio de defensa y un medio de prueba y que como instrumento de defensa, es el momento en el que el sindicado responde a la acusación que en tal diligencia le formula el Estado, bien sea negando la imputación, bien aceptándola bajo una circunstancia de exención de responsabilidad, atenuando la misma o haciendo citas y pidiendo pruebas que corroboren su coartada.

Es claro que en el sistema procesal de la Ley 906, desaparece la indagatoria y en la investigación preliminar la misma aparece como potestativa del imputado; y analizada ésta normatividad desde ésta perspectiva es evidente que en éste tipo de procesos no existe esta opción, pero debe recordarse igualmente que en este sistema procesal existe la audiencia de imputación, donde se le da la oportunidad al procesado de conocer la imputación y de comenzar a defenderse de la misma.

Dentro de ésta perspectiva, la posición del Tribunal de primera instancia es totalmente equivocada, porque olvida que en el proceso disciplinario por ser de naturaleza escrita, de tendencia inquisitiva, no existe audiencia de imputación y en tales circunstancias, en ésta etapa inicial del proceso debe dársele al ciudadano una oportunidad para que conozca la imputación y que pueda defenderse de la misma.

Mal entonces se podía formular una imputación de cargos, sin que la disciplinada hubiera tenido conocimiento de la imputación para poderse defender de la misma, porque es bien sabido por todos, que nadie puede defenderse de lo desconocido o de lo que se ignora. El ejercicio de la defensa solo puede ejercerse cuando se tiene un conocimiento claro y preciso de los hechos por los cuales es acusado e investigado.

Entre las razones esgrimidas por la primera instancia en el auto por medio del cual se niega la nulidad, debe destacarse aquella en la que se enfatiza que la diligencia de versión prevista en el artículo 282 de la Ley 906 no es obligatoria y en relación con ello se debe reconocer que tiene toda la razón, pero como ya se había dicho, ello es así, porque en ese procedimiento existe la audiencia de imputación en la que se conoce con claridad la imputación y se comienza la defensa con fundamento en la misma. Pero esas consideraciones no pueden hacerse en el proceso disciplinario donde no existe la mencionada audiencia, debiendo concluirse que si no se le otorga al ciudadano la oportunidad para defenderse al rendir su versión libre o indagatoria, se le estaría negando el elemental derecho de conocer el hecho por el que se lo acusa e igualmente la posibilidad de defenderse del mismo, violándose de tal manera el debido proceso constitucional.

La equivocación de la primera instancia radica en el hecho de haber considerado que al sistema disciplinario se le puede aplicar por remisión completamente el contenido de la Ley 906, y olvida que realmente son pocas

las instituciones del sistema acusatorio que pueden ser aplicadas al mismo, porque en éste proceso no hay fiscalía que investigue y acuse, olvida que la única audiencia oral es la de descargos, que la prueba se practica a lo largo de la investigación y no en el juicio, como ocurre en el sistema acusatorio, que al no existir audiencia de imputación, el ciudadano debe tener un momento procesal en que se le dé la oportunidad de conocer la imputación y de defenderse de la misma.

La ausencia de ésta oportunidad, considera la primera instancia, puede ser suplida con la imputación de cargos, en la que con más claridad y precisión se le dan a conocer todas la acusaciones existentes contra el mismo, pero nuevamente olvida que el proceso es como una especie de guerra en la que se disputan diversas batallas y que quienes se defienden pueden perfectamente aspirar a que ni siquiera se abra proceso y si esto ocurre, pueden aspirar que no haya medida precautelativa y si esto ocurre, la misión defensiva puede orientarse a evitar que se formule acusación y así de manera sucesiva. De tal manera que argumentar que la falta de conocimiento durante el período investigativo se suple con la información que se le proporciona, de la imputación fáctica y jurídica contenida en la formulación de cargos es hacer una reflexión errónea, que daría a entender que el ciudadano no puede pretender evitar que el proceso llegue hasta esas instancias.

Es cierto que en la Ley 906 no existe disposición que imponga imperativamente la notificación de la apertura de investigación, pero ese conocimiento por parte del ciudadano surge diáfano y lógico de lo decidido en la sentencia C-799 del 2 de agosto de 2005, con ponencia del H. M. Jaime Araujo Rentería, en la que se dio respuesta a la demanda impetrada por el ciudadano Edgar Saavedra Rojas, en la que se propuso la inexequibilidad de la expresión: "….una vez adquirida la condición de imputado……", coincidiendo la Corte con el demandante, en que el ciudadano tenía el derecho a la defensa, desde el mismo momento en que surge la imputación y que por tanto el derecho a la defensa existía durante la investigación preliminar, contra lo considerado por el legislador de que tal derecho a la defensa solo podía ser ejercido a partir de la diligencia de imputación.

Si lo anteriormente fue reconocido en una sentencia de constitucionalidad, que como bien se sabe son decisiones que tienen fuerza de ley, es decir que obligan a todos los ciudadanos, razón por la cual se dice que tienen fuerza erga omnes. En tales circunstancias ha de entenderse de manera necesario

que así no exista norma que obligue a la notificación de la apertura de investigación preliminar ha de deducirse que la misma debe producirse, porque como puede pretenderse que el ciudadano se defienda, cuando ni siquiera tiene conocimiento que es objeto de una investigación y mucho menos, muchísimo menos, de que se lo investiga como autor o partícipe de una infracción a la ley penal o disciplinaria.

Es una realidad de que lo ideal es que el ciudadano tenga efectivamente un proceso sin dilaciones injustificadas, pero esa celeridad deseada para todos los procesos, no puede ser tanto, que se impida al procesado de poderse defender de los cargos por lo que es investigado o por los que se lo acusa y esto lo recordamos, porque la defensora de la disciplinada allegó con la solicitud de nulidad, la comunicación electrónica en que se le comunicaba la existencia del proceso, habiendo recibido el mismo el 28 de octubre en las horas de la tarde y se encuentra igualmente probado que la formulación de cargos fue dictada el 29 del mismo mes y año y no podemos menos que preguntarnos, cómo se puede pretender que con tal precariedad de términos la disciplinada hubiera podido defenderse ?.

Ejercer el derecho a la defensa no puede ser calificada como una maniobra dilatoria y la formulación de nulidades es una forma de ejercer ese derecho a la defensa. El proceso penal es dialéctico y por tanto casi siempre se encuentran posiciones encontradas entre los sujetos procesales y esa discrepancia de opiniones no puede ser considerada como un enfrentamiento personal entre los intervinientes, de la misma manera que ejercer la defensa con ardentía, no constituye dilación bajo ninguna circunstancia, porque de llegar a esos extremos, el ejercicio de la defensa podría verse estigmatizado hasta llegar a ser enervado en el ejercicio activo y dinámico que esta función defensiva exige.

Como conclusión a todo lo anterior, debe entonces determinarse que los vacíos legislativos contenidos en la ley 23, deben ser llenados con las previsiones de la Ley 906 de 2004, en aquellas instituciones que sean compatibles con la naturaleza de un proceso de tendencia inquisitiva y escrito; de no poder ser llenados dichos vacíos con la mencionada ley procesal, se habrá de acudir a la Ley 734, Código Disciplinario Único, por aquello de la identidad de materia y si ello no es posible, habrá de acudirse al Código contencioso Administrativo, por ser el proceso disciplinario un procedimiento administrativo y si con ello tampoco se resuelve el problema se

habrá de hacer remisión a cualquier otra codificación procesal.

Podría argumentarse que el artículo 82 de la Ley 23, hace remisión al C. de P. P. y que en tales circunstancias se vulnera la ley, cuando para llenar un vacío de aquella se hace remisión al Código Disciplinario Único, pero ello es imposible, cuando en la propuesta que se hace por parte de la primera instancia se termina violando la Carta Política, porque en realidad de verdad, la Ley 906, no tiene una solución para el problema que se trata de resolver en el caso sub judice. En tales circunstancias, al no encontrar respuesta al problema en el código procesal, se ha de acudir a otras normatividades que contengan normas procesales que si resuelvan el problema y por tanto se ha de acudir a la Ley 734 de 2002 y de no encontrar solución al Código Contencioso Administrativo o al Código General del Proceso, porque lo único que no puede hacer el juez es abstenerse de fallar con la excusa de que no existe normatividad aplicable que resuelva el caso. No debe olvidarse en éste sentido lo previsto en la Ley 153 de 1887 al determinar en uno de sus artículos:

> " ARTICULO 48. Los jueces ó magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad ó insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia.

En las condiciones anteriormente argumentadas se deberá decretar la nulidad de todo el proceso, a partir del auto del auto del 29 de septiembre de 2014, para que se rehaga el proceso, procediendo primero que todo a hacer una apertura formal del proceso disciplinario, que debe ser notificado a la disciplinada, para que tenga la oportunidad de defenderse de las imputaciones que le hace la denunciante y de las que eventualmente le puedan ser imputadas a lo largo del proceso. No se debe olvidar que el auto de apertura de proceso, debe tener un contenido mínimo, como el que aparece en el Código Disciplinario Único al establecer:

> " ARTÍCULO 154. CONTENIDO DE LA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA. La decisión que ordena abrir investigación disciplinaria deberá contener:
> 1. La identidad del posible autor o autores.
> 2. La relación de pruebas cuya práctica se ordena.
> 3. La orden de incorporar a la actuación los antecedentes disciplinarios del investigado, una certificación de la entidad a la cual el servidor pú-

blico esté o hubiere estado vinculado, una constancia sobre el sueldo devengado para la época de la realización de la conducta y su última dirección conocida.
4. La orden de informar y de comunicar esta decisión, de conformidad con lo señalado en este código.

Son suficientes las consideraciones precedentes, para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en el uso de las atribuciones que le confiere la Ley

RESUELVA:

Artículo Primero - DECLARAR LA NULIDAD de todo lo actuado, a partir del auto del 29 de septiembre de 2014. **Artículo Segundo** - Contra esta providencia no procede recurso alguno. **Artículo Tercero** - Devolver el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ, Magistrado- Presidente; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado Ponente; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado; GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaría.

Bogotá, Abril siete (07) del año dos mil quince (2015)

SALA PLENA SESIÓN No. 1266 DEL SIETE (07) DE ABRIL DEL AÑO DOS MIL QUINCE (2015)

REF: Proceso 2527 del Tribunal de Ética Médica de Antioquia
Denunciante: Señor W.F.I.
Contra: doctor J.J.M.O.
Asunto: Recurso de reposición

Magistrado ponente: Dr. Francisco Pardo Vargas
Providencia No. 20-2015

VISTOS

El Tribunal Nacional de Ética Médica recibe el 20 de enero de 2.015, procedente del Tribunal de Ética Médica de Antioquia, expediente contentivo del proceso ético disciplinario adelantado por dicha corporación, motivado por queja presentada contra el médico J.J.M.O. a causa de la falsificación del documento que lo acreditaba como especialista en pediatría, cuando en realidad era estudiante activo de esta especialidad en la Universidad de Caldas. Recibida la queja por el Tribunal Seccional esa corporación dio apertura a la investigación formal mediante auto del 9 de junio de 2.014 y el 12 de septiembre del mismo año el médico encartado rindió declaración de versión libre en la cual aceptó los hechos denunciados, los cuales fueron ratificados en su diligencia de descargos realizada el 12 de noviembre de 2.014. Finalmente el Tribunal de Ética Médica de Antioquia en Sala del 26 de noviembre de 2.014 impuso al médico J.J.M.O. sanción consistente en suspensión en el ejercicio de la profesión por un término superior a los seis (6) meses y, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 83 y 89 de la Ley 23 de 1981 remitió el expediente al Tribunal Nacional de Ética Médica. Recibido por esta corporación en la fecha precitada el caso fue asignado por sorteo al Magistrado Francisco Pardo Vargas quien presentó

ponencia en Sala del 10 de febrero de 2.015 en la cual se impuso al médico acusado sanción consistente en suspensión del ejercicio de la profesión por el término de un (1) año y concedió recurso de reposición ante este Tribunal Nacional y en subsidio de apelación ante el Ministerio de Salud Pública. Contra esta providencia el apoderado del médico sancionado abogado Camilo Andrés Garzón Correa, presentó dentro de términos de ley recurso de reposición y en subsidio de apelación. Teniendo en cuenta el informe anterior la Sala ordenó entregar el expediente al Magistrado Francisco Pardo Vargas

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

En el recurso de reposición interpuesto ante esta corporación y subsidiariamente de apelación ante el Ministerio de Salud contra la providencia 09-2.015, el apoderado del doctor M.O. solicita reponer la sanción impuesta a su poderdante o "establecer" una sanción menor que no sea suspensión en el ejercicio de la profesión. Para el efecto se apoya en los siguientes argumentos:

1. Rechaza la afirmación del Tribunal Nacional que consideró que la colaboración prestada por el implicado fue ineficaz para los efectos de un beneficio punitivo, ignorando que por las pesquisas que se adelantaron en la Universidad de Caldas previamente a la remisión del caso al Tribunal Seccional, se pudo demostrar de manera fehaciente que el médico encartado nunca se había graduado como especialista y por lo tanto ya la falsedad estaba probada, como consta a Folios 7, 8 y9 del cuaderno duplicado.

2. Insiste en invocar la Ley 600 de 2.000 que por conexidad termine "iluminando" a la Ley 23 de 1.981 en los casos de competencia del Tribunal de Ética Médica y afirma que la Ley 906 de 2.004 no ha derogado en ningún momento en forma expresa la Ley 600 de 2.000. Al respecto, este Tribunal Nacional se permite aclararle al jurisperito defensor que la Ley 906 de 2.004 está vigente desde el 1 de enero de 2.005, fecha en que quedó derogada la ley 600 de 2.000 con la sola excepción de poder ser aplicada por la Corte Suprema de Justicia para los casos considerados de fuero constitucional que se tramitan en dicha corporación, situación que obviamente no cobija a su poderdante. También se podrá aplicar por favorabilidad para los casos sucedidos durante su vigencia, es decir, antes del 1 de enero de 2005.

3. Afirma el recurrente que el Tribunal Nacional de Ética Médica cometió un grave error toda vez que prejuzgó la decisión al decir en el fallo que "cuando el disciplinado confiesa la falta sobre la falsedad documental estaba perfectamente probada" sin importar lo que sucediera en el proceso. Interpreta en forma errada el recurrente la frase en cuestión y tal parece que la utiliza en forma habilidosa y totalmente fuera de contexto pues el sentido de esta no era otro que tratar de beneficiar al inculpado al resaltar que la confesión de la falsificación documental se había producido antes de sus declaraciones dentro del proceso. Como bien se anota en el mismo párrafo "en la legislación procesal actualmente vigente hay lugar a rebajas punitivas cuando se produce una colaboración eficaz por parte del indiciado o procesado como se contempla en el artículo 413 de la ley 906 de 2.004". Desafortunadamente en este caso no se puede probar la eficacia requerida sino todo lo contrario habida cuenta de la potencialidad del daño pues al incurrir en el ejercicio ilegal de la profesión expuso en grave riesgo la vida y la salud de los pacientes que manejó durante su trabajo en la Clínica del Rosario de Medellín. Pero además, como se expresa seguidamente en los considerandos, "como evidentemente el documento falsificado fue utilizado como medio de prueba es posible que se haya infringido la ley penal y en tales circunstancias la ley impone el deber de compulsar copias para la justicia ordinaria, a la Fiscalía como organismo de investigación competente para que determine si es el caso abrir o no una investigación penal".

Bastan las anteriores consideraciones para que el Tribunal Nacional de Ética Médica en uso de sus atribuciones legales

RESUELVA

Artículo Primero - No reponer la Providencia 09-2015 del Tribunal Nacional de Ética Médica, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído. **Artículo Segundo** - Conceder el recurso de apelación ante el Ministerio de Salud y Protección Social. **Artículo Tercero** - Compulsar copias de esta decisión a la Fiscalía General de la Nación, para lo de su competencia. **Artículo Cuarto** - Remitir el expediente al Ministerio de Salud Y Protección Social para lo pertinente. **CÚMPLASE.**

FDO. FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ, Magistrado- Presidente; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado Ponente; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado; GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaría.

Bogotá, febrero diez (10) del año dos mil quince (2015).

SALA PLENA SESIÓN No.1258 DEL DIEZ (10) DE FEBRERO DEL AÑO DOS MIL QUINCE (2015)

REF: Proceso 2527 Tribunal de Ética Médica de Antioquia
Denunciante: W.F.I.J.
Contra: Doctor J.J.M.O.

Magistrado Ponente Doctor Francisco Pardo Vargas
Providencia No. 09-2015

VISTOS

Por queja presentada por el señor W.F.I.J., Profesional Especializado del Grupo Formal de Trabajo Disciplinario de la Universidad de Caldas, contra el doctor J.J.M.O. por haber incurrido presuntamente en un acto de falsedad documental al alterar un Diploma que loacreditaba como Especialista en Pediatría y fue presentado por el acusado para laborar en la Clínica del Rosario de Medellín. El Tribunal de Ética Médica de Antioquia aceptó por competencia la denuncia y decretó apertura de Investigación Disciplinaria Ético Profesional a consecuencia de la cual se concluyó que el implicado era merecedor de una Sanción de Suspensión en el Ejercicio Profesional por un término superior a seis (6) meses, Por tal motivo el Tribunal Seccional remitió el caso a esta Superioridad, siendo recibida por esta el 20 de enero de 2.015 y asignada para su estudio al Magistrado Francisco Pardo Vargas.

HECHOS

El médico J.J.M.O., egresado de la Universidad del Cauca, inició su postgrado en pediatría en febrero de 2.010 y para la época de la denuncia se encontraba culminando el programa académico (Proyecto de Investigación III) (F7) cuando , según lo afirmado en su diligencia de versión libre,

abrumado por sus obligaciones familiares "cometí un gran error cegado por la desesperación ante la inminencia pérdida (sic) de mis ingresos, decidí alterar un diploma para mantener mi empleo, yo sé que cometí un gran error que en el momento no dimensioné y cometí una falta a la ética médica principalmente a mis compañeros de especialización quienes siempre me brindaron la mano, a mis docentes y al personal coordinador de la Clínica El Rosario" y agrega: "reitero mi arrepentimiento por los actos cometidos, reitero las disculpas ante la comunidad médica y ante el Tribunal de Ética Médica como representante de ella" (F28).

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

La confesión del implicado en la cual aceptó el error cometido, hecho que justificó la formulación de cargos por presunta violación de la Ley 23 de 1.981 y la posterior diligencia de descargos en la cual el disciplinado reconoce de nuevo su error, lo justifica por estar atravesando en un momento de desesperación, pide disculpas a la comunidad médica e implora piedad en la sanción que se le imponga. De otra parte el abogado defensor, en la misma diligencia, solicita al Tribunal que en virtud del principio de integración del derecho aplique la normativa de otros procesos disciplinarios. Por lo anterior, tal y como se solicitó en memorial el 12 de septiembre de 2.014, se le solicita de nuevo al Honorable Tribunal que a la hora de establecer una sanción para su representado tenga en cuenta que este ha admitido los hechos antes de que se haya formulado cargos lo cual le otorga una rebaja considerable en el tiempo de su sanción. Para sustentar su solicitud el letrado invoca jurisprudencia emanada de dos Providencias del Tribunal Nacional de Ética Médica a saber:

1. Providencia 01-98, Magistrado Ponente doctor Joaquín Silva Silva, en un caso de corrupción administrativa por malos manejos financieros de una Entidad de Seguros, en la cual los médicos implicados tuvieron diferentes grados de participación lo cual dio píe para graduar la severidad de la sanción, ajustándose a la siguiente consideración:

"Constituye una realidad para esta Corporación que las faltas a la ética profesional médica más graves que puede cometer un galeno son aquellas que atenten contra la vida de los pacientes, o contra la salud de los mismos y que en el caso presente pese a que la actuación realizada supone una falta grave a la ética médica, es realmente de menor gravedad

que aquellas que están relacionadas con la esencia misma de la medicina que es la conservación de la vida y de la salud".

2. "Providencia 47-2013 Magistrado Ponente Francisco Pardo Vargas por utilización indebida por un supuesto Título Especialista otorgado por una Universidad extranjera y cuya dudosa capacitación no fue suficientemente esclarecida, razón por la cual el Comité de Evaluación de Títulos de Educación Superior, Asesor de la Oficina de Relaciones Internacionales resolvió NO CONVALIDAR para los efectos en Colombia el Diploma utilizado por el médico disciplinado. Como consecuencia el Tribunal Nacional de Ética Médica impuso al encartado Sanción de Suspensión de la práctica profesional por el término de un (1) año por violación de los artículos 48 y 49 de la Ley 23 de 1.981".

Es una realidad, que el legislaciones procesales anteriores la confesión cuando se producía en la primera versión rendida por el sindicado daba lugar a una atenuación punitiva y es lo que se plantea en el artículo 283 de la Ley 600 de 2000, legislación que en este momento se encuentra derogada y por tanto es imposible hacer remisión a la misma.

En la legislación procesal actualmente vigente hay lugar a rebajas punitivas cuando se produce una colaboración eficaz por parte del indiciado o procesado como se contempla en el artículo 413 de la Ley 906 de 2004, pero para que haya derecho a ese beneficio punitivo es menester que la colaboración sea eficaz de conformidad con las exigencias establecidas en la norma citada; que no se dan en el presente caso, porque cuando el disciplinado confiesa la falta sobre la falsedad documental estaba perfectamente probada.

Como evidentemente el documento falsificado fue utilizado como medio de prueba es posible que se haya infringido la ley penal y en tales circunstancias la ley le impone el deber de compulsar copias para la justicia ordinaria para la Fiscalía como organismo de investigación competente determine si es del caso abrir o no una investigación penal.

De todas maneras la confesión y el arrepentimiento manifestado por el disciplinado son circunstancias de atenuación que son tenidas en cuenta en el momento de la tasación de la sanción, puesto que se le impondrá una pena inferior a la que realmente merecía por la gravedad de la falta.

Queda claro que las providencias invocadas por el defensor del Dr. M. O. tuvieron suficiente soporte legal y fueron emitidas como consecuencia de una solicitud formulada al conocerse la sanción impuesta a los disciplinados.

Ello no obsta sin embargo, para que esta Superioridad no preste atención a lo manifestado por el médico denunciado y por su abogado defensor. Al analizar cuidadosamente los Considerandos del Tribunal Seccional y en particular en lo referente a la graduación de las sanciones, esta Corporación encuentra pertinente transcribir los siguientes considerandos:

1. El acto de dosificar la sanción disciplinaria por parte del Tribunal no puede ser un acto arbitrario, antes bien, debe sujetarse a estrictos parámetros prestablecidos por la ley. Ellos, de cara al proceso disciplinario ético profesional se hallan consignados en el Artículo 55 del Decreto 3380 de 1.981 el cual indica lo siguiente: "Art 55. La sanción disciplinaria se aplicará teniendo en cuenta los antecedentes personales y profesionales del infractor y la circunstancias atenuantes o agravantes de la falta"
2. El anterior artículo establece, para la dosificación de la sanción disciplinaria ético profesional, dos parámetros: por un lado el grado de lesión, el cual estaría determinado, entre otros factores, por la circunstancias atenuantes y agravantes de la falta; y, por otro lado, el grado de culpabilidad, es decir, ese juicio de reproche que puede ser mayor o menor a los antecedentes personales, sociales y profesionales del médico infractor.
3. Establecidos entonces los parámetros para dosificar la pena disciplinaria, debe proceder el Tribunal a cotejar los mismos con el acervo probatorio para derivar la sanción que se debe imponer en el proceso disciplinario ético profesional.
4. Frente a lo anterior, es deber ético del Tribunal reconocer que el doctor J.J.M.O. no tiene antecedentes disciplinarios ético profesionales, lo cual se constituye en circunstancia de menor punibilidad, así como que siempre estuvo dispuesto a atender sus llamados de este ente Colegiado y no representó un obstáculo para el proceso o la prueba. Sin embargo, la conducta reprochada no es de poca monta y si se observa en detalle la pluralidad de las normas infringidas y la gravedad de las mismas, a saber Artículos 1 numeral 9, Artículos 6, 46 y 49 de la Ley 23 de 1.981, la sanción debe corresponderse con la potencialidad de las faltas"

Bastan las anteriores consideraciones para que el Tribunal Nacional de Ética Médica en uso de sus atribuciones legales

RESUELVE

Artículo Primero - Imponer al doctor J.J.M.O. sanción consistente en Suspensión en el Ejercicio Profesional por el término de un (01) año, como responsable de la infracción de los artículos 48 y 49 de la Ley 23 de 1.981. **Artículo Segundo** - Compulsar copias del expediente a la Fiscalía General de la Nación, para que determine si es del caso abrir o no una investigación penal. **Artículo Tercero** - Contra la presente providencia proceden los recursos de reposición ante el Tribunal Nacional de Etica Medica y en subsidio de Apelación para ante el Ministerio de Salud y Protección Social. **Artículo Cuarto** - Una vez en firme la presente providencia, comuníquese el contenido de esta decisión al Ministerio de Salud y Protección Social, a los Tribunales de Etica Médica y a la Federación Médica Colombiana para que sea fijada en lugares visibles de conformidad con lo establecido en el artículo 53 del decreto 3380 de 1981. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ, Magistrado- Presidente; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado Ponente; JUAN MENDOZA VEGA, GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaría.

Bogotá, Septiembre treinta (30) del año dos mil catorce (2014)

SALA PLENA SESIÓN No. 1243 DEL TREINTA (30) DE SEPTIEMBRE DEL AÑO DOS MIL CATORCE (2014)

REF: Proceso No.2012- 312 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Nariño y Putumayo
Denunciante: Dra. J.R.G,
Contra Dr. H.E.G.S.

Magistrado Ponente: Dr. Francisco Javier Henao Pérez
Providencia No. 91-2014

VISTOS

El Tribunal de Ética Médica de Nariño y Putumayo resuelve en sesión del 17 de Febrero de 2014: "Formular cargos en contra del Doctor H.E.G.S. y fija fecha y hora para la audiencia de descargos.

La audiencia de descargos se realiza el día 25 de Marzo de 2014, sin la asistencia del médico Dr. H.E.G.S., que fue representado por su abogado Dr. Cesar Eduardo Martínez Guerrero.

Providencia del 28 de Julio de 2104, sala Plena Nº 286 del tribunal de Ética Médica de Nariño y Putumayo en donde: "No se aceptan los descargos presentados, por lo tanto no se concede la nulidad y se fija una sanción de 1 mes de suspensión en el ejercicio de la Medicina al Dr. H.E.G.S..

Recurso de Apelación presentado con fecha 12 de Agosto de 2014, en el que se solicita como petición principal la REVOCACION del fallo proferido por Tribunal De Ética de Nariño y Putumayo, por parte del Tribunal Nacional De Ética Médica : "Por no existir ningún elemento material probatorio legalmente allegado al proceso ético disciplinario que así lo acredite". (Sic) folio 294. Petición Subsidiaria "En la eventualidad de que

el Honorable Tribunal no acceda a mi pretensión principal y si con base en las pruebas legalmente allegadas encuentra acreditados los cargos, solicito de la manera más respetuosa se detalle en que medios de prueba sustenta su decisión y al momento de tasar la sanción, se imponga la Amonestación privada, estipulada en el Art 48 de la norma procedimental. (Sic) Folio 249.

El recurso de Apelación es concedido y enviado al Tribunal Nacional de Ética Médica. Correspondió por sorteo al Magistrado Francisco Javier Henao Pérez.

HECHOS

De acuerdo con el relato de la queja, y de su propia declaración, el doctor H.E.G.S. agredió física y verbalmente, dentro de las instalaciones del hospital Clarita Santos de Sandoná, a su colega J.R.G, con quien compartía el año de medicatura rural, pero además era su compañera sentimental desde hacía varios años, cuando esta se encontraba trabajando en un tumo nocturno correspondiente a la noche del 11 y 12 de Abril de 2012, causándole lesiones físicas que fueron valoradas por el instituto de medicina legal (folios 1, 2, 3,4), generando una incapacidad de 8 días a partir de la evaluación, que a su vez ocurrió 14 días después de los hechos. (Folio 194).

RAZONES POR LAS QUE SE SOLICITA LA REVOCACIÓN

1.”Nulidad Saneable”:

Porque hay 13 elementos en el pliego de cargos y 16 elementos en el fallo. Efectivamente las tres pruebas más que se tienen en cuenta son:

a) “pruebas que se aportan en la diligencia de descargos presentada por el apoderado, en donde se anexa copia de las diligencias adelantadas por la fiscalía 27 de Sandoná, por el delito de lesiones personales y material fotográfico de las instalaciones del centro de salud” (sic) folio 275. b) Hoja de Vida de la Dra. J.R.G, y c) Diligencias de Testimonio de los señores Jaime Gómez Ceballos, Carlos Bastidas Lagos, Jaime Gerardo Chamorro, Luis Antonio Maya del 16 de Abril de 2013.

2. Coherencia entre pruebas y pliego de cargos, por la misma razón anterior y porque además se retiran 11 pruebas aportadas por la defensa.

3. Los pronunciamientos emitidos por el investigado no son medios de prueba

4. Toma elementos del proceso penal y los vale en el proceso Ético.
5. La ampliación de la queja se hizo sin el abogado del acusado.

EL Tribunal De Ética de Nariño y Putumayo se ha expresado frente a estas inconformidades:

1. "este despacho ha sido muy diligente en el análisis pormenorizado de cada una de las actuaciones que de manera legal han sido allegadas al expediente, tanto las de cargo, como aquellas presentadas por la defensa, es precisamente de este análisis que se llega a la conclusión de que a pesar del decreto de nulidad del primer pliego de cargos, subsiste la posibilidad de volver a endilgarlos con todo el acervo probatorio que se encuentra en el expediente." (Folio 278).

2. "A contrario sensu, de lo manifestado por el señor apoderado, este despacho ha sido muy diligente en el análisis pormenorizado de cada una de las actuaciones que de manera legal han sido allegadas al expediente, tanto las de cargo como aquellas presentadas por la defensa, es precisamente de este análisis que se llega a la conclusión de que a pesar del decreto de nulidad del primer pliego de cargos, subsiste la posibilidad de volver a endilgarlos con todo el acervo probatorio que se encuentra en el expediente. No solamente se tuvo en cuenta el oficio suscrito por el Gerente del Hospital Clarita Santos de Sandona, que erradamente se dice corresponde al Municipio de la Unión, sino que además se encuentra la hoja de vida que corresponde al investigado y que ha sido aportada de manera legal al proceso, a fin de determinar su vinculación con dicho Hospital, de igual manera se encuentran tanto el registro de la Universidad Nacional de Colombia, como las respectivas calificaciones, estas últimas irrelevantes para el caso que se investiga. Es de simple cuidado, que se observe la totalidad del expediente para darse cuenta que no se ha ahorrado esfuerzo alguno por parte de este despacho para conocer la verdad formal de los hechos. De manera adicional y por principio de preservación del debido proceso, ha existido la diligencia absoluta en cuanto tiene que ver con preservar las garantías"(sic) (Folio 278).

3. El Tribunal de Nariño si los considera. "Se Demuestra con absoluta certeza, en el decir de quejosa e investigado, que el día 11 de Abril a altas horas de la noche el Investigado Dr. G. se encontraba departien-

do e ingiriendo alcohol con un grupo de amigos y bajo pretexto, salió al Hospital Clarita Santos, lugar donde labora como médico general a buscar a su pareja sentimental Dra. J.R.G., quien se encontraba de turno y atendiendo en el servicio de urgencias a varios pacientes, de igual manera se encuentra probado por el decir de los mismos que existió agresión tanto física como de palabra por parte del investigado hacia la Dra. J.R.G., en el cuarto dedicado al descanso de los médicos."

4. Los elementos del proceso penal especialmente la denuncia ante las autoridades competentes, la terminación por ocurrencia de conciliación y la certificación del tratamiento psiquiátrico. Son pruebas de la ocurrencia de los hechos.

5. Nulidad porque la ampliación de la queja se hizo sin presencia del abogado, del defendido. Esto no corresponde a lo archivado en el expediente dado que la ampliación de la queja fue el 27 septiembre 2012, la versión libre del acusado el 13 de Noviembre 2012 y la diligencia de descargos el 25 de Marzo del 2014. Es claro que la secuencia de las mencionadas diligencias permitió al Dr. H.E.G.S. asistir en compañía de su abogado tanto a la audiencia de versión libre como a la posterior de descargos.

CONSIDERA EL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA:

Lo fundamental en este caso es comprobar si hubo o no violación a los artículos 29 y 45 de la ley 23 de 1981 de ética médica. Que dicen:

Artículo 29: La lealtad y la consideración mutuas constituyen el fundamento esencial de las relaciones entre los médicos.

ARTICULO 45. El médico funcionario guardará por sus colegas y personal paramédico subalterno, la consideración, aprecio y respeto que se merecen, teniendo en cuenta su categoría profesional, sin menoscabo del cumplimiento de sus deberes como superior.

Por lo tanto la demostración de los hechos es indispensable.
De lo consignado en el expediente se concluye sin ningún asomo de duda que los hechos relatados el día 11 de noviembre efectivamente tuvieron lugar. No solo por el testimonio del propio acusado, Dr. H.E.G.S., sino

por los documentos de la fiscalía relativos a la conciliación del hecho (folios 208, 209, y 210), el cumplimiento por parte del Dr. G., de asistir a psicoterapia como parte del acuerdo para la conciliación, y el informe del Psicólogo Dr. G.U.R. quien describe y acepta los hechos en que estuvo involucrado su paciente. (Folios 48, 49 y50)

Según ARTÍCULO 248. Del Código de procedimiento penal: Son medios de prueba: la inspección, la peritación, los documentos, el testimonio, la confesión. Los indicios se tendrán en cuenta al momento de realizar la apreciación de las pruebas siguiendo las normas de la sana crítica.

Dado que tanto la quejosa como el médico acusado coinciden en afirmar que esto ocurrió. El testimonio libre y espontáneo tomado al Dr. H.E.G.S. Es completamente valido y aceptado puesto que se obtuvo con todas las garantías del debido proceso como son:

a). Declaración ante una autoridad competente.
b). En presencia de un abogado defensor
c). Con la debida advertencia de que no está obligado a declarar en su contra.

Ante esto su testimonio cobra toda la validez procesal tal como lo expresa el Articulo 324 del Código Penal Que dice: "VERSION DEL IMPUTADO: Cuando lo considere necesario el Fiscal General de la Nación o su delegado podrá recibir versión al imputado, la que se practicará en presencia de su defensor. Siempre se le advertirá que no está obligado a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, compañero permanente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo civil y primero de afinidad. La aceptación de la autoría o coparticipación por parte del imputado en la versión rendida dentro de la investigación previa, tendrá valor de confesión."

Por su parte la fiscalía general de la nación aclara:
La forma en que el artículo 282 del código de procedimiento Penal regula el acto de investigación denominado *interrogatorio al indiciado*, pone de manifiesto un aspecto trascendental para comprender en qué momento se activa el derecho a no autoincriminarse. En efecto, dicha norma dispone que esta actuación sea procedente cuando el fiscal o la policía judicial, *"tuviere motivos fundados de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos*

en este código, para inferir que una persona es autora o partícipe de la conducta que se investiga". Sin embargo, como es posible que el autor de la conducta punible sea entrevistado como un testigo cualquiera, porque el órgano encargado de la persecución penal aún no cuenta con información alguna para concluir sobre su calidad de presunto autor, en este evento. La información no puede catalogarse como ilícitamente obtenida y por tanto (y este aspecto resulta ser el más relevante), las evidencias obtenidas a partir de la información brindada bajo estas condiciones no tienen vocación de ser excluidas.

(Ver sentencia 23251 del 13 de septiembre de 2006, MP Álvaro Orlando Pérez Pinzón, donde la Corte Suprema de Justicia fija importantes reglas para determinar en qué eventos es admisible, para los efectos que consagra el ordenamiento procesal penal, lo expresado por las personas capturadas y en general, por los presuntos responsables de una conducta punible.)

No comparte entonces este Tribunal Nacional la apreciación de la defensa en el sentido de que el testimonio del investigado no constituye un medio de prueba (folio 292), y por el contrario le da plena validez, como también lo ha expresado el tribunal seccional de Nariño y Putumayo.

La mención a los elementos del proceso penal es simplemente una prueba más para comprobar la veracidad de los hechos, en ella se relatan nuevamente, se aceptan por ambas partes y se llega a una conciliación previo el compromiso y la demostración por parte del Dr. H.E.G.S. de su tratamiento psicoterapéutico, para lo que existe un documento firmado por el Propio psicólogo Dr. G.U.R.

En ningún momento son utilizados para establecer la sentencia o la magnitud de la sanción, eso corresponde a las autoridades Penales, y Civiles, pero no a los tribunales de Ética. Ya que una cosa es la responsabilidad penal (lesiones personales) y otra cosa es la responsabilidad Ética (relaciones con los colegas y con el Hospital).

Si bien es cierto que el Tribunal De Ética de Nariño y Putumayo no menciona algunas de las pruebas solicitadas por la defensa, y por lo tanto no las tiene en cuenta para los considerandos, no es menos cierto que son pruebas totalmente superfluas e innecesarias, y que no tienen ninguna relevancia en los hechos investigados. Dichas pruebas están conformadas por fotografías

del Hospital, fotografía de la habitación de los médicos, fotografía de un corredor del hospital, fotografía del servicio de urgencias, fotografías de los dos médicos implicados en este proceso, posando juntos, escritos de amor, carta de los padres de la quejosa, certificado de notas, y acta de grado del Dr. H.E.G.S.. Testimonio de testigos, empleados del hospital, relatando las buenas relaciones del Dr .H.E.G.S. con sus colegas y con los pacientes. Pruebas todas estas que a juicio del Tribunal Nacional lo único que hacen es desviar la atención del hecho en mención y tratar de probar la idoneidad profesional y la actitud de médico y colega del Dr. H.E.G.S., pero que no son procedentes en este proceso disciplinario ya que claramente, se trata de un hecho concreto y no de" calificar una hoja de vida"

Tampoco es de aceptación la intención de desviar el proceso hacia situaciones sentimentales o de relación de pareja, "Tormentosas y con altibajos "(sic) de aproximadamente 4 años de duración, como si esto autorizara los hechos de violencia sucedidos.

Rechaza enfáticamente este Tribunal Nacional de Ética Médica cualquier situación de Violencia, y fundamentalmente si se presenta entre dos médicos, con el agravante de que además ocurre dentro del recinto de un Hospital.

PETICIÓN DE NULIDAD

Porque la ampliación de la queja se hizo sin presencia del abogado defensor.

Esto no corresponde a lo archivado en el expediente dado que la ampliación de la queja fue el 27 septiembre 2012, la versión libre del acusado el 13 de Noviembre 2012, la primera formulación de cargos el día 13 de enero de 2013. Es claro que la secuencia de las mencionadas diligencias permitió al Dr. H.E.G.S. asistir en compañía de su abogado tanto a la audiencia de versión libre como a la posterior de descargos.

Mal haría el Tribunal de Ética de Nariño y Putumayo en citar al "Abogado del Acusado" cuando apenas se están recogiendo los elementos necesarios para establecer si hay méritos o no para formular un pliego de cargos en contra de alguna persona. Y precisamente estos son la queja y a juicio del tribunal la ampliación de la misma. Al igual que la versión libre rendida por el Dr. H.E.G.S.

Más aun el Tribunal Nacional de Ética Médica en sentencia del 29 de Octubre de 2013, "ampara el derecho del médico acusado al debido proceso" ordenando la nulidad de dos declaraciones testimoniales en las cuales se encuentran omisiones que constituyen causales de nulidad, y resuelve confirmar la decisión del Tribunal seccional de Nariño y putumayo, mediante la cual se decreta la nulidad del pliego de cargos aprobado en sala plena del 14 de Enero de 2013. Y agrega el tribunal Nacional: "como las irregularidades solo afectan dos pruebas testimoniales, se dejan como vigentes las demás pruebas recaudadas para las decisiones que se puedan tomar en el futuro" (Folio 244).Considerando estos elementos es que el día 17 de Febrero de 2014 se formula el pliego de cargos en contra del Dr. H.E.G.S., siguiendo el orden cronológico del debido proceso. Dentro de este nuevo pliego se incluyen la queja y la ampliación de la queja, que pueden ser objeto de descargos.

Por tanto considera este Tribunal Nacional de Ética Médica que el material probatorio es suficiente, adecuado, legalmente obtenido y por lo tanto legalmente válido. Y que no hay razón para poner en duda su veracidad, autenticidad o legalidad y que por el contrario, el tribunal de Nariño fue lo suficientemente diligente y en recolectar pruebas, algunas de ellas sin relevancia pero en aras de mantener el debido proceso.

Bastan las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Médica en uso de las atribuciones que le confiere la ley

RESUELVA

Artículo Primero - Confirmar el fallo de sala plena No. 286 del Tribunal Seccional de Nariño y Putumayo fechado el 28 de Julio de 2014, mediante el cual se decide NO DECRETAR LA NULIDAD del pliego de cargos aprobado en Sala plena No. 237 del 17 de Febrero de 2014 por las consideraciones expuestas en la presente sentencia. **Artículo Segundo** - No decretar LA REVOCATORIA al fallo proferido, por considerar que existen suficientes y conclusivos elementos probatorios. **Artículo Tercero** - Confirmar la sanción impuesta al Dr. H.E.G.S. con cédula de ciudadanía No. .....de ..... consistente en UN (1) MES DE SUSPENSIÓN EN EL EJERCICIO DE LA MEDICINA, por violación a los artículos 29 y 45 de la ley 23 de 1981. **Artículo Cuarto** - Devolver el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. **Artículo Quinto** - Contra esta providencia no existe recurso alguno. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. FERNANDO GUZMÁN MORA Magistrado- Presidente; FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ; Magistrado Ponente, FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaría.

Bogotá, marzo diecisiete (17) del año dos mil quince (2015)

SALA PLENA SESIÓN No. 1263 DEL DIECISITE (17) DE MARZO DEL AÑO DOS MIL QUINCE (2015).

REF: Proceso 4992-5577 (Acumulados) Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá
Denunciantes: Secretaria Distrital de Salud Superintendencia Nacional de Salud
Denunciado: Dr. L.g.s.m.

Magistrado Ponente: Dr. Francisco Javier Henao Perez
Providencia No. 17-2015

VISTOS:

La queja: Presuntas irregularidades en el acto anestésico dispensado en forma simultánea a dos pacientes quienes fallecen por suministro de medicamento equivocado. Posible violación al artículo 15 de la Ley 23 de 1981 en concordancia con el Articulo 9 del Decreto 3380/81.

Mediante oficio radicado en el Tribunal de Ética Médica de Bogotá el 27 de julio de 2010 la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD remitió la queja formulada ante dicha entidad por la señora S.M.H.R., quien denunció presuntas irregularidades en el acto anestésico dispensado por el doctor L.G.S.M. a la paciente L.M.R. DE H. (q.e.p.d.) durante una cirugía de catarata en el ojo izquierdo llevada a cabo en la UNIDAD DE ESPECIALISTAS OFTALMOLOGICOS el 26 de abril de 2010.

Por su parte, la SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD por medio de oficio radicado en el mismo Tribunal de Ética de Bogotá el 27 de junio de 2012 remitió copia de la investigación administrativa No. 417 de 2010, que se adelantó en contra de la UNIDAD DE ESPECIALISTAS OFTALMOLOGICOS S.A., por la cirugía de vitrectomia posterior, lensectomia,

fotocoagulación laser, implante de lente suturado a esclera e iridoplastia de ojo derecho, realizada al señor C.G.A.R. (q.e.p.d.) el 26 de abril de 2010 en la misma institución, cuyo acto anestésico también fue provisto por el doctor L.G.S.M.

Mediante providencia del 22 de octubre de 2014, el Tribunal Seccional de Bogotá declara que existen méritos para formular cargos al doctor L.G.S.M.

EI 10 de diciembre de 2014, el medico implicado asiste a diligencia de descargos y a través de su apoderado, presenta escrito de los mismos.

Mediante Providencia del 25 de febrero de 2015, el Tribunal Seccional de Bogotáconsidera que existen méritos para imponerle al doctor L.G.S.M. sanción disciplinaria superior a seis (6) meses.

El expediente es recibido en el tribunal Nacional de Ética médica el día 9 de Marzo de 2015 consta de 2 cuadernos de 48 y 151 folios y fue puesto a reparto el día 10 de Marzo y correspondió por sorteo al Magistrado Francisco Javier Henao Pérez, quien procede a resolver el recurso de acuerdo a los siguientes:

HECHOS

Corresponden a la señora L.M.R. DE H. de 65 años de edad y C.G.A.R. de 32 años de edad para la época de los hechos.

La señora de H., consulto en el mes de abril de 2010 al oftalmólogo M.Z.D. porque presentaba disminución de su agudeza visual. El examen clínico, determino la presencia de catarata en el ojo izquierdo, por lo cual, fue programada para cirugía de FACO más aplicación de lente Intraocular que debía realizarse el 26 de abril de 2010 previa valoración pre anestésica y firma del consentimiento informado.

Los exámenes pre quirúrgicos y el examen físico practicado el 21 de abril de 2010 no demostraban ninguna contraindicación para el procedimiento. La cirugía, se inició a las 7:40 horas del 26 de abril de 2010, y termino a las 8:05 horas, fue realizada por el Doctor M.Z.D., con anestesia suministrada por el Doctor L.G.S.M. Utilizándose para ella anestesia local controlada, inicialmente con lidocaína intracameral y Fentanyl de 150 microgramos

intravenosos, medicamento que fue colocado en la mesa del anestesiólogo por la auxiliar de farmacia.

Durante el transcurso de la cirugía no se presentaron complicaciones. La señora L.M., fue dada de alta a las 10 a.m. en vista de la buena evolución, no sin antes recomendarle que se comunicara telefónicamente si ocurriera alguna alteración en su salud.

Quedo escrito en ese momento, que se le había aplicado Perfluorocarbono a cambio de Fentanyl. Se le prescribio Vigadexa colirio oftálmico una gota cada 6 horas y acetaminofén por 500 miligramos, 1 tableta cada 6 horas. El doctor M.Z.D. le indicó que debía ser controlada .el día siguiente a las 9 a.m.

A las 11 a.m. se recibió en el centro oftalmológico una llamada telefónica de los familiares de la señora L.M. quienes informaron que presentaba dificultad respiratoria, por lo cual, se les dijo que debían traerla nuevamente en forma urgente. En esas circunstancias, la familia de la paciente decidió llamar una ambulancia que arribó en forma inmediata. El médico que la atendió la encontró aún con vida, pero instantes después hizo paro cardiorrespiratorio que no cedió maniobras de reanimación. Durante el resto del día 26 de abril de 2010, no recibieron ninguna información en la clínica. Al siguiente día, acudieron al consultorio del doctor M.Z.D. quien se mostró muy preocupado puesto que se había enterado de la muerte de su paciente L.M.; según el, la paciente no había presentado ninguna complicación intraoperatoria y no se explicaba el porque de su fallecimiento. En seguida los familiares se dirigieron a la unidad de especialistas oftahnológicos para indagar sobre lo que habia sucedido; el doctor Z. tambien llegó a ese sitio y fue a quien se Ie dijo que se habia aplicado el medicamento perfluorocarbono a cambio del Fentanyl y que posiblemente esa medicina Ie habia causado la muerte.

Se les explicó que el Perfluorocarbono era un gas que se utilizaba en cirugías de retina y que una vez se inyectaba en la sangre de una persona, el efecto era irreversible y además no se podía hacer nada por la vida de la paciente.

Los familiares de la señora L.M. se enteraron por los periodicos de que ese mismo día en circunstancias similares había fallecido otro paciente en la clínica Oftalmológica donde había sido atendida ella.

EI otro caso, es el del señor C.G.A.R de 32 años de edad, quien sufrio un trauma ocular en el ojo derecho el día 17 de abril de 2010 cuando jugaba Paint Ball. Fue evaluado por el oftalmólogo quien le solicito una ecografía del ojo comprometido, en la cual se podía observar una subluxacion del cristalino del ojo derecho, hemorragia vitrea y desprendimiento coroideo. La TAC de las orbitas mostro resultados similares y se le propuso efectuarle una Iensectornia, vitrectomia y lente suturado con abordaje posterior.

Se Ie solicito una cita urgente con el retinologo. EI diagnostico definitivo fue el de un trauma contundente en el ojo derecho con subluxación traumática del cristalino.

EI 21 de abril de 2010, se le efectu6 la valoración preanestesica y se firmó el consentimiento informado.

En la descripción quirúrgica, se anotó que se le realizo vitrectomia posterior más gas, lensectomia, fotocoagulacion con laser, implante de lente suturado a esclera e iridoplastia. La cirugía la realizo el doctor H.M.O. y la anestesia general el doctor L.G.S.M. Se le aplicó una inyección intraocular de 0,2 ml. de gas C3 F; el procedimiento quirúrgico tuvo una duración de 1 hora y 50 minutos. A las 11:15, es decir 40 minutos después de terminado el procedimiento quirúrgico, el paciente refirió molestias en el pecho, se observa desaturacion de oxígeno, por lo cual, se decidió el traslado a urgencias de la Clínica del Country, ingreso a las 13:01. Llegó en malas condiciones generales, con dificultad respiratoria, cianosis y alteración de la conciencia, deshidratado, taquicardico, la frecuencia cardiaca estaba en 140 por minuto, pulsoximetria 39%, mucosa oral seca, respiración paradójica. Se anotó que el paciente sufría una reacción al medicamento perfluorocarbono. Ante la presencia de una insuficiencia respiratoria aguda severa se decidió practicarle intubación orotraqueal, y se obtuvo abundante líquido espumoso proveniente de la vía aérea, se procedió a conectar a ventilación mecánica pero a pesar de esto continuo acentuándose la falla respiratoria. Se produjo bradicardia, se le aplico atropina, noradrenalina y vasopresina sin obtenerse resultados clínicos positivos y finalmente falleció

La médica toxicóloga de la CLINICA DEL COUNTRY informo que en ese momento había hecho una búsqueda inmediata y activa en varios portales médicos relacionados con intoxicación por perfluorocarbono sin lograr ninguna informacion valedera.

El doctor L.G.S.M. actuó en forma simultanea como anestesiólogo para los dos pacientes, tanto en la cirugía de la señora L.M.R.H. como en la de C.G.A.R. y a ambos pacientes les inyectó perfluorocarbono por vía intravenosa.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

Los lamentables hechos motivo de esta providencia, son el resultado de una serie de circunstancias y errores tanto administrativos como médicos, que se conjugan para llevar a un desenlace fatal de dos pacientes.

Las correspondientes investigaciones administrativas a la institución "Unidad de Especialistas Oftalmológicos", han llevado a la formulación de pliego de cargos por parte de La Dirección de Desarrollo y de servicios de salud de la secretaría distrital de salud de Bogotá, y siguen su curso en esta entidad.

Las partes involucradas a saber: Familiares del paciente C.G.A.R. y Cruz Blanca EPS, Servioftalmos S.A, Unidad de especialistas oftalmológicos S.A. y el Dr L.G.S.M. Han celebrado una audiencia de conciliación en la que, se indemniza por parte de estos últimos a la familia del paciente, las partes manifiestan su aceptación y el arreglo hace tránsito a cosa juzgada. (Folios 96 -100 cuaderno 2).

Corresponde entonces a este Tribunal Nacional dictaminar si hubo o no violación de la ley 23 de 1981 por parte del médico anestesiólogo Dr. L.G.S.M.

De acuerdo con el material probatorio, y su propio testimonio, el DR. L.G.S.M. , confundió el medicamento Fentanil con el Perfluorocarbono e inyecto este medicamento por vía intravenosa a los pacientes C.G.A.R. y L.M.R.H. lo que les ocasiono la muerte por falla respiratoria. De la misma manera está documentado que el Dr L.G.S.M. , intervino como anestesiólogo en los dos procedimientos simultáneamente.

No pueden ser de recibo explicaciones como la "confianza" que tiene el médico en sus auxiliares, para delegar una función tan importante y privativa del ejercicio profesional del Anestesiólogo, como es la identificación y aplicación de los medicamentos, propios de su actividad. Los auxiliares

por no ser médicos no tienen el conocimiento de la farmacología, farmacocinética, efectos secundarios, reacciones adversas o complicaciones del uso de los medicamentos. Es bien sabido que en la primera mitad del siglo XX la anestesia era administrada por personas no médicas bajo la dirección y el cuidado del mismo cirujano, hecho que hoy en día es totalmente inaceptable, y que precisamente por el avance en el conocimiento, la complejidad de los procedimientos quirúrgicos, de los actos anestésicos en sí mismos, y la necesidad del cuidado constante del paciente en una situación de máxima indefensión, el anestesista se trasformó en Anestesiólogo y la anestesia evolucionó a Anestesiología convirtiéndose entonces en una especialidad de la medicina y trayendo por supuesto obligaciones y responsabilidades mayores a quien se dedica a ella como profesional.

Tampoco es aceptable que un anestesiólogo, participe simultáneamente en dos procedimientos, contraviniendo en forma clara tanto el artículo 15 de la ley 23 de 1981, como las normas mínimas de seguridad en anestesiología, tal como está expresado en la sentencia del Tribunal de Ética Médica de Bogotá (folio 148 Cuaderno 2), prima en este caso en particular, la seguridad del paciente, al compañerismo y la amistad con otro colega.

Si bien es cierto que existen varios atenuantes: La idoneidad profesional del DR L.G.S.M. , la preocupación por sus pacientes, el reconocimiento del error médico y su sincero arrepentimiento, la ausencia de dolo, la ausencia de procesos disciplinarios anteriores, el deseo de ayudar a un colega, y las irregularidades en los procesos administrativos , y funciones del personal auxiliar de la institución, que no son responsabilidad del médico, no es menos cierto que esto no le resta magnitud a la falta ,que consiste en practicar dos actos anestésicos simultáneamente y en confundir dos medicamentos , la aplicación de uno de los cuales tuvo consecuencias fatales en dos pacientes. Igual merecería una sanción si el desenlace hubiera sido distinto. De todas maneras los atenuantes y la corresponsabilidad de los hechos por parte de la "Unidad de Especialistas Oftalmológicos" son tenidos en cuenta en el momento de aplicar la sanción, tal como lo dispone el Código Penal en su artículo 55, que dice:

> **"Artículo 55. Circunstancias de menor punibilidad.** Son circunstancias de menor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera:
>
> 1. La carencia de antecedentes penales.
> 2….

3…
4…
5. Procurar voluntariamente después de cometida la conducta, anular o disminuir sus consecuencias.
6. Reparar voluntariamente el daño ocasionado aunque no sea en forma total. Así mismo, si se ha procedido a indemnizar a las personas afectadas con el hecho punible.
7….”

Basten las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Médica en uso de las atribuciones que le confiere la ley

RESUELVA

Artículo Primero - Declarar que el Dr. L.G.S.M. identificado con cédula de ciudadanía ….. de …. y registro médico …. …, infringió el artículo 15 de la ley 23 de 1981, según las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.**Artículo Segundo** - Imponer al Dr L.G.S.M. una sanción consistente en Suspensión en el Ejercicio Profesional por el término de dos (02) años. **Artículo Tercero** - Contra la presente providencia proceden los recursos de reposición ante el Tribunal Nacional de Etica Medica y en subsidio de Apelación para ante el Ministerio de Salud y Protección Social. **Artículo Cuarto** - Compulsar copias del presente expediente a la Fiscalía General de la Nación. **Artículo Quinto** - Una vez en firme la presente providencia, comuníquese el contenido de esta decisión al Ministerio de Salud y Protección Social, a los Tribunales de Etica Médica y a la Federación Médica Colombiana para que sea fijada en lugares visibles de conformidad con lo establecido en el artículo 53 del decreto 3380 de 1981. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ, Presidente -Magistrado Ponente; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado; GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaría.

Bogotá, noviembre once (11) del año dos mil catorce (2014).

SALA PLENA SESIÓN No. 1249 DEL ONCE (11) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL CATORCE (2014)

REF: Proceso Nº 1888 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia
Denunciante: Señora L.V.J.
Contra: Dr. H.F.B.A.

Magistrado Ponente: Dr. Francisco Javier Henao Pérez
Providencia No. 102-2014

VISTOS

Queja recibida en el Tribunal Seccional de Ética médica de Antioquia el día 7 de febrero de 2011 enviada por el fiscal 127 seccional de la fiscalía de Guarne, Antioquia por el presunto delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir en la que figura como indiciado el Médico Dr. H.F.B.A. identificado con la cédula … de …

Mediante providencia del 30 de julio de 2014 el Tribunal Seccional declara que existe mérito para formular pliego de cargos al Doctor H.F.B.A.

Diligencia de Descargos rendida por el médico Dr. H.F.B.A. el día 27 de agosto de 2014

Mediante Providencia del 17 de septiembre de 2014 el Tribunal seccional de Ética médica de Antioquia, con un Salvamento de voto, resuelve que la sanción a imponer debe ser superior a seis meses por lo que remiten a este Tribunal Nacional.

El expediente consta de 04 cuadernos de 185, 15,6 y 3 folios respectivamente, y es recibido por el Tribunal Nacional de Ética médica el día 21 de

Octubre de 2014, correspondiendo por sorteo, en sesión de sala plena del 28 de Octubre de 2014 al Magistrado Francisco Javier Henao Pérez.

HECHOS

La queja Presentada por la paciente L.V.J. el día 20 de Noviembre de 2010 a las 14:00 horas. Ante el Departamento de Policía de Antioquia ubicado en Guarne. (Folios 5 a 10)

Yo fui al centro médico santa Ana, a una cita médica que tenía a las 09:00 horas de la mañana, porque tenía un fuerte dolor cabeza, cuando llegué al centro médico me atendió la secretaria miró el libro de las citas y me dijo que subiera al consultorio numero dos (2) yo subí, me llama el médico y (sic) ingrese al consultorio, el médico me preguntó que cual era el motivo de la consulta yo le dije por una crisis de migraña y sinusitis, me pregunto que si padecía de otra cosa, le dije que de anemia el miro la historia clínica y vio unas ecografías donde se observa el retiro de un dispositivo de planificación, y me preguntó que si yo había tomado tratamiento para la infección de la vejiga, yo le dije que no, luego me dijo que pasara a la camilla para revisarme, me revisó los oídos, el corazón, el pulso, la presión y luego me dijo que me acostara empezó a revisarme el abdomen, y en determinadas partes yo le dacia (sic) que me dolía, luego me dijo que me desabrochara el pantalón y me bajara un poquito y siguió revisando el abdomen luego me pregunto que cuando tenía relaciones sexuales me dolía yo le dije que sí, luego me dijo que me quitara toda la ropa yo solo me quite el jean y los interiores, me deje puesto los braceeles (sic) y la camisilla de resto estaba desnuda, el cero (sic) la camilla con unas cortinas y el consultorio, luego me dijo que me acostara que me iba hacer un tacto. Se puso los guantes y me introdujo los dedos yo le dije que me estaba doliendo lo que él me estaba haciendo, me dijo que le iba aplicar lubricante para que no me doliera, luego introdujo de nuevo los dedos y empezó a tocarme el clítoris yo le dije que me dolía y él me dijo que eso era psicológico y que me relajara, el me preguntó que como me excitaba más, luego subió la pierna en las escaleras para uno montarse a la camilla y me cogió una mano y me la puso en la pierna del para que lo apretara cuando me doliera.

Yo le dije que me sentía muy rara haciendo eso y que lo que él hacía era normal,(sic) cada vez acercaba más mi mano al pene del y me decía que si

eso me hacía sentir excitada porque el necesitaba que yo lubricara, que si así no lo conseguía que me masturbara yo misma o que si las caricias me ayudaban en peso(sic) a tocarme los senos por encima de la blusa, yo le dije que yo misma no era capaz de masturbarme porque me lastimaba con las uñas, el empezó a masturbarme y me preguntaba que como me gustaba si suave o duro •yo le dije que eso a mí me dolía y me respondió que me dolía era porque yo no lubricaba, luego se bajó los pantalones y los bóxer me cogió la mano para que le tocara el pene él estaba todo mojado, yo me iba a bajar de la camilla y él me dijo que no que espera un momentico me cogió las piernas y me puso al borde de la camilla y me preguntó que si el pene del era más grande que el de mi ex compañero, el me explicó que los hombres que tiene el pene más grande lastiman la vagina de las mujeres, yo le dije que el pene del era más grande, él me dijo que iba a introducir el pene y que a si se daba cuenta en que parte era el dolor yo le dije que eso no era necesario, me pregunto que si queríamos seguíamos o parábamos o que si estaba incomoda yo le dije que parara que no quería seguir con eso él se desarrolló dentro de mí, luego se retiró a vestir y me dio unas servilletas para que me limpiara yo me vestí me senté en el consultorio y el me dio la formula médica y me dijo que pidiera otra cita para dentro de ocho días con él para una revisión para mirar la infección. Me dio la mano y se despidió de beso en la mejilla, yo me fui para mi casa y Llame a mi prima M.C.J., ubicada en el teléfono …, le conté lo que me había pasado y salimos a poner el denuncio a la sijin, el médico que me atendió era de contextura gruesa, de piel blanca, cabello castaño, si lo vuelvo a ver lo reconozco, en las ocasiones que yo he ido consulta nunca el me había atendido ni mucho menos me había pasado Una de esas cosas.

Esta queja coincide prácticamente en su totalidad con otras cuatro declaraciones realizadas el 24 de Noviembre de 2010 ante la fiscalía de Guarne, y tres declaraciones ante el tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia con fechas Abril 29 de 2011, Abril 10 de 2014 y Julio 3 de 2014, con mínimas variaciones en detalles poco importantes para los hechos.

Versión del Dr. H.F.B.A.

Igualmente, en cuanto a los hechos, son muy similares las versiones realizadas ante la fiscalía de Guarne con presentación voluntaria, el día 30 de Noviembre de 2010, y a las del 29 de junio de 2011, 20 de junio de 2014, y 27 de agosto de 2014 ante el Tribunal seccional de Ética Médica de Antioquia. Y se resumen así:

"Siendo aproximadamente las 9:00 a.m. yo había atendido aproximadamente 3 paciente previos a la Sra. L., salí a la puerta del consultorio en la sala de espera habían varios pacientes, llame a la paciente L., ella estaba ahí y se levantó y entro conmigo al consultorio, en la puerta del consultorio la salude como saludo a todos mis pacientes, de mano, y le pedí que se sentara en la silla de frente del médico y yo me senté en la silla del lado opuesto, una vez se sentó en la silla del escritorio hice una revisión rápida de la historia clínica y de la notas de historia clínica que había con anterioridad, comencé con la historia clínica con los datos personales, estado Civil ,me comento que era separada que tenía un hijo, comencé a indagar acerca del motivo de consulta y me expreso que tenía varias consultas previas tanto en el Hospital de Guarne, tanto que había estado la noche anterior, por cefaleas repetitivas, pero que en esas consultas no se le había dado resolutividad al motivo de la consulta y que también había estado en la Clínica Somer de Rionegro, llevaba varios días con la cefalea y que inclusive le habían puesto unos medicamentos en el Hospital de Guarne pero que no había sentido mejoría, ya una vez le hice la revisión por sistema, le pregunte que si sentía algo digestivo, ella me manifestó que no, le dije que pasara a la camilla, inclusive en ese consultorio tenía una cortina que separa los espacios físicos, espacio de anamnesis y el espacio de examen físico, la cortina estaba cerrada y sujeta con una cuerdita a la pared, le dije que pasara a la camilla para examinarla, comencé con la rutina normal, a tomarle los signos vitales, presión arterial, frecuencia cardiaca, respiratoria, temperatura, los signos vitales estaban normales, empecé a examinarla en sentido cefalocaudal, cuando examine la parte de la cabeza, cuello, faringe, encontré algo de dolor a nivel de senos paranasales y a nivel de senos frontales, en orofaringe un escurrido escaso, continué en tórax e hice auscultación y se encontró normal, todo esto se hizo estando la paciente sentada en la camilla, después le indique que iba evaluar el área abdominal, que se acostara boca arriba y que descubriera su abdomen, realice la auscultación abdominal y luego hice palpación abdominal a lo que me llamo la atención cuando encontré dolor a la palpación en hipogastrio y a nivel de fosas iliacas, en ese momento le pregunte que si esos dolores estaban relacionados con las menstruaciones 0 con las relaciones sexuales, que si de pronto presentaba dispareunias, y le indique que probablemente la causa del dolor era posiblemente una enfermedad pélvico (sic) inflamatoria, cuando estoy haciendo la evaluación abdominal y le hago el comentario la Sra. L. me comenta "algo así le habían dicho en el hospital local", le indique entonces en su momento que para poder hacer un diagnóstico más

exacto y claro tendríamos que hacer un tacto vaginal, a lo cual ella accedió y no opuso ninguna objeción, en ese momento, inclusive me dijo, que bueno que al menos que así se podía saber que era lo que le estaba pasando, en ese momento le dije que debía retirarse el pantalón y la ropa interior, para lo cual ella quedo en el espacio donde está la camilla, yo me retire del espacio de la camilla, solté la cortina y separe los espacios, me senté en la silla del escritorio médico, le comente que me avisara una vez estuviera lista, ella a los minuticos me contestó y me dijo que estaba lista, ingrese nuevamente al espacio donde está la camilla, la señora estaba acostada en la camilla boca arriba, le dije que me iba a colocar un guante para hacerle el tacto vaginal, fui a examinarla y le dije que levantara las rodillas, y en el momento que iba a realizar el tacto vaginal me llamo mucho la atención que había algo de eritema vulvar y resequedad, cuando iba a intentar a realizar el procedimiento la señora me refería que sentía muchísimo dolor y que posiblemente esa había sido la causa de su separación, porque siempre mantenía dolor con las relaciones sexuales y mantenía dolor en la zona pélvica, le dije que iba a humectar el guante con agua del grifo, cuando me acerque igual sentía dolor, eso me refería, y tome vaselina de los insumos del consultorio y procedí a realizarle el tacto a la señora, en ese momento debido a que la señora manifestaba aun dolor, me dijo que habría otra posibilidad de que pudiera ser más fácil el tacto vaginal y que ella misma podría estimular sus genitales para tener Lubricación, en ese momento yo tenía mi pierna izquierda sobre la escala de dos pasos que es para subir a la camilla y ella llevó su mano derecha a mi muslo izquierdo, cuando sentí que ella me hizo varios apretones yo baje la pierna, ella se estaba estimulando sus genitales y en ese momento llevó nuevamente su mano derecha hacia mi muslo y comenzó ascender hasta mis genitales, después de unos segundos ella había tenido una Lubricación de sus genitales, pude realizar el tacto vaginal y me comentó que el dolor de la parte externa de los genitales había desaparecido pero en la zona pélvica por dentro todavía sentía dolor, mientras que hacia eso ella me abrió el pantalón, sujeto y comenzó a acariciarme el pene, cuando terminé el tacto le dije que había encontrado dolor a la palpación de los anexos y a la movilización del cérvix y que eso era compatible con una enfermedad pélvica inflamatoria, yo me separe un poco de la camilla me retire el guante y lo bote, regrese a la camilla y le dije que le iba ayudar a que se sentara y en ese momento cuando me iba alejar, ella me acercó hacia ella y en ese momento sostuvimos una relación sexual, esa relación fue de poca duración, ella inclusive cuando estaba acostada y se sentó en el borde de la camilla y ahí fue donde me halo hacia

ella y sostuvimos esa relación, luego me retire, le dije que se organizara, inclusive le pase unos papeles de manos que había en el consultorio, ella se aseo, se vistió, yo también me termine de vestir, abrí nuevamente la cortina, ella luego se sentó en la misma silla cuando ingreso al consultorio y yo en la silla del escritorio, comencé a terminar la historia clínica, le pregunte que como se sentía y me dijo que sentía bien, le explique los hallazgos del tacto vaginal, y le comente que los(sic) más probable tenía una sinusitis también y que además le había encontrado una enfermedad pélvica inflamatoria, ella estuvo sentada escuchando todo lo que yo le explicaba, le formule Ciprofloxacino de 500mg, 14 tabletas, Loratadina de 10mg, 10 tabletas e Ibuprofeno de 400mg, 10 tabletas. Le comente que le iba a ordenar una serie de exámenes de laboratorio para profundizar en el motivo de la consulta ordene hemograma, colesterol, triglicéridos y glicemia, en ese momento que ella me comento que a pesar de que había estado en el Hospital la noche anterior no le habían generado una incapacidad, le genere la incapacidad, le dije que tenía que volver a una revisión a los 8 días con los exámenes de laboratorio, en el momento que le estaba realizando la explicación recuerdo que ingreso al consultorio la enfermera G.H., entre a dejar unas cosas personales, porque en el consultorio había como un closet y a sacar una papelería, en ningún momento la puerta del consultorio estuvo con seguro, luego de que la enfermera salió le entregue a la señora L. la formula, la orden de los exámenes y la incapacidad, nos pusimos de pie y nos despedimos de la mano y nos dimos un beso en la mejilla ella se dirigió a la puerta del consultorio y yo salí detrás a llamar al próximo paciente".

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

Tanto las versiones de la quejosa Señora L.V.J.

Como las del acusado Dr. H.F.B.A., coinciden perfectamente en cuanto a tiempo y lugar de los hechos a saber:

a) Hubo una consulta médica por parte de la señora L., al centro médico santa Ana el día 19 de Noviembre de 2010.
b) La paciente fue atendida hacia las 9 am por el médico H.F.B.A. Es decir se estableció una relación médico paciente.
c) La paciente consultaba por una fuerte cefalea.
d) Durante el curso del interrogatorio médico y del examen físico se

estableció la presencia de dolor pélvico bilateral y eritema de la vulva, por lo que el médico decidió practicar un tacto vaginal.
e) El tacto vaginal fue muy doloroso por lo que se requirió lubricación externa con vaselina, que tampoco dio resultado, y entonces se recurrió a obtener una lubricación mediante excitación sexual de la paciente, terminando en poder realizar el examen ginecológico y luego en un coito entre el médico y la paciente en la mesa de examen del consultorio.
f) Posteriormente el médico y la paciente regresaron a la oficina, la paciente fue formulada, y se despidieron de mano y de beso en la mejilla.

En lo que no coinciden las versiones de la señora L.V.J. y del Médico H.F.B.A., es en las circunstancias de modo, es decir en la forma como se llegó a la realización de una relación sexual en el consultorio.

La quejosa sostiene que para lograr una adecuada lubricación con el fin de poder realizar el examen ginecológico sin dolor, él doctor le dijo que debía excitarse sexualmente, y comenzó a tocarle el clítoris, y acariciarle los senos y luego le dijo que se masturbara aunque ella insistía que eso le parecía muy extraño, para finalmente introducir su pene en la vagina," para evaluar mejor en donde era el dolor".

Mientras que el Médico afirma que fue la paciente la que sugirió la idea de que al masturbarse podría obtener una lubricación adecuada de sus genitales y al realizarlo simultáneamente le apretaba el muslo, con lo que él se dio cuenta que estaba lubricada y pudo realizar el tacto, mientras ella le acariciaba el pene. Cuando el termino de examinarla, ella lo atrajo hacia si y tuvieron la relación.

Está entonces suficientemente probado tanto por la queja de la señora L. V.J. como de sus posteriores declaraciones, y por la confesión del Médico H.F.B.A., manifestada igualmente de forma voluntaria y posteriormente ante el Tribunal Regional de Ética de Antioquia, obtenidas con todas las garantías del debido proceso, que efectivamente tuvieron una relación sexual en un consultorio del Centro Médico Santa Ana del municipio de Guarne, durante el curso de una consulta médica, es decir de un acto médico o de una relación Médico Paciente.

Es necesario recordar que en su Declaración de principios Capitulo primero, artículo primero, Numeral 1 La ley 23 de 1981 o Ley de Ética médica, dice textualmente:

"La medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distingos de nacionalidad, ni de orden económico-social, racial, político y religioso. El respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual. Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes."

Y más adelante en el numeral 4 del mismo artículo dice: "La relación médico-paciente es elemento primordial en la práctica médica. Para que dicha relación tenga pleno éxito debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico, el cual impone la más estricta reserva profesional."

En el Libro Derecho Médico Colombiano- Responsabilidad Ética Médica Disciplinaria de Fernando Guzmán Mora, Eduardo Franco Delgadillo y Edgar Saavedra Rojas Que trata de Delitos sexuales en el acto médico, y que interpreta muy claramente el espíritu de la ley 23 de 1981 dice:

"Una de las situaciones más delicadas y denigrantes para la profesión médica es la producida cuando un profesional, abusando de su posición de autoridad y dominación sobre un paciente, resquebraja la confianza del mismo y manipula su cuerpo y su mente para obtener alguna forma de acercamiento sexual con quien se encuentra en franca posición de desventaja frente a su agresor, en este caso un médico delincuente. Porque no solamente se trasgrede la barrera del pudor, sino que se irrumpe en lo más sagrado de una persona; su intimidad."

Comparte por lo tanto este Tribunal Nacional la conclusión del Tribunal seccional de Ética Médica de Antioquia, que no era necesario demostrar si la relación sexual había sido consentida, puesto que la sola ocurrencia de ella l en las circunstancias previamente descritas constituye un falta contra la Ética Médica, y que aún si la paciente hubiera aceptado, este consentimiento no tiene carácter exculpatorio para el Dr. H.F.B.A.

Más aún el Código penal Colombiano (ley 599 de 2000) en su artículo 211, en relación a los delitos sexuales considera que: Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores.

Se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando: "El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza".

También comparte plenamente esta Superioridad la afirmación del Tribunal seccional de Antioquia " Las pruebas que pueda tener o valorar la Fiscalía tienen plena justificación dentro del ámbito de la responsabilidad penal, pero no en el presente proceso disciplinario ético profesional, en el que tal como lo reconocen el encartado y su defensor se trata de hechos confesos.

Alega también el abogado defensor que sobre las pruebas que se practicaron durante el proceso: "hay poca cantidad de las mismas". Al respecto dice el artículo 74 de la ley 23 de 1981: "En todo caso deberá presentarse por lo menos, una prueba sumaria del acto que se considere reñido con la Ética Médica." De manera que una sola prueba bastaría para iniciar el proceso, y si esta tiene, como en el caso presente, el carácter de confesión, sería suficiente.

El artículo 293. Del código de procedimiento penal (ley 906 de 2004) Procedimiento en caso de aceptación de la imputación. Modificado por el artículo 69 de la Ley 1453 de junio 24 de 2011. Señala:" Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación.

Por lo tanto se desvirtúa el argumento de que "hay poca cantidad de Pruebas".

Se alega en la diligencia de descargos que "el pliego de cargos tiene la falencia de no haber advertido cual era la sanción a estos cargos".

Si se mira el capítulo II de la ley 23 de 1981 que trata del proceso disciplinario ético profesional existen unas etapas que contemplan el recibo y estudio de una queja, la decisión de instaurar o no un pliego de cargos en contra de acusado, el acopio de pruebas, y finalmente en una sesión de la sala plena, decidir si el acusado es culpable o no de INFRINGIR LA LEY 23 de 1981 DE ÉTICA MÉDICA, en caso de encontrarlo culpable, en ese momento, y no antes el Tribunal califica la falta y establece la sanción.

Es por esto que dar a conocer la posible sanción a imponer en el momento de la formulación de cargos, implicaría un prejuzgamiento, lo que atenta

contra el derecho a la defensa del investigado, quien para esta etapa del proceso, aún tiene la posibilidad de rendir sus descargos y demostrar que no infringió la ley citada., por lo tanto la certeza de si el profesional vulneró la ley de Ética Médica solo se obtiene después de que el Médico haya rendido sus descargos.

La confesión en medioevo y durante la vigencia de los Tribunales de la inquisición fue considerada la prueba reina porque era imposible dictar sentencia condenatoria sin que previamente el procesado hubiera confesado su delito.

Lo anterior le viene de una absurda simbiosis entre el dogma católico el proceso penal porque en el primero como sacramento constituye un elemento esencial para obtener el perdón de la divinidad, de allí que se pensó que para poder condenar era indispensable que el procesado confesara, razón que llevó a la creación de los más disparatados instrumentos de tortura para obtener que los procesados confesaran.

Toda esa etapa histórica fue superada y hoy con la sola confesión no se puede emitir sentencia condenatoria porque existe evidencia histórica muy frecuente de que son muchas las personas que están dispuestas a confesar delitos cometidos por otras, para liberarlas de una posible responsabilidad penal. En tales circunstancias es imposible condenar con la sola confesión.

Pero lo anterior no es el caso, porque la confesión del médico está corroborada no solamente por el testimonio acusador de la paciente sino por el hecho demostrado de haber estado en el consultorio y haberse establecido esa relación médico-paciente.

En el sistema procesal colombiano existe la libertad probatoria y todas las pruebas sirven para probar los hechos del proceso, y no es indispensable que exista mucha prueba, lo que se exige es que haya prueba suficiente de la autoria y de la responsabilidad y en este caso los medios de convicción existentes son suficientes para establecer tanto la autoria como la responsabilidad.

El allanamiento a cargos es una institución procesal propia del sistema acusatorio, ley 906 de 2004, que si bien esta corporación ha considerado que debe servir para llenar los vacíos procesales de la ley 23 de 1981,

también ha advertido, que sólo se podrá hacer la remisión cuando la institución sea factible de ser aplicada en el procedimiento disciplinario porque al tratarse de dos formas de procedimiento diferentes, uno escrito, de tendencia inquisitiva en la Ley 23; y otro oral de tendencia acusatoria en la ley 906, si esto establece diferencias estructurales que impiden que determinadas instituciones puedan ser aplicadas a sistemas procesales como el de la ley 23.

En estas condiciones es imposible que se pretenda aplicar la institución de allanamiento a cargos a un procedimiento de naturaleza perfectamente diferente.

La confesión es el reconocimiento que el autor de una conducta que tiene reproche penal hace de su autoría, esta confesión puede ser de dos formas: pura y simple y calificada.

Será pura y simple cuando reconoce los hechos sin buscar exención ni atenuación de la responsabilidad; por el contrario la confesión será calificada cuando reconoce la autoría del hecho reprochable pero introduce causales justificantes que lo eximen de responsabilidad o causales diminuentes de la punibilidad.

En este caso concreto, es claro que el disciplinado hizo una confesión calificada porque al reconocer que se trataba de una relación sexual consentida por la paciente consideró en su interioridad que eso lo eximiría de cualquier responsabilidad disciplinaria.

Se trata de una concepción errada porque si bien es cierto en materia penal el consentimiento de la otra persona exime de responsabilidad al autor, no sucede así en el ámbito disciplinario médico, porque el consultorio es un lugar sagrado y el médico se encuentra en una situación de predominio y superioridad del paciente, razones por las cuales pese al posible consentimiento de la víctima, en ese caso concreto debe deducirse la condigna responsabilidad para el disciplinado.

Basten las consideraciones precedentes para que el Tribunal Nacional de Ética médica, en uso de las atribuciones legales que le confiere la ley

RESUELVA

Artículo Primero - Imponer al Dr. H.F.B.A. identificado con la cédula … de ..., una sanción de suspensión en ejercicio de la Profesión Médica por un período de cinco (5) años como responsable de la infracción de los artículos 1,2 y 9 de la ley 23 de 1981 **Artículo Segundo** - Contra la presente providencia proceden los recursos de reposición ante el Tribunal Nacional de Ética Médica y en subsidio de Apelación para ante el Ministerio de Salud y Protección Social. **Artículo Tercero** - Una vez en firme la presente providencia, comuníquese el contenido de esta decisión al Ministerio de Salud y Protección Social, a los Tribunales de Ética Médica y a la Federación Médica Colombiana para que sea fijada en lugares visibles de conformidad con lo establecido en el artículo 53 del decreto 3380 de 1981. **Artículo Cuarto** - Compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado- Presidente; FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ, Magistrado Ponente; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaría.

Bogotá, Febrero diez (10) del año dos mil quince (2015)

SALA PLENA SESIÓN No. 1258 DEL DIEZ (10) DE FEBRERO DEL AÑO DOS MIL QUINCE (2015)

REF: Proceso Nº 1888 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia
Denunciante: Señora L.V.J.
Contra el Dr. H.F.B.A..

Magistrado Ponente: Dr. Francisco Javier Henao Pérez
Providencia No.08-2015

VISTOS

Queja recibida en el Tribunal Seccional de Ética médica de Antioquia el día 7 de febrero de 2011 enviada por el fiscal 127 seccional de la fiscalía de Guarne, Antioquia por el presunto delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir en la que figura como indiciado el Médico Dr. H.F.B.A. identificado con la cédula … de …

Mediante providencia del 30 de julio de 2014 el Tribunal Seccional declara que existe mérito para formular pliego de cargos al Doctor H.F.B.A..

Diligencia de descargos rendida por el médico Dr. H.F.B.A. el día 27 de agosto de 2014

Mediante providencia del 17 de septiembre de 2014 el Tribunal seccional de Ética médica de Antioquia, con un salvamento de voto, resuelve que la sanción a imponer debe ser superior a seis meses por lo que remiten a este Tribunal Nacional.

En sesión de Sala plena Nº 1249 del 11 de noviembre de 2014 el Tribunal Nacional de Ética Médica resuelve:

"**ARTÍCULO PRIMERO:** Imponer al Dr. H.F.B.A. identificado con la cédula … de .., una sanción de suspensión en ejercicio de la profesión Médica por un período de cinco (5) años como responsable de la infracción de los artículos 1,2 y 9 de la ley 23 de 1981"

Con fecha 19 de enero de 2015, dentro de los límites establecidos por la ley, el Abogado, OSCAR IGNACIO CASTAÑO CORREA representante del Dr. H.F.B.A. interpone los recursos de reposición y subsidiario de apelación.

HECHOS

La queja presentada por la paciente L.V.J. el día 20 de Noviembre de 2010 a las 14:00 horas. Ante el Departamento de Policía de Antioquia ubicado en Guarne. (Folios 5 a 10)

Yo fui al centro médico Santa Ana, a una cita médica que tenía a las 09:00 horas de la mañana, porque tenía un fuerte dolor cabeza, cuando llegué al centro médico me atendió la secretaria miró el libro de las citas y me dijo que subiera al consultorio número dos(2) yo subí, me llama el médico y (sic) ingrese al consultorio, el médico me preguntó que cual era el motivo de la consulta yo le dije por una crisis de migraña y sinusitis, me pregunto que si padecía de otra cosa, le dije que de anemia el miró la historia clínica y vio unas ecografías donde se observa el retiro de un dispositivo de planificación, y me preguntó que si yo había tomado tratamiento para la infección de la vejiga, yo le dije que no, luego me dijo que pasara a la camilla para revisarme, me revisó los oídos, el corazón, el pulso, la presión y luego me dijo que me acostara empezó a revisarme el abdomen, y en determinadas partes yo le dacia (sic) que me dolía, luego me dijo que me desabrochara el pantalón y me bajara un poquito y siguió revisando el abdomen luego me preguntó que cuando tenía relaciones sexuales me dolía yo le dije que sí, luego me dijo que me quitara toda la ropa yo solo me quite el jean y los interiores, me deje puesto los braceeles (sic) y la camisilla de resto estaba desnuda, el cero(sic) la camilla con unas cortinas y el consultorio, luego me dijo que me acostara que me iba hacer un tacto. Se puso los guantes y me introdujo los dedos yo le dije que me estaba doliendo lo que él me estaba haciendo, me dijo que le iba aplicar lubricante para que no me doliera, luego introdujo .de nuevo los dedos y empezó a tocarme el clítoris yo le dije que me dolía y él me dijo que eso era psicológico y que me relajara, el me pregunto que como me excitaba más, luego

subió la pierna en las escaleras para uno montarse a la camilla y me cogió una mano y me la puso en la pierna del para que lo apretara cuando me doliera.

Yo le dije que me sentía muy rara haciendo eso y que lo que él hacía era normal,(sic) cada vez acercaba más mi mano al pene del y me decía que si eso me hacía sentir excitada porque el necesitaba que yo lubricara, que si así no lo conseguía que me masturbara yo misma o que si las caricias me ayudaban en peso(sic) a tocarme los senos por encima de la blusa, yo le dije que yo misma no era capaz de masturbarme porque me lastimaba con las uñas, el empezó a masturbarme y me preguntaba que como me gustaba si suave o duro •yo le dije que eso a mí me dolía y me respondió que me dolía era porque yo no lubricaba, luego se bajó los pantalones y los bóxer me cogió la mano para que le tocara el pene él estaba todo mojado, yo me iba a bajar de la camilla y él me dijo que no que espera un momentico me cogió las piernas y me puso al borde de la camilla y me preguntó que si el pene del era más grande que el de mi ex compañero, el me explico que los hombres que tiene el pene más grande las timan la vagina de las mujeres, yo le dije que el pene del era más grande, él me dijo que iba a introducir el pene y que a si se daba cuenta en que parte era el dolor yo le dije que eso no era necesario, me preguntó que si queríamos seguíamos o parábamos o que si estaba incomoda yo le dije que parara que no quería seguir con eso él se desarrolló dentro de mí, luego se retiró a vestir y me dio unas servilletas para que me limpiara yo me vestí me senté en el consultorio y el me dio la formula médica y me dijo que pidiera otra cita para dentro de ocho días con él para una revisión para mirar la infección. Me dio la mano y se despidió de beso en la mejilla, yo me fui para mi casa y Llame a mi prima M.C.J., ubicada en el teléfono .., le conté lo que me había pasado y salimos a poner el denuncio a la Sijin, el médico que me atendió era de contextura gruesa, de piel blanca, cabello castaño, si lo vuelvo a ver lo reconozco, en las ocasiones que yo he ido consulta nunca el me había atendido ni mucho menos me había pasado una de esas cosas.

Versión del Dr. H.F.B.A.

Igualmente, en cuanto a los hechos, son muy similares las versiones realizadas ante la Fiscalía de Guarne con presentación voluntaria, el día 30 de noviembre de 2010, y a las del 29 de junio de 2011, 20 de junio de 2014, y 27 de agosto de 2014 ante el Tribunal seccional de Ética Médica de Antioquia. Y se resumen así:

"Siendo aproximadamente las 9:00 a.m. yo había atendido aproximadamente 3 paciente previos a la Sra. L., salí a la puerta del consultorio en la sala de espera habían varios pacientes, llame a la paciente L., ella estaba ahí y se levantó y entró conmigo al consultorio, en la puerta del consultorio la saludé como saludo a todos mis pacientes, de mano, y le pedí que se sentara en la silla de frente del médico y yo me senté en la silla del lado opuesto, una vez se sentó en la silla del escritorio hice una revisión rápida de la historia clínica y de la notas de historia clínica que había con anterioridad, comencé con la historia clínica con los datos personales, estado civil, me comentó que era separada que tenía un hijo, comencé a indagar acerca del motivo de consulta y me expresó que tenía varias consultas previas tanto en el Hospital de Guarne, tanto que había estado la noche anterior, por cefaleas repetitivas, pero que en esas consultas no se le había dado resolutividad al motivo de la consulta y que también había estado en la Clínica Somer de Rionegro, llevaba varios días con la cefalea y que inclusive le habían puesto unos medicamentos en el Hospital de Guarne pero que no había sentido mejoría, ya una vez le hice la revisión por sistema, le pregunté que si sentía algo digestivo, ella me manifestó que no, le dije que pasara a la camilla, inclusive en ese consultorio tenía una cortina que separa los espacios físicos, espacio de anamnesis y el espacio de examen físico, la cortina estaba cerrada y sujeta con una cuerdita a la pared, le dije que pasara a la camilla para examinarla, comencé con la rutina normal, a tomarle los signos vitales, presión arterial, frecuencia cardiaca, respiratoria, temperatura, los signos vitales estaban normales, empecé a examinarla en sentido cefalocaudal, cuando examiné la parte de la cabeza, cuello, faringe, encontré algo de dolor a nivel de senos paranasales y a nivel de senos frontales, en orofaringe un escurrido escaso, continué en tórax e hice auscultación y se encontró normal, todo esto se hizo estando la paciente sentada en la camilla, después le indiqué que iba evaluar el área abdominal, que se acostara boca arriba y que descubriera su abdomen, realicé la auscultación abdominal y luego hice palpación abdominal a lo que me llamó la atención cuando encontré dolor a la palpación en hipogastrio y a nivel de fosas iliacas, en ese momento le pregunté que si esos dolores estaban relacionados con las menstruaciones o con las relaciones sexuales, que si de pronto presentaba dispareunias, y le indiqué que probablemente la causa del dolor era posiblemente una enfermedad pélvico (sic) inflamatoria, cuando estoy haciendo la evaluación abdominal y le hago el comentario la Sra. L. me comenta "algo así le habían dicho en el hospital local", le indique entonces en su momento que para poder hacer un diagnóstico más

exacto y claro tendríamos que hacer un tacto vaginal, a lo cual ella accedió y no opuso ninguna objeción, en ese momento, inclusive me dijo, que bueno que al menos que así se podía saber que era lo que le estaba pasando, en ese momento le dije que debía retirarse el pantalón y la ropa interior, para lo cual ella quedó en el espacio donde está la camilla, yo me retiré del espacio de la camilla, solté la cortina y separe los espacios, me senté en la silla del escritorio médico, le comenté que me avisara una vez estuviera lista, ella a los minuticos me contestó y me dijo que estaba lista, ingresé nuevamente al espacio donde está la camilla, la señora estaba acostada en la camilla boca arriba, le dije que me iba a colocar un guante para hacerle el tacto vaginal, fui a examinarla y le dije que levantara las rodillas, y en el momento que iba a realizar el tacto vaginal me llamó mucho la atención que había algo de eritema vulvar y resequedad, cuando iba a intentar a realizar el procedimiento la señora me refería que sentía muchísimo dolor y que posiblemente esa había sido la causa de su separación, porque siempre mantenía dolor con las relaciones sexuales y mantenía dolor en la zona pélvica, le dije que iba a humectar el guante con agua del grifo, cuando me acerqué igual sentía dolor, eso me refería, y tomé vaselina de los insumos del consultorio y procedí a realizarle el tacto a la señora, en ese momento debido a que la señora manifestaba aun dolor, me dijo que habría otra posibilidad de que pudiera ser más fácil el tacto vaginal y que ella misma podría estimular sus genitales para tener lubricación, en ese momento yo tenía mi pierna izquierda sobre la escala de dos pasos que es para subir a la camilla y ella llevo su mano derecha a mi muslo izquierdo, cuando sentí que ella me hizo varios apretones yo baje la pierna, ella se estaba estimulando sus genitales y en ese momento llevó nuevamente su mano derecha hacia mi muslo y comenzó ascender hasta mis genitales, después de unos segundos ella había tenido una lubricación de sus genitales, pude realizar el tacto vaginal y me comento que el dolor de la parte externa de los genitales había desaparecido pero en la zona pélvica por dentro todavía sentía dolor, mientras que hacia eso ella me abrió el pantalón, sujeto y comenzó a acariciarme el pene, cuando terminé el tacto le dije que había encontrado dolor a la palpación de los anexos y a la movilización del cérvix y que eso era compatible con una enfermedad pélvica inflamatoria, yo me separé un poco de la camilla me retiré el guante y lo boté, regrese a la camilla y le dije que le iba ayudar a que se sentara y en ese momento cuando me iba alejar, ella me acercó hacia ella y en ese momento sostuvimos una relación sexual, esa relación fue de poca duración, ella inclusive cuando estaba acostada y se sentó en el borde de la camilla y ahí fue donde me haló hacia

ella y sostuvimos esa relación, luego me retiré, le dije que se organizara, inclusive le pasé unos papeles de manos que había en el consultorio, ella se aseo, se vistió, yo también me terminé de vestir, abrí nuevamente la cortina, ella luego se sentó en la misma silla cuando ingresó al consultorio y yo en la silla del escritorio, comencé a terminar la historia clínica, le pregunté que como se sentía y me dijo que sentía bien, le expliqué los hallazgos del tacto vaginal, y le comenté que "los"(sic) más probable tenía una sinusitis también y que además le había encontrado una enfermedad pélvica inflamatoria, ella estuvo sentada escuchando todo lo que yo le explicaba, le formulé Ciprofloxacina de 500mg, 14 tabletas, Loratadina de 10mg, 10 tabletas e Ibuprofeno de 400mg, 10 tabletas. Le comenté que le iba a ordenar una serie de exámenes de laboratorio para profundizar en el motivo de la consulta ordené hemograma, colesterol, triglicéridos y glicemia, en ese momento que ella me comento que a pesar de que había estado en el Hospital la noche anterior no le habían generado una incapacidad, le generé la incapacidad, le dije que tenía que volver a una revisión a los 8 días con los exámenes de laboratorio, en el momento que le estaba realizando la explicación recuerdo que ingresó al consultorio la enfermera GLADIS HENAO, entre a dejar unas cosas personales, porque en el consultorio había como un closet y a sacar una papelería, en ningún momento la puerta del consultorio estuvo con seguro, luego de que la enfermera salió le entregué a la señora L. la fórmula, la orden de los exámenes y la incapacidad, nos pusimos de pie y nos despedimos de la mano y nos dimos un beso en la mejilla ella se dirigió a la puerta del consultorio y yo salí detrás a llamar al próximo paciente".

DISCREPANCIA EN CUANTO A LAS VERSIONES DE LOS HECHOS

Tanto las versiones de la quejosa señora L.V.J. como las del acusado Dr. H.F.B.A., coinciden perfectamente en cuanto a tiempo y lugar de los hechos a saber:

a) Hubo una consulta médica por parte de la señora L., al centro médico santa Ana el día 19 de noviembre de 2010.
b) La paciente fue atendida hacia las 9 am por el médico H.F.B.A.. Es decir se estableció una relación médico paciente.
c) La paciente consultaba por una fuerte cefalea.
d) Durante el curso del interrogatorio médico y del examen físico se estableció la presencia de dolor pélvico bilateral y eritema de la vulva,

por lo que el médico decidió practicar un tacto vaginal.
e) El tacto vaginal fue muy doloroso por lo que se requirió lubricación externa con vaselina, que tampoco dio resultado, y entonces se recurrió a obtener una lubricación mediante excitación sexual de la paciente, terminando en poder realizar el examen ginecológico y luego en un coito entre el médico y la paciente en la mesa de examen del consultorio.
f) Posteriormente el médico y la paciente regresaron a la oficina, la paciente fue formulada, y se despidieron de mano y de beso en la mejilla.

En lo que no coinciden las versiones de la señora L.V.J. y del Médico H.F.B.A., es en las circunstancias de modo, es decir en la forma como se llegó a la realización de una relación sexual en el consultorio.

La quejosa sostiene que para lograr una adecuada lubricación con el fin de poder realizar el examen ginecológico sin dolor, él doctor le dijo que debía excitarse sexualmente, y comenzó a tocarle el clítoris, y acariciarle los senos y luego le dijo que se masturbara aunque ella insistía que eso le parecía muy extraño, para finalmente introducir su pene en la vagina," para evaluar mejor en donde era el dolor".

Mientras que el médico afirma que fue la paciente la que sugirió la idea de que al masturbarse podría obtener una lubricación adecuada de sus genitales y al realizarlo simultáneamente le apretaba el muslo, con lo que él se dio cuenta que estaba lubricada y pudo realizar el tacto, mientras ella le acariciaba el pene. Cuando el terminó de examinarla, ella lo atrajo hacia si y tuvieron la relación.

Está entonces suficientemente probado tanto por la queja de la señora L. V.J. como de sus posteriores declaraciones, y por la confesión del médico H.F.B.A., manifestada igualmente de forma voluntaria y posteriormente ante el Tribunal Regional de Ética de Antioquia, obtenidas con todas las garantías del debido proceso, que efectivamente tuvieron una relación sexual en un consultorio del Centro Médico Santa Ana del municipio de Guarne , durante el curso de una consulta médica, es decir de un acto médico o de una relación Médico paciente.

MOTIVOS DE INCONFORMIDAD CON LA PROVIDENCIA:

1. En el proceso si se violentaron el derecho de defensa de mi prohijado, específicamente en la práctica de las pruebas y en el pliego de cargos: (sic) (Folio 3 del recurso de reposición)

Sobre las pruebas: Si bien reconozco que la confesión calificada de mi defendido es suficiente para proceder a calificar la falta y a sancionarlo, si hay lugar a ello, no es menos cierto que en el expediente se pretendió trasladar unas pruebas de la fiscalía seccional de Guarne, Antioquia, pero que de las mismas no se nos dio traslado y se nos privó de la posibilidad de controvertirlas o solicitar la ampliación o aclaración. En la fiscalía no se nos dio traslado de esas pruebas pues el fiscal de conocimiento no ha decidido imputar delito alguno, bajo la consideración (por información extraoficial del fiscal de conocimiento) de que la paciente consintió en la relación sexual que ocurrió y acorde con el proceso vigente, solo hasta la etapa de juicio se daría traslado de las pruebas recogidas en el mismo. Por lo tanto esas pruebas practicadas, ni en la fiscalía, ni en el proceso disciplinario, nos fueron trasladadas para la ampliación y/o contradicción.

Sin embargo, considero que estos vicios quedaron subsanados en el mismo instante en que solo se tuvo en cuenta la prueba de confesión de mí representado para calificar y aplicar la correspondiente sanción.

Sobre el pliego de cargos: debo insistir en que no cumple con lo normado, en general, para el derecho sancionador, que incluye el ético médico. Si bien el proceso ético médico está regulado en 10 ley 23 de 1981, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo regula subsidiariamente lo concerniente al derecho administrativo sancionador y al respecto establece: "los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetaran a las disposiciones de esta parte primera del código. Los preceptos de este código se aplicaran también en lo no previsto por dichas leyes."... "concluidas las averiguaciones preliminares, si fuere del caso, formulará cargos mediante auto administrativo en el que señalará con precisión y claridad, los hechos que lo originan, las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes... "(Art. 47) Subrayas para resaltar. Siendo que las sanciones están claras

en la ley, no veo por qué no se pueda proceder a fijar las que serían procedentes por las conductas que se endilgan . (Sic) (Folio 3 del recurso de reposición).

2. No es cierto que el consentimiento de la paciente en la relación sexual no tenga injerencia en la realización de la falta disciplinaria, en su calificación y en la tasación de la sanción.

Aquí es necesario traer a colación los escenarios que se indicaron al principio del presente escrito. Estamos ciertos en que no es lo mismo una relación sexual consentida que una no consentida y en el pliego de cargos se le dijo a mi cliente: "2.5 teniendo claridad sobre la existencia de la relación sexual entre el médico, y la paciente y que fue reconocida así en sus declaraciones, existen versiones contradictorias sobre si hubo o no consentimiento de la paciente en el referido acto sexual… frente a este punto, lo cierto es que al final del análisis. ello pareciera ser intrascendente en la medida en que el eventual consentimiento que pudiera provenir de la paciente, no excluye la posible responsabilidad ética que se le endilga al profesional investigado y que constituye la razón para la formulación de cargos ... dicho de otra manera, si no existió consentimiento por parte de la paciente para la realización de la relación sexual, se concluirá que estamos en un evento de abuso sexual cualquiera que sea su modalidad, de acuerdo a las circunstancias fácticas que rodearon el hecho, lo que en todo caso será objeto de pronunciamiento por la jurisdicción ordinaria penal dentro del proceso que se adelanta en la Fiscalía Seccional de Guarne, Antioquia ... si por el contrario, existió consentimiento de la paciente, lo cierto es que la actitud del médico en consentir la relación sexual puede considerarse como una desviación de las funciones y obligaciones de su cargo, pues su misión -y la misión de todos los que ostentan la calidad de médicos-, no es más que la de ofrecer alivio y atención a los requerimientos en salud de los pacientes y no la satisfacción de sus propios deseos ... " En el pliego se dice que el médico con la relación sexual posiblemente vulneró "desconoció el fin de la profesión médica" (página 8), "constituyó un irrespeto al acto de la consulta y al sitio donde esto se lleva a cabo, esto es el consultorio ... (página 9), "por último, es claro para el tribunal, que posiblemente el médico investigado también infringió lo dispuesto en el artículo 42 de 10 ley 23 de 1981, pues incumplió sus deberes profesionales y administrativos para con la institución de salud a la que prestaba sus servicios, en tanto que bajo ninguna circunstancia, resulta legal, licito, moral o socialmente

aceptable que las consultas médicas se conviertan en escenarios para llevar a cabo relaciones de tipo sexual, se itera con independencia de existir o no consentimiento para tal actividad ... " (página 9). Así las cosas, sin que se determine si el consentimiento de la paciente se dio libre y puro o viciado o no se dio, debe decidirse por favorabilidad a mi cliente, en el sentido de que si existió.(sic)

3. De la ilegal presunción "de derecho" que se inventa el tribunal Nacional de Ética Médica.

Las presunciones son de derecho, legales o judiciales. Las primeras están en la norma y no admiten prueba en contrario, estas ya casi no existen; las segundas, también las establece una norma pero admiten prueba en contrario y las terceras, son de creación por el juez y siempre admiten prueba en contrario. Por mandato constitucional en Colombia, se presume la inocencia de todos los procesados, obviamente es una presunción de ley que admite prueba en contrario. En este caso el aplicador de la ley disciplinaria se inventa una presunción (que aunque sería judicial, pues no aparece en norma positiva alguna, le asigna alcances de presunción de derecho, pues no le admite prueba en contrario) que condena a todos los médicos que incurran en esta conducta de tener relaciones sexuales con una paciente, enrostrándoles una supuesta superioridad sobre el paciente, a quienes pone a nivel de entes sin criterio, ni capacidad de reacción ante el abuso. EI mismo libro a que hace referencia la providencia en otro aparte, de delitos sexuales en el acto médico, muestra en muchos de los casos que trata, como los pacientes reaccionan ante el abuso del médico. Es que para el caso que nos ocupa la paciente no estaba en incapacidad de resistir, ella sabia claramente lo que era un examen ginecológico, yo tenía un hijo y le habían hecho varios de estos exámenes, tenla claro que el examen había degenerado a un evento sexual y no hizo manifestación alguna, verbal o de hecho, al mismo médico o a otra persona del centro médico, sobre rechazo de lo que estaba ocurriendo o habría ocurrido, inmediatamente después. Ella así lo confesó en su interrogatorio, confesión que fue libre y voluntaria y que a pesar de que soy médico y abogado, no puede decirse que fue hecha bajo el dominio de algún tipo de superioridad o autoridad que ostente en el recinto donde se practicó. Incluso se despidió de beso en la mejilla de la persona que la resolución tilda de "médico agresor" y "médico delincuente" (véase la página 8 inciso segundo). Estas son pruebas indiciarias del consentimiento de la paciente en la situación sexual que se

presentó, que si por su iniciativa o la de mi cliente, esto al final, en este momento, es irrelevante. La tesis de la presunción que aplica el fallador torna casi hipnótica la capacidad del médico de influir en el paciente y todos los que hemos practicado el arte de la medicina, tenemos claro que esto nunca ha sido así y menos en esta época, de graves cuestionamientos al sistema de salud y a todos sus actores. Me parece un peligroso y real abuso del derecho la presunción que se aplica por la sola plena del ente de más alto nivel nacional de calificación ética de las conductas de los médicos. No estamos ante el anestesiólogo, que abusa del estado de incapacidad de resistir de la paciente dormida; ni ante el otorrinolaringólogo que tapando los ojos de la menor de edad, la obliga a manipular y succionar su miembro; ni el ginecólogo que hace actos sexuales a su paciente aduciendo que son "cosas de adultos", ni tantos otros casos que trae recopilados en una publicación de 2013 de la jurisprudencia en una gaceta de delitos contra la integridad sexual del mismo Tribunal Nacional de Ética Médica y donde, sea dicho desde ya, los médicos infractores ante situaciones mucho más reprochables recibieron sanciones más benévolas que mi cliente (en el coso del Ministerio de Salud, Ie informo que el documento se consulta en la dirección web: http://www.tribunalnacionaldeeticamédica.org/site/biblioteca_documental véase. entre otros cosos, la jurisprudencia de la página 219 donde se impone por ese mismo tribunal a un médico delincuente, abusador sexual de una menor de edad, una suspensión de dos años).

4. La sanción impuesta no es razonable, ni proporcional. La confesión y el arrepentimiento del procesado deben reflejarse en la calificación y en la sanción.

Desde el salvamento de voto de la resolución del Tribunal de Ética Médica de Antioquia, se deja entrever un fallador en discordia con una sanción superior a los 6 meses, y esto tiene sentido. Si como el pliego de cargos lo dijo, no se iba a tener en cuenta si el consentimiento de la paciente se dio o no, las vulneraciones normativas serían: "desconoció el fin de la profesión médica" (Página 8), "constituyó un irrespeto al acto de la consulta y al sitio donde esto se 'llevo a cabo, esto es el consultorio... (Página 9), "por lo utimo, es claro para el tribunal, que posiblemente el médico investigado también infringió lo dispuesto en el artículo 42 de 10 ley 23 de 1981, pues incumplió sus deberes profesionales y administrativos para con la institución de salud a la que prestaba sus servicios, en tanto que bajo ninguna circunstancia,resulta legal, licito. moral o social mente aceptable

que las 'consultas médicas se conviertan en escenarios para llevar a cabo relaciones de tipo sexual, se itera con independencia de existir o no consentimiento para tal actividad... "(Página 9). Todas estas parecen resolverse razonablemente y proporcionalmente con una sanción igual o menor a los seis meses.

En la providencia recurrida se determina 5 años de suspensión en el ejercicio de la profesión médica, sin que este tiempo este en parte alguna de las consideraciones de la misma, ni su estimación aparece como el resultado de una sanción que haya sido objeto de razonamiento o estudio de proporcionalidad. Como el conejo que aparece del sombrero de un mago, el tiempo de sanción emerge en el "RESUELVA" de la misma dejando en el ambiente hálitos de tiranía inquisidora y ejemplarizante. No es aceptable, en ningún derecho sancionador, incluido el ético disciplinario médico, ninguna sanción que no sea el resultado de un análisis de razonabilidad y de proporcionalidad. Esta falencia se torna más grave (e inaceptable) cuando tiene origen en la entidad de más alto nivel de estudio y calificación de sanciones del ramo.

En las consideraciones de la providencia impugnada se menciona el artículo 1 de la ley 23 y se termina sancionando por la violación de los artículos 1, 2 y 9 de 10 misma norma, sin determinar los motivos de esta ampliación normativa.

Brevemente, la remisión que hace la ley 23 al Código de Procedimiento Penal, obliga a tener en cuenta todas las circunstancias procesales que ahorren el desgaste del aparato sancionador, tales como la confesión. que junto con el arrepentimiento demostrado, deben reflejarse en una sanción más benévola para el procesado.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ETICA MÉDICA

1. En el proceso si se violentaron el derecho de defensa de mi prohijado, específicamente en la práctica de las pruebas y en el pliego de cargos: (sic) (Folio 3 del recurso de reposición)

Dado que la defensa acepta "Si bien reconozco que la confesión calificada de mi defendido es suficiente para proceder a calificar la falta y a sancionarlo,

si hay lugar a ello, no es menos cierto que en el expediente se pretendió trasladar unas pruebas de la Fiscalía Seccional de Guarne, Antioquia, pero que de las mismas no se nos dio traslado y se nos privó de la posibilidad de controvertirlas o solicitar la ampliación o aclaración" (sic), no es necesario abundar en argumentos sobre la confesión calificada del médico acusado. Igualmente se reitera "Las pruebas que pueda tener o valorar la Fiscalía tienen plena justificación dentro del ámbito de la responsabilidad penal, pero no en el presente proceso disciplinario ético profesional, en el que tal como lo reconocen el encartado y su defensor se trata de hechos confesos. (sic) (folio 191).Pero además, en el expediente obran los folios 5 a 10, donde se obtiene la declaración de la quejosa, los folios 17 a 19 donde figura la declaración del médico acusado, y los folios 25 a 32 donde, se ordena la investigación de los hechos por parte de la policía Judicial.

Se alega en la diligencia de descargos que "el pliego de cargos tiene la falencia de no haber advertido cual era la sanción a estos cargos".
Si se mira el capítulo II de la ley 23 de 1981 que trata del proceso disciplinario ético profesional existen unas etapas que contemplan el recibo y estudio de una queja, la decisión de instaurar o no un pliego de cargos en contra de acusado, el acopio de pruebas, y finalmente en una sesión de la sala plena, decidir si el acusado es culpable o no de INFRINGIR LA LEY 23 de 1981 DE ETICA MÉDICA, en caso de encontrarlo culpable, en ese momento, y no antes el Tribunal califica la falta y establece la sanción.

Es por esto que dar a conocer la posible sanción a imponer en el momento de la formulación de cargos, implicaría un prejuzgamiento, lo que atenta contra el derecho a la defensa del investigado, quien para esta etapa del proceso, aún tiene la posibilidad de rendir sus descargos y demostrar que no infringió la ley citada., por lo tanto la certeza de si el profesional vulneró la ley de Ética Médica solo se obtiene después de que el Médico haya rendido sus descargos.

Debe anotarse también que en lo no previsto en la ley 23 de 1981(Artículo 82), se aplican las normas pertinentes del código de Procedimiento Penal y luego del código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

2. No es cierto que el consentimiento de la paciente en la relación sexual no tenga injerencia en la realización de la falta disciplinaria, en su calificación y en la tasación de la sanción.

Se trata de una concepción errada porque si bien es cierto en materia penal el consentimiento de la otra persona exime de responsabilidad al autor, no sucede así en el ámbito disciplinario médico, porque el consultorio es un lugar sagrado, el paciente acude con una queja, molestia o enfermedad que lo preocupa y le afecta su calidad de vida, va en busca de ayuda y por lo tanto el médico se encuentra en una situación de predominio y superioridad del paciente, razones por las cuales pese al posible consentimiento de la víctima, en ese caso concreto debe deducirse la condigna responsabilidad para el disciplinado.

Comparte por lo tanto este Tribunal Nacional la conclusión del Tribunal seccional de Ética Médica de Antioquia, que no era necesario demostrar si la relación sexual había sido consentida, puesto que la sola ocurrencia de ella l en las circunstancias previamente descritas constituye un falta contra la Ética Médica, y que aún si la paciente hubiera aceptado, este consentimiento no tiene carácter exculpatorio para el Dr. H.F.B.A..

Más aún el Código penal Colombiano (ley 599 de 2000) en su artículo 211, en relación a los delitos sexuales considera que: Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores.

Se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando: "El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza".

3. De la ilegal presunción "de derecho" que se inventa el Tribunal Nacional de Ética Médica.

Es necesario recordar que en su declaración de principios Capitulo primero, artículo primero, Numeral 1 La ley 23 de 1981 o Ley de Ética médica, dice textualmente:

"La medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distingos de nacionalidad, ni de orden económico-social, racial, político y religioso. El respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual. Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes."

Y más adelante en el numeral 4 del mismo artículo dice: "La relación médico-paciente es elemento primordial en la práctica médica. Para que dicha relación tenga pleno éxito debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico, el cual impone la más estricta reserva profesional."

En el Libro Derecho Médico Colombiano- Responsabilidad Ética Médica Disciplinaria de Fernando Guzmán Mora, Eduardo Franco Delgadillo y Edgar Saavedra Rojas Que trata de Delitos sexuales en el acto médico, y que interpreta muy claramente el espíritu de la ley 23 de 1981 dice:

"Una de las situaciones más delicadas y denigrantes para la profesión médica es la producida cuando un profesional, abusando de su posición de autoridad y dominación sobre un paciente, resquebraja la confianza del mismo y manipula su cuerpo y su mente para obtener alguna forma de acercamiento sexual con quien se encuentra en franca posición de desventaja frente a su agresor, en este caso un médico delincuente. Porque no solamente se trasgrede la barrera del pudor, sino que se irrumpe en lo más sagrado de una persona; su intimidad."

4. La sanción impuesta no es razonable, ni proporcional. La confesión y el arrepentimiento del procesado deben reflejarse en la calificación y en la sanción.

La denuncia inicial no es un impedimento para que en el curso de la investigación se puedan realizar pesquisas respecto de otros hechos o circunstancias. En éste sentido la queja del recurrente es inaceptable desde todo punto de vista, porque la investigación se abre para eso, para investigar sobre todo lo que sea necesario, para llegar en la medida de lo posible al descubrimiento de la verdad.

No es en forma arbitraria que se procede a establecer el tipo de sanción, sino que hay elementos para tasarla:

El primero: Es que, considerando lo expuesto anteriormente, la falta es GRAVE por lo tanto no sería procedente aplicarle sanciones consideradas para faltas leves, como la amonestación o censura.

El segundo: Es el estudio de actuaciones procesales, en casos similares, es decir la jurisprudencia acumulada en los más de 20 años de existencia del Tribunal Nacional de Ética Médica.

En la Gaceta Jurisprudencial de Enero de 2013 editada por el Tribunal Nacional de Ética Médica, impresa por Giro Editores Limitada, citada por el Abogado Defensor Dr. OSCAR IGNACIO CASTAÑO CORREA y dedicada a los delitos contra la integridad sexual en el acto médico, figuran en forma anónima 20 de los casos más representativos entre los muchos que han sido estudiados y fallados por el tribunal nacional.

En estos 20 casos figuran 2 casos de preclusión, 3 casos en los que no se consideró procedente abrir investigación al médico acusado Una absolución después de realizada la investigación. Es decir en el 30 % de los casos no hubo sanción, por distintas razones pero siempre siguiendo el debido proceso.

Por otra parte se presentaron 5 casos (25%) de sanción, de suspensión del ejercicio profesional por cinco años, y solamente en dos de ellos hubo acceso carnal, es decir penetración del miembro viril en la vagina, los otros tres correspondieron a otros actos sexuales sin penetración. Esto para corroborar que ha existido el máximo rigor en las providencias de este tribunal Nacional ante delitos tan bajos y tan humillantes como los delitos sexuales y que no hay tal "tiranía inquisidora y ejemplarizante".

El tercero: Se analizaron las sanciones contempladas en el código penal, que para este tipo de delito se tasan entre 8 y 12 años de prisión. Artículo 207 del código penal, modificado, por la ley 1236 de 2008, que dice: "El que realice acceso carnal con persona a la cual haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.

El Cuarto: Que después de un minucioso estudio el Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia, con todo fundamento, se abstuvo de proferir la sanción considerando que esta, debía ser superior a la que sus competencias le permiten aplicar. De acuerdo con el artículo 43 del decreto reglamentario 3380 de 1981. "Las decisiones de los tribunales de ética-médica se adoptarán por mayoría absoluta de votos de los profesionales miembros y serán firmados por todos ellos, pero quien no esté de acuerdo con la decisión tomada podrá salvar su voto y así lo hará constar." Por tanto un salvamento de voto no constituye un impedimento para que la mayoría de la Sala tome una decisión.

Basten las consideraciones precedentes para que el Tribunal Nacional de Ética médica, en uso de las atribuciones legales que le confiere la ley

RESUELVA

Artículo Primero - Confirmar que el Dr. H.F.B.A. identificado con la cédula ….. de ..…, infringió los artículos 1,2 y 9 de la ley 23 de 1981 **Artículo Segundo** - No reponer la decisión de Sancionar al Dr. H.F.B.A. identificado con la cédula …. de …, con la suspensión en el ejercicio de la Profesión Médica por un período de cinco (5) años. **Artículo Tercero** - Conceder el recurso de apelación para ante el Ministerio de Salud y Protección Social, interpuesto contra la decisión del Tribunal Nacional de Ética Médica. **Artículo Cuarto** - Remitir el expediente al Ministerio de Salud y Protección Social para lo de su competencia. **CÚMPLASE.**

FDO. FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ, Presidente-Magistrado Ponente; FERNANDO GUZMÁN MORA; Magistrado; GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico, MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaría.

Bogotá, Junio veintitrés (23) del año dos mil quince (2015)

SALA PLENA SESIÓN No. 1277 del veintitrés (23) DE JUNIO DEL AÑO DOS MIL QUINCE (2015)

Referencia: Proceso No. 1958-14 del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca.
Demandado: Doctor G.R.V.
Denunciante: Hospital La Buena Esperanza de Yumbo
Paciente: M.A.F.O.
Asunto. Solicitud de sanción de suspensión en el ejercicio de la Medicina por termino superior a seis meses

Providencia No. 50-2015.
Magistrado Ponente: Doctor Fernando Guzman Mora

VISTOS

Mediante RESOLUCIÓN No. 001-2015 del 28 de enero de 2015, el Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle del Cauca resolvió "Dar traslado al Tribunal Nacional de Ética Médica de este proceso a fin de determinar si el médico G.R.V., identificado con cédula de ciudadanía … de .. y tarjeta profesional …, es merecedor a sanción disciplinaria de suspensión en el ejercicio profesional de mas de seis meses por violación a los artículos 1 (numeral 4 y 9), 2 y 46 de la Ley 23 de 1981, acorde a los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia".

El expediente fue enviado por "error involuntario" a la carrera 66ª N 6-168 Clínica Cuerpo y Color el 27 de febrero de 2014 (folio 129 del cuaderno principal), es decir, casi un año y medio antes del recibo efectivo del proceso por esta superioridad.

Cabe mencionar que existen además serias irregularidades en los tiempos transcurridos entre actos procesales en este caso, para lo cual NO SE ENCUENTRA JUSTIFICACIÓN LÓGICA DE NINGÚN TIPO .

HECHOS

El 25 de abril de 2011, el Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle recibió oficio marcado como RNCD-017-025 (Abril 19 de 2011), proveniente de la OFICINA DE CONTROL INTERNO DISCIPLINARIO DEL HOSPITAL LA BUENA ESPERANZA DE YUMBO EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO "ESE".

En el se hacia relación a una comunicación de la Personería Municipal de Yumbo (Valle) fechada 14 de enero de 2011 en donde se solicitaba al Hospital La Buena Esperanza del mismo municipio, información respecto de la atención a la señora M.A.F.P. identificada con cedula de ciudadanía número …., en relación con lo que se calificó como un "mal procedimiento médico" asociado a un dispositivo intrauterino.

La mencionada paciente fue atendida el 13 de mayo de 2010 para realizar procedimiento de planificación familiar (DIU) por la médica UN.H.M.G..

El 3 de junio de 2010, el Gerente del Hospital La Buena Esperanza de Yumbo, mediante oficio firmado por T.A.F.F., se notificó oficialmente del fallo ético disciplinario confirmado por el Ministerio de Protección Social, en relación con la sanción de suspensión en el ejercicio de la medicina por el término de cinco años, impuesta al médico G.R.V. (folio 0067 del cuaderno principal).

El 17 de junio de 2010, en control médico se le informó a la paciente que no se encontraba el dispositivo supuestamente implantado, y solicitaron una radiografía, ordenando nueva cita para el 28 de diciembre de 2010, es decir, seis meses después.

El 13 de julio de 2010, consultó al mismo hospital por dolores pélvicos y fue atendida por el médico I.M.L., quien ordenó a la enfermera de turno retirar el dispositivo, el cual no fue visualizado por la mencionada profesional. Frente a esto,, el médico formuló diclofenaco y ordenó una ecografía pélvica. Esta fue efectuada el 14 de julio y no logró detectarse el DIU, el cual posteriormente fue descubierto mediante radiografía de abdomen simple en la cavidad abdominal.

El 19 de Julio de 2010 fue revisada por el médico G.R.V., quien en ese momento se encontraba suspendido del ejercicio de la medicina por el término

de cinco años , por abuso sexual en paciente femenina, como adelante se mencionará en su momento.

El 7 de agosto fue recibida en interconsulta por el especialista en ginecología M.V.R., quien programó cirugía para el 7 de diciembre de 2010. Dicho procedimiento fue efectuado por el médico E.Q., quien encontró daños en una de las trompas de Falopio por efectos de la implantación del DIU.

El 8 de febrero de 2011, una junta médica del Hospital La Buena Esperanza de Yumbo, decidió remitir el caso ante el tribunal seccional de ética médica, con el objeto de definir la responsabilidad derivada del procedimiento inicial de colocación de DIU.

El oficio fue recibido por ese tribunal el día 30 de junio de 2011, cuando ya había transcurrido un lapso de trece meses del procedimiento inicial (folio 006 del expediente).

POR INEXPLICABLE DEMORA QUE DEBE SER ABSUELTA POR EL TRIBUNAL SECCIONAL DE ÉTICA MÉDICA DEL VALLE, EL SIGUIENTE ACTO PROCESAL APARECE EN EL FOLIO 0069, CON FECHA FEBRERO 12 DE 2014, ES DECIR, DOS AÑOS Y OCHO MESES DESPUES DEL ULTIMO DOCUMENTO PROCESAL.

Allí se "repartieron" las diligencias al Magistrado DAIRO DE JESUS GUTIERREZ CUELLO, quien ordenó apertura de investigación el 19 de febrero de 2014.

El 31 de marzo de 2014 el Hospital La Buena Esperanza de Yumbo respondió que el ciudadano G.R.V. no prestaba sus servicios en la institución desde agosto 5 de 2010.

Y el 22 de abril de 2014 se descubrió que este individuo se encontraba viviendo en Panamá.

Se nombró DEFENSOR DE OFICIO el 26 de junio de 2014 al abogado DUMANCELY HERNANDEZ, identificado con cedula de ciudadanía número 72.271.173 de Barranquilla y Tarjeta Profesional número 157.003 del HCSJud, quien se posesionó el 1 de agosto de 2014.

El médico G.R.V., en memorial recibido por el tribunal seccional el 6 de octubre de 2014, designó a la abogada GENNY MERCEDES LOPEZ DUQUE, identificada con cédula de ciudadanía número 16.636.408 de Cali y TP 100.224 del HCSJud.

El 15 de octubre de 2014 el Tribunal seccional de Ética Médica del Valle decide abrir pliego de cargos en contra del médico G.R.V., por violación de los artículos 1 (numerales 4 y 9) y artículos 2 y 46 de la Ley 23 de 1981

Artículo 1. La siguiente declaración de principios constituye el fundamento esencial para el desarrollo de las normas sobre ética médica:
…
4. La relación médico-paciente es elemento primordial en la práctica médica. Para que dicha relación tenga pleno éxito debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico el cual impone la más estricta reserva profesional.
……
9. El médico, por la función social que implica el ejercicio de su profesión, está obligado a sujetar su conducta pública y privada a los más elevados preceptos de la moral universal.
…..
Artículo 2. Para los efectos de la presente Ley, adóptanse los términos contenidos en el juramento aprobado por la Convención de Ginebra de la Asociación Médica Mundial, con la adición consagrada en el presente texto.

El médico deberá conocer y jurar cumplir con lealtad y honor el siguiente Juramento Médico:

- Prometo solemnemente consagrar mi vida al servicio de la humanidad;
- Otorgar a mis maestros el respeto, gratitud y consideración que merecen;
- Enseñar mis conocimientos médicos con estricta sujeción a la verdad científica y a los más puros dictados de la ética;
- Ejercer mi profesión dignamente y a conciencia;
- Velar solícitamente y ante todo por la salud de mi paciente;
- Guardar y respetar los secretos a mí confiados;
- Mantener incólumes, por todos los medios a mi alcance, el honor y las nobles tradiciones de la profesión médica;
- Considerar como hermanos a mis colegas;
- Hacer caso omiso de las diferencias de credos políticos y religiosos,

de nacionalidad, razas, rangos sociales, evitando que éstas se interpongan entre mis servicios profesionales y mi paciente;
- Velar con sumo interés y respeto por la vida humana, desde el momento de la concepción y, aún bajo amenaza, no emplear mis conocimientos médicos para contravenir las leyes humanas;
- Solemne y expontáneamente (sic), bajo mi palabra de honor, prometo cumplir lo antes dicho.
…

Artículo 46. Para ejercer la profesión de médico se requiere:

a) Refrendar el título respectivo ante el Ministerio de Educación Nacional;
b) Registrar el título ante el Ministerio de Salud;
c) Cumplir con los demás requisitos que para los efectos señalen las disposiciones legales.
….

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

I- LA INEFICIENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA

Existen serias irregularidades en los tiempos transcurridos entre actos procesales en este caso, para lo cual NO SE ENCUENTRA JUSTIFICACION LÓGICA DE NINGÚN TIPO y que hacen sospechar MALA FE en el manejo de este caso.

Recapitulemos las fechas

• El 25 de abril de 2011, el Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle recibió oficio marcado como RNCD-017-025 (Abril 19 de 2011), proveniente de la OFICINA DE CONTROL INTERNO DISCIPLINARIO DEL HOSPITAL LA BUENA ESPERANZA DE YUMBO EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO “ESE”.

• El oficio fue considerado por ese tribunal el día 30 de junio de 2011, cuando ya había transcurrido un lapso de trece meses del procedimiento inicial (folio 006 del expediente)

• POR INEXPLICABLE DEMORA QUE DEBE SER ABSUELTA POR EL TRIBUNAL SECCIONAL DE ÉTICA MÉDICA DEL VALLE, EL SIGUIENTE ACTO PROCESAL APARECE EN EL FOLIO 0069, CON FECHA FEBRERO 12 DE 2014, ES DECIR, DOS AÑOS Y OCHO MESES DESPUES DEL ULTIMO DOCUMENTO PROCESAL.

• El expediente fue enviado por "error involuntario" a la carrera 66ª N 6-168 Clínica Cuerpo y Color el 27 de febrero de 2014 (folio 129 del cuaderno principal), es decir, casi un año y medio antes del recibo efectivo del proceso por esta superioridad.

• Y el 22 de abril de 2014 se descubrió que este individuo se encontraba viviendo en Panamá.

• Se nombró DEFENSOR DE OFICIO el 26 de junio de 2014 al abogado DUMANCELY HERNANDEZ, identificado con cedula de ciudadanía número 72.271.173 de Barranquilla y Tarjeta Profesional número 157.003 del HCSJud, quien se posesionó el 1 de agosto de 2014

• El médico G.R.V., en memorial recibido por el tribunal seccional el 6 de octubre de 2014, designó a la abogada GENNY MERCEDES LOPEZ DUQUE, identificada con cedula de ciudadanía número 16.636.408 de Cali y TP 100.224 del HCSJud.

• El 15 de octubre de 2014 el Tribunal seccional de Ética Médica del Valle decide abrir pliego de cargos en contra del médico G.R.V., por violación de los artículos 1 (numerales 4 y 9) y artículos 2 y 46 de la Ley 23 de 1981.

Es imprescindible preguntarse dos cosas en estos tiempos procesales:

1- Por qué motivos se presentó una demora de mas de dos años y medio entre la fecha de recibo de la queja (25 de abril de 2011) y el siguiente acto procesal (12 de febrero de 2014)??
2- A que se debe que, luego de esta inexplicable y vergonzosa demora, vuelva a presentarse una nueva dilación entre el 27 de febrero de 2014 y el 28 de enero de 2015, fecha en que se decidió el envío al Tribunal Nacional de Ética Médica?

3- Y para completar semejantes dilaciones, entre la fecha de decisión de envío a la segunda instancia y el recibo en el Tribunal de segunda instancia transcurren otros cinco meses?

Porque aquí podemos argumentar los siguientes planteamientos:

a- No es de aceptación que un tribunal seccional se tome casi tres años entre el primero y el segundo acto procesal
b- No es de recibo que se presente una nueva demora de un año adicional entre dos nuevos actos procesales que definen rápidamente un envío de cuadernos procesales
c- Es francamente absurdo que, encima de todo, se tomen cinco meses para enviar un expediente entre Cali y Bogota.

No se puede aceptar esta situación que, lejos de traducir una simple ineficiencia judicial, orientan mas bien a una dilación premeditada de un proceso en que se está juzgando la conducta de un verdadero delincuente ético médico.

Y esta afirmación no es gratuita. Un profesional de la medicina que recibe al menos tres sanciones por actos condenados por los tribunales médicos deontológicos es un sujeto de alta peligrosidad para la sociedad. Y mucho mas en tratándose de actos relacionados con el pudor sexual de las pacientes, no en una sino en tres ocasiones.

Y para recordarle al tribunal de primera instancia, nos permitimos recordar los procesos en los que este sujeto ha sido condenado:

• 2004. Sanción de suspensión en el ejercicio de la medicina por espacio de 45 días por agresión sexual a la señora M.S.C.
• 2009. Sanción de seis meses por agresión sexual a la señora D.R.R.. Confirmado por el Tribunal Nacional de Ética Médica el 20 de octubre de 2009 mediante providencia 78-09
• 2009. Sanción de suspensión en el ejercicio de la medicina por cinco años por agresión sexual a la señora C.C.H., mediante providencia 61-09. Esta fue confirmada por el Ministerio de la Protección Social el 12 de abril de 2010, al resolver el recurso de apelación.

Estos hechos no tienen ningún fundamento lógico, ninguna excusa válida y absolutamente ninguna explicación intelectualmente aceptable.

Por tal motivo no queda otro camino que solicitar la intervención de la Procuraduría General de la Nación para que investigue semejantes atropellos a la justicia médica y a la buena fe social

II-RESPECTO DE LOS ANTECEDENTES DEL SUJETO DISCIPLINADO

Es francamente indispensable consignar en esta providencia las sentencias de este Tribunal Nacional en contra de este individuo con título de médico:

1- PRIMER PROCESO

Bogotá, Noviembre dieciocho (18) del año dos mil ocho (2008).

SALA PLENA SESION No.980 DEL DIEICIOCHO (18) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL OCHO (2008).

Referencia: Proceso No. 836-06 del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca.
Demandado: Doctor G.R.V.
Denunciante: Sra. M.S.C.

Magistrado Ponente: Doctor Miguel Otero Cadena
Providencia No. 61-2008

ASUNTO

Apelación de la RESOLUCIÓN No. 005-2008 del 28 de mayo de 2008 del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca por medio del cual Resuelve "Imponer sanción de SUSPENSIÓN en el ejercicio profesional de la medicina durante un período de cuarenta y cinco (45) días al Dr. G.R.V., identificado con la cédula de ciudadanía No. .. de ., registro médico ... como infractor a los Art. 1 num. 1 y 9, 35 y 36 de la Ley 23 de 1981, por los hechos relacionados con la paciente señora M.S.C.," dentro del Proceso 836-06.

HECHOS

El 7 de febrero de 2006 el Hospital Buena Esperanza de Yumbo envió al Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca la queja interpuesta por la

señora M.S.C. por la actitud del doctor G.R.V. durante la consulta médica en el puesto de salud de Buenos Aires el día 16 de marzo de 2005.

En la declaración de la señora S. ante la oficina de Control Interno Disciplinario del Hospital La Buena Esperanza de Yumbo Valle, manifiesta: "En el puesto de salud de Buenos Aires me hicieron la citología me salió con inflamación en el cuello uterino y en el resultado me salió la inflamación entonces la enfermera me dijo que tenía que pasar con el médico entonces yo saqué la cita y entonces me atendió el Doctor G.R.V., cuando pasé me dijo que tenía entonces yo le pasé el resultado lo que me había salido en la citología, el lo miro y me preguntó que si me dolía para orinar, teniendo relaciones entonces yo le contesté que no me dolía nada ni me ardía tampoco, me dijo que me subiera a la camilla, que me iba a revisar y me preguntó que cuantos orgasmos tenía al tener relaciones con mi esposo, entonces yo le dije que a veces no tenía, entonces el me dijo que me iba a revisar por que de pronto me hacía falta estimulación entonces me dijo que abriera las piernas que me iba a revisar y me empezó a meter los dedos entonces me apretaba como al lado de los ovarios y me dolía porque me hacía muy duro, duró unos minutos examinándome así de lado a lado y entonces después ya me dijo que yo era muy seca y que me iba a estimular y yo le dije que no, porque me daba vergüenza con un desconocido, y el me contestó que no que me relajara que tranquila que no pasaba nada y me empezó a frotar el clítoris y me metía los dedos y me decía que soltara el estómago y el me dijo que me iba a frotar cinco minutitos y le dije que no porque si no con mi esposo mucho menos con una persona desconocida, el me dijo que me relajara que si yo veía que me iba a desarrollar que me viniera que no pasaba nada, yo le dije que no que no podía y yo quería cerrar las piernas, entonces volvió y le dije que pena si no podía con mi esposo y me paré, ya me dijo que me subiera el interior y me dio una formula que porque yo tenía nervios, entonces yo le recibí la formula que me pasó y dejé ese examen ahí tirado y salí de una, Y le comenté a la enfermera, y ella me contestó que no era la primera vez que con otras personas había pasado lo mismo y que ellos no habían dicho nada por miedo de verse involucrados y pues ella me dijo que si yo gustaba que hiciera una carta que ella me daba el nombre del médico, entonces pues yo le dije que si, pero pues como yo también comenté en la casa entonces me dijeron que eso era tiempo perdido porque ya después iban ha decir que la palabra del uno contra la de un médico no le iban a ser caso a uno de lo que uno decía contra un médico y después de ese examen con él me salía un flujo

con sangre y yo nunca había tenido ese dolor y menos bajito. Después yo saque cita con la Doctora M.F.E. y entonces ella me preguntó que me pasaba y yo le conté que el Doctor me había masturbado y entonces yo le dije que después de ese examen que el me hizo me salió flujo sanguinolento, entonces ella me dijo que porque no había hecho un escándalo para que dejara de ser tan atrevido, entonces ella me trató me mandó óvulos, una ecografía y un examen y entonces tenía que cauterizarme por que tenía un desgarre de un parto entonces pues lo del flujo era lastimada."

El Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca de acuerdo al Proceso Disciplinario No.836-06 que consta de 86 folios allegó la historias clínica de la paciente, las declaraciones de la señora M.S., de la señora A.P.M. auxiliar de enfermería, y la versión libre rendida por el doctor G.R.V. el día 4 de diciembre de 2006.

En Auto Interlocutorio No. 053~2007 del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca el día 19 de diciembre de 2007 se Resuelve: "PRIMERO.-Declarar que existe mérito para formular cargos contra Dr. G.R.V., por presunta violación a los artículo 1º. Numerales 1º y 9º, artículos 35 y 36 de la Ley 23 de 1981.

SEGUNDO.- Señálase el día 30 de enero de 2008, hora 9:30 AM Para realización de la diligencia de descargos."

En la diligencia de Descargos realizada el día 2 de abril de 2008 y el respectivo documento de soporte el Doctor G.R.V. V., acompañado de su apoderado el Dr. GUSTAVO ADOLFO GOMEZ RESTREPO explica la forma como él interpreta los resultados de las citologías en general considerando que si existen "células que indiquen la inflamación, puede corresponder a un proceso tumoral, infeccioso de sitio d la citología o de tejido adyacente, por eso no me quedo con el solo resultado, si no que interrogo con síntomas asociados y lo complemento con un examen del área afectada"

Ante la pregunta si había utilizado especulo para revisar el cerviz de la paciente, informa que no lo utilizó por no disponerse de este elemento en el centro de salud y que realizó un examen ginecológico por medio del tacto vaginal, en la versión libre folio 30 manifestó "encontré un proceso

de erosión de cuello y flujo alrededor del cuello, no muy abundante, incluso externamente era muy difícil por que la paciente estaba muy tensa, desafortunadamente no hay lubricante en el puesto de salud, entonces lo que se utiliza es Isodine cuando lo hay".

Realiza una explicación del tratamiento que empleó en esta paciente y que había empleado en otras pacientes con patología de infección similar, tratamiento no convencional y no soportado por la literatura médica a no ser en "foros por Internet principalmente en España" que es "mas efectiva que el uso de los antibióticos convencionales, produciendo un tratamiento más paliativo sobre la infección que lo normal". El tratamiento lo realiza con guates de látex a pesar que estos ocasionan inconformidad por ser "abrasivos" lo mismo que el uso de la gasa que impregna en Isodine y produce abrasión de los tejidos inflamados e infectados y con esto se obtiene según él, el estímulo para la regeneración de los tejidos.

Considera que la paciente no entendió las explicaciones dadas por su nivel socio cultural, que generalmente en el centro de salud las pacientes pertenecen al estrato 1 y 2, pero que con pacientes de mayor nivel socio cultural "es más práctico realizar este tipo de procedimientos pues entienden con mayor facilidad ese tipo de términos y ven con mayor beneficio propio los procedimientos".

Explica que ante la supuesta violación de los Artículos 35 y 36 de la Ley 23/81 en el Centro de Salud no se dispone de elementos para llevar una historia clínica en mejor forma y él tiene dificultades en la escritura.

El Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca mediante la Resolución No.005~2008 del veintiocho de mayo de 2008 no aceptó los descargos presentados por el Doctor G.R.V. y le impuso la sanción disciplinaria de SUSPENSIÓN en el ejercicio de la medicina durante un período de cuarenta y cinco (45) días.

Con fecha 1 de julio de 2008 el apoderado del Doctor R.V. interpuso recurso de reposición y subsidio de Apelación a la resolución 005-2008 del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca.

El Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca el día 10 de septiembre de 2008 resolvió no reponer la resolución 005-2008 del 28 de mayo de2008 y concedió la Apelación para ante este Tribunal.

El Recurso de Apelación fue remitido al Tribunal Nacional el día 10 de septiembre de 2008 y repartido en sala mediante sorteo en Sala Plena el 30 de septiembre de 2008, correspondió al doctor Miguel Otero Cadena como Magistrado Ponente.

CONSIDERACIONES

Manifiesta el Dr. GUSTAVO ADOLFO GÓMEZ RESTREPO en calidad de apoderado judicial del Dr. G.R.V. sustenta los recursos de Reposición y en subsidio de Apelación explicando que el Dr. G.R. fue muy explicito en las explicaciones dadas a la paciente sobre los procedimientos que le "permitieran al galeno descartar la presencia de otros cuadros infecciosos dada la patología de la paciente, pues es claro que es mejor establecer de manera inmediata el diagnóstico de la paciente a fin de formular e iniciar la estrategia clínica pertinente a fin de dar final satisfactorio al cuadro presentado por la señora M.S.C.. De allí que a pesar de la de presunta incomodidad física generada a la paciente no se llevó acabo de manera voluntaria o mucho menos por una actitud deshonrosa por parte del Dr. R."

Considera el Dr. Gómez que la paciente mal interpretó las explicaciones dadas por el médico y que los procedimientos fueron realizados para producir efectos benéficos y por lo tanto la queja es infundada. Agrega más adelante que la interpretación errónea por parte de la paciente, pudo haber sido por su "condición social".

El Tribunal Nacional no encuentra lógicas las explicaciones dadas por el Dr. G.R.V. en la versión libre rendida el 4 de diciembre de 2006, folios 29 a 32, ni las dadas en la diligencia de descargos del 2 de abril de 2008, para demostrar que las maniobras o "procedimientos" no convencionales ni soportados científicamente realizados a la paciente, ni registrados correctamente en la historia clínica, fueron con fines terapéuticos o según el abogado Dr. Gómez a folio 72 con fines diagnósticos. Tampoco se entiende cómo sin especulo y unos guantes de látex que producen supuestamente abrasión realiza diagnóstico de erosiones del cuello uterino y no utilizó si tenía dudas del diagnóstico y no contaba con los elementos adecuados en el centro de salud, la remisión de la paciente a un mayor nivel de atención, sin recurrir a métodos no entendibles por la paciente, a pesar de ser bachiller, ni por esta Sala del Tribunal Nacional.

No es aceptable que se apoyen tanto el médico endilgado como su apoderado en el nivel socio-económico o en el estrato 1-2 de la paciente, la interpretación que hiciera ella de las explicaciones del procedimiento.

Desvirtúan la queja de la paciente por el tiempo transcurrido entre los hechos y la presentación escrita de la misma. El Tribunal Seccional encuentra en las explicaciones dadas por la quejosa y el testimonio de la auxiliar de enfermería, justificación a esa demora que se encuentra dentro de los términos establecidos por la Ley.

La jurisprudencia de nuestros Tribunales ha sostenido que cuando se presentan actividades delictivas atentatorias contra el pudor y la libertad sexual ha de darse credibilidad a la víctima cuando el testimonio de la víctima es coherente, concordante y no existen circunstancias que hagan temer por una acusación temeraria, vindicativa, interesada o por cualquier otra circunstancia que hiciera temer por su veracidad. Esta Corporación comparte ese criterio porque casi un porcentaje del ciento por ciento de estas conductas contra el pudor y la libertad sexual ocurren por razones obvias sin la presencia de testigos. En tales circunstancias aceptar tan peregrina tesis sería admitir que esta clase de atentados quedaran siempre en la más absoluta impunidad. En el caso sub judice nos encontramos con el testimonio de una mujer humilde pero honesta y eso se infiere de su lenguaje y de la forma como relata los hechos acaecidos; esposa preocupada con los abusivos desmanes del médico tratante, preocupada fundamentalmente por su posición ante su esposo y sin que se pueda deducir que hubiera llegado a tener interés en perjudicar al médico. Es desde todo punto de vista prácticamente imposible que una mujer en su calidad de esposa y madre vaya a inventarse tan absurdas acusaciones sin que las mismas hubieran ocurrido en la realidad.

Por el contrario encuentra la Sala que su dicho es concordante con el extraño y desconocido método diagnóstico o tratamiento utilizado por el acusado, la no utilización del especulo que es indispensable, igualmente la falta de una enfermera que en este tipo de exámenes es necesariamente requerida; las anteriores circunstancias unidas a lo comentado por la auxiliar cuando la paciente salió asustada del consultorio, de que no era el primer caso, son razones más que suficientes para darle credibilidad a lo denunciado por la quejosa.

En el Capitulo 59 pagina 1425 del Libro DERECHO MÉDICO COLOMBIANO – RESPONSABILIDAD ÉTICA MÉDICA DISCIPLINARIA de Fernando Guzmán y otros, que trata de DELITOS SEXUALES EN EL ACTO MÉDICO dice:

Una de las situaciones más delicadas y denigrantes para la profesión médica es la producida cuando un profesional, abusando de su posición de autoridad y dominación sobre un paciente, resquebraja la confianza del mismo y manipula su cuerpo y su mente para obtener alguna forma de acercamiento sexual con quien se encuentra en franca posición de desventaja frente a su agresor, en este caso un médico delincuente.

Porque no solamente se transgrede la barrera de su pudor, sino que se irrumpe en lo más sagrado de una persona; Su intimidad.

El Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca tanto al elevar pliego de cargos como al sancionar al Dr. G.R. V., se basa en el Capitulo I de la Ley 23 de 1981 que trata de la DECLARACIÓN DE LOS PRINCIPIOS, principios que expresamente lo señala el Artículo 1 constituyen el "fundamento esencial para el desarrollo de las normas sobre Ética Médica.

1.La medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distingos de nacionalidad, ni de orden económico-socia, racial, político o religioso . El respeto por la vida y los fueros de las persona humana constituyen su esencia espiritual. Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes."

Teniendo en cuenta que en el recurso de Apelación no se desvirtúan los cargos y no quedan dudas, no hay lugar a la solicitud de resolver el proceso a favor del investigado.

En relación a la infracción a los Artículos 35 y 36 de la Ley 23/81, existe reconocimiento con algunos atenuantes relacionados con las dificultades en la caligrafía manifestados por el Dr. R., pero que no impiden se cumpla con la norma referente a lo señalado al registro de las condiciones de salud en la historia clínica.

La Sala del Tribunal Nacional de Ética Médica considera con todo respeto que el Tribunal Seccional al señalar la sanción la aplicó con exagerada benevolencia.

Basten las anteriores consideraciones para que el Tribunal Nacional de Ética Médica en uso de las atribuciones que le confiere la Ley

RESUELVA

Artículo Primero - Confirmar el auto interlocutorio No.005~2008 del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca de fecha 28 de mayo de 2008.

Artículo Segundo - Devolver el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

2- SEGUNDO PROCESO

Bogotá, Septiembre primero (1) del año dos mil nueve (2009)

SALA PLENA SESIÓN No.1015 DEL PRIMERO (1) DE SEPTIEMBRE DEL AÑO DOS MIL NUEVE (2009).

REF: Proceso No. 840, Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle
Contra Dr. G.R.
Denunciante: Señora C.C.H.B
Asunto: Sanción de Suspensión por más de seis meses

Magistrado ponente: Dr. Juan Mendoza-Vega. MD.
Providencia No. 61-09

VISTOS

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle del Cauca, en sala plena del 10 de Junio de 2009, resolvió enviar al Tribunal Nacional de Ética Médica el proceso adelantado contra el doctor G.R.V., por queja presentada

por la señora C.C.H.B., para la posible imposición de sanción consistente en Suspensión en el Ejercicio Profesional por lapso superior a seis meses. El cuaderno que contiene el expediente se recibió en el Tribunal Nacional el día 5 de Agosto de 2009; puesto para reparto en la sala plena del 11 de Agosto, correspondió por sorteo al Magistrado Juan Mendoza-Vega.

Cumplidos los términos, se procede a decidir de acuerdo con los siguientes:

HECHOS:

En escrito fechado el 7 de Febrero de 2006, la oficina de Control Interno Disciplinario del Hospital Buena Esperanza de la localidad de Yumbo, Valle del Cauca, envió al Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle del Cauca la queja presentada por la señora C.C.H.B, contra el médico G.R.V., junto con el auto No. 016-06 de dicha oficina y los anexos correspondientes, para que el tribunal abocara el conocimiento de la queja dentro de su competencia legal.

En la ampliación y ratificación de queja presentada bajo juramento a la ya dicha oficina de Control Interno Disciplinario por la señora C.C.H.B (folios 7 y 8 rectos), relata ella que el 28 de Diciembre de 2005 fue atendida en la consulta externa del hospital por el doctor G.R. quien la venía controlando al parecer por infección genital; en esta consulta, el doctor le ordenó desvestirse y acostarse en la camilla de examen, "me revisó y me dijo que estaba muy irritada, fue cuando salió del consultorio, le dijo a la enfermera que le diera un frasco que era como una crema para untarme, él me empezó a echar esa crema en la parte vaginal y a limpiarme con algodón y después me empezó a meter los dedos… yo le dije que eso me estaba doliendo, entonces él me dijo que me tranquilizara…después ya terminó con eso y me dijo ahora tiene que estimularse, entonces yo le dije doctor yo nunca he hecho eso… él me dijo no le de pena, haga de cuenta que yo no estoy aquí…yo le ayudo, y él empezó a estimularme, él me dijo pero hay mujeres que se desarrollan muy rápido, usted por qué no…dijo abra bien las piernas y sacó la lengua para hacerme sexo oral, entonces yo me paré de la camilla y le dije yo me voy, me dijo entonces si usted no se estimula le va a coger un dolor bajito, después me dijo cuando llegue a su casa se sigue estimulando".

Con términos muy parecidos testificó nuevamente bajo juramento la quejosa en diligencia de ratificación de queja ante el Tribunal de primera instancia, el día 18 de Septiembre de 2006; ante esa ratificación, el magistrado instructor propuso al tribunal citar para versión libre al doctor G.R., previa su identificación como médico, diligencia para la cual se fijó el día 3 de Septiembre de 2007 y así se le notificó en debida forma al disciplinado. Igualmente, se dispuso oír en declaración juramentada a la enfermera Alba Padilla Morales, a quien se identificó como la persona que trabajaba en la institución asistencial donde ocurrieron los hechos y a la cual la quejosa dijo haberle comentado el episodio inmediatamente después de su ocurrencia.

La actuación

En la versión libre visible a folios 27 a 29 (rectos y versos), el doctor G.R.V. se identificó con la cédula de ciudadanía colombiana número .... expedida ..., manifestó ser médico graduado en la Universidad del Valle y poseer el registro médico ..... Estuvo asistido por el abogado Diego Fernando Medina Capote, a quien dijo otorgar poder amplio y suficiente para actuar como su defensor. Al ser preguntado por su versión de los hechos, admite haber utilizado la sustancia antiséptica "isodine" para frotar "las paredes de la vagina hasta retirar todo el material purulento, es un procedimiento bastante doloroso porque arde y duele"; dijo que tal procedimiento lo había aprendido de un médico en Tuluá y que en la nota escrita por él en la historia clínica de la paciente, correspondiente al día de los presuntos hechos, no consignó con detalle tal procedimiento y se limitó a escribir "asepsia" porque el procedimiento "es algo muy sencillo, es coger una gasa, coger isodine y limpiar la pus". En cuanto a la orden de auto-estimularse, admitió que "sí le dije que se estimulara porque genera contracción de cuello y descongestiona a nivel pélvico y de la parte vascular, eso minimiza el dolor después del procedimiento, como ella no sabía le indiqué cómo hacerlo y ella siguió". Y ante la afirmación de la quejosa sobre intento de sexo oral, respondió: "Cómo voy yo siendo médico y estoy tratando una paciente con una infección, ni bobo que fuera para irme a contaminar de algo, no sé porqué ella dice eso, es ilógico, qué voy a pretender tener sexo oral con una paciente a la que estoy tratando de una infección". Agregó, para terminar, que toda su conducta "era buscando beneficio para la paciente pero en ningún momento tenía la idea,

ni pretendía nada sexual con la paciente, no entiendo por qué la paciente dice eso".

En testimonio juramentado, la auxiliar de enfermería y promotora en salud Alba Aidée Padilla Morales, identificada con la cédula de ciudadanía 31.477.467 de Yumbo, afirmó que la señora C.C.H.B le había manifestado "en ese momento, era que él la había tocado la parte genital", y al ser interrogada por el instructor concretó: "Yo normalmente les explico a las señoras que el médico debe realizar el examen y dentro de éste es un tacto vaginal. Lo que ellas sí me dicen es que fuera del examen que se les debe realizar, él las masturba, por lo cual se les indica que ellas pueden quejarse por éste hecho".

El tribunal seccional, en auto interlocutorio del 3 de Diciembre de 2008, resolvió formular pliego de cargos al doctor G.R.V. por presunta violación a los artículos 1º, numerales 1, 3, 9 y 10; artículos 11, 12, 15 y 36 de la Ley 23 de 1981, y señaló el 28 de Enero de 2009 para la respectiva diligencia de descargos.

En escrito entregado al tribunal seccional el 21 de Enero de 2009, el disciplinado G.R.V. otorgó poder como apoderada a la abogada Genny Mercedes López Duque; fue ella quien lo acompañó en la diligencia de descargos, visible a folios 49 y 50 rectos, la cual estuvo además complementada con el escrito visible a folios 51 a 55 rectos. En su escrito, el doctor G.R. admite de nuevo haber "limpiado el área genital con isodine y gasa", y señala que "es posible que haya dolor debido a que la paciente se encontraba muy irritada. Por lo tanto le sugerí a la paciente que se relajara, pero no con mala intención y no con un vocabulario descortés". Afirma que el examen físico genital era indispensable, y que "me ratifico que mi intención con la paciente quejosa era única y exclusivamente profesional… considero que lo que hubo por parte de la paciente fue una mala interpretación del significado de la palabra estimulación pues se trataba exclusivamente de que entendiera las condiciones de la piel de la zona afectada y que le iban a permitir una mejoría mucho más rápida que con los otros tratamientos". Reitera que las imputaciones de la quejosa "no son ciertas" y que "no hubo intención alguna de mi parte en hacer creer a la paciente situaciones diferentes a la relación MÉDICO-PACIENTE" (las mayúsculas son del original). A la testigo Alba Padilla la tacha de

"sospechosa" porque presuntamente vive en el mismo barrio de la quejosa y "puede pensarse que se encuentran confabuladas para atentar contra mi buen nombre, ética, valores y derechos".

Pasa luego a referirse a lo dicho por la quejosa sobre presunto intento de sexo oral, a lo que dice "conociendo la patología de la paciente está claro que no me iba a arriesgar a atentar contra mi salud o mi propia vida" y afirma que "no más por esta manifestación por parte de la quejosa se puede deducir que existe mala fe e intenciones de causar daño, aunque yo no conozco los motivos de atentar contra mi buen nombre". Señala que "las explicaciones vertidas al momento de la consulta no fueron entendidas con el sentido que se pretendía por parte de este galeno" y que "está claro que dada su condición social, las personas pueden asimilar ciertas situaciones de maneras muy diferentes y una conducta que un estrato social puede ser vista como reprochable o indecente en otro no, así pues con pacientes de mayor nivel socio-cultural es más práctico realizar este tipo de procedimientos pues entienden con mayor facilidad ese tipo de términos y ven con mayor beneficio propio los procedimientos". Insiste en que el procedimiento que realizó "no es convencional" pero lo aprendió "de un docente en mi época de internado en ginecología en Tuluá" y que "sólo se usa en casos de recidivas frecuentes y crónicas o cuando no hay respuesta a tratamientos convencionales, como sucedió con la paciente C.". Acepta los cargos en cuanto a los artículos 35 y 36 de la Ley 23 de 1981 reconociendo "que evidentemente no cuento con la mejor caligrafía" pero alega que "en el puesto de salud en que me encontraba para esa fecha no contaba con equipos de computación que nos permitieran a los que allí laborábamos diligenciar las historias clínicas de una forma más ágil y práctica", además de señalar que "en un tiempo máximo de atención de quince minutos…se dificulta mucho llevar a plenitud cada una de las labores tendientes a la efectiva prestación de un servicio", pero manifiesta al tribunal "mi compromiso para mejorar en dicho aspecto".

Terminada la lectura del documento de descargos, el disciplinado fue interrogado por la Sala Plena para aclarar algunos de los conceptos que había vertido; en sus respuestas, sugirió en que el "malentendido" se produjo porque la paciente quejosa es "del barrio Buenos Aires que es de la ladera sur, es uno de los barrios más bajos, a eso me refiero, en 22 años de práctica médica hasta ahora tengo este problema y fue precisamente en

ese barrio". Como la sala le recordó que en su versión libre admitió haberle dicho a la quejosa que se estimulara y "como no sabía le indiqué cómo hacerlo", manifestó querer aclarar que "lo que yo le dije a la paciente no fue que se estimulara a nivel genital sino que se hiciera exactamente como se hacen las maternas de estímulo del pezón (sic)…lo otro es que cuando le dije que se sobara no era en la parte genital sino en el hipogastrio o sea la parte baja del abdomen"; como se le pusiera de presente que la versión está firmada por él, de su puño y letra, respondió: "La firma sí, lo que no entiendo es por qué lo que yo expliqué ese día no está en el expediente, ese día yo no leí porque se me olvidaron las gafas, yo firmé". Como la Sala pregunta si hace las dichas estimulaciones cada vez que atiende a una paciente con infección del tracto vaginal, es enfático al responder: "Nunca hago lo que hice con esa paciente ni previo ni posterior, lo hice en este caso porque la paciente se quejaba de que le estaba doliendo…y una cosa que quiero aclarar de este caso es que lo que yo les digo en este caso se basa en la declaración de la paciente porque ni siquiera me acuerdo de haber hecho esto en ese puesto de salud. Yo baso lo que estoy haciendo en lo que la paciente describe". Enseguida reconoce que en el año 2005 hubo otra u otras quejas por motivos similares a la queja actual, pero no refiere cómo terminaron esos casos. El tribunal de primera instancia, por su parte, hizo notar en su resolución 007/2009, (folio 71 recto) que esa corporación sancionó al disciplinado en dos ocasiones por quejas similares a las que obran en el presente proceso, la primera vez con suspensión en el ejercicio profesional por 45 días y la segunda, con suspensión por seis meses.

Como el defensor del doctor G.R. en diciembre de 2008, abogado Gustavo Adolfo Gómez Restrepo, había pedido recibir testimonio a dos señoras que habían sido atendidas por el disciplinado sin que tuvieran motivo de queja contra él, la Sala Plena del tribunal seccional por auto del 4 de marzo de 2009 visible a folio 60 recto y verso consideró inconducentes tales testimonios para esclarecer la conducta investigada y en consecuencia, denegó la práctica de tales pruebas, decisión que fue debidamente notificada y no fue recurrida.

Analizado el acervo probatorio, la Sala Plena del tribunal seccional mediante resolución del 10 de Junio de 2009 desestimó los descargos presentados por el disciplinado, consideró probado que realizó a la quejosa un

procedimiento extraño e inadecuado con un método terapéutico no avalado por las instituciones científicas, y realizó manipulaciones que llevaron a la paciente "a una situación de mucha incomodidad…alejándose de los principios metodológicos y éticos que deben prevalecer en la relación médico-paciente". Como acaba de citarse, además señaló que esa corporación sancionó al doctor G.R.V. en dos ocasiones anteriores, por hechos muy similares ocurridos también en los meses de marzo y junio de 2005 en otras dos pacientes que se quejaron por ello, razones por las cuales la Sala Plena resolvió dar traslado al Tribunal Nacional de Ética Médica para la posible aplicación de sanción consistente en suspensión en el ejercicio profesional por lapso superior a seis meses, al tenor de lo dispuesto en el artículo 89 de la ley 23 de 1981, y así se cumplió.

Resultandos y considerandos

La calidad de médico del doctor G.R.V. se encuentra debidamente probada en el informativo.

Para este Tribunal Nacional, está igualmente probado con las declaraciones de la quejosa, de la auxiliar de enfermería presente ese día en el sitio de los hechos, y del propio disciplinado tanto en la versión libre como en la diligencia de descargos, que atendió a la quejosa en consulta de control por infección genital el día 28 de Diciembre de 2005, que durante tal consulta le realizó aplicación intravaginal de una sustancia desinfectante yodada (Isodine) y que le ordenó "estimularse" presuntamente para aliviar el dolor producido por la aplicación intravaginal mencionada.

El término "estimularse" fue entendido por la quejosa en el sentido de masturbarse digitalmente y provocó en ella, según su declaración juramentada, negativa inmediata a la que el disciplinado respondió con el ofrecimiento de "enseñarle" y las acciones correspondientes en los genitales de ella, cosa que él admite en su versión libre y luego trata de negar en la diligencia de descargos afirmando que lo transcrito en la versión libre no fue lo dicho por él y que tal documento lo firmó sin leerlo "porque había olvidado las gafas", aseveración imposible de aceptar pues en esa ocasión lo acompañó su abogado defensor y si realmente hubiera tenido dificultad para leer lo que iba a firmar, sin duda lo habría hecho notar de inmediato y esa persona de su entera confianza le habría ayudado o

habría señalado la situación al funcionario instructor para evitar lesión al debido proceso y al derecho a la defensa.

La acusación relacionada con el intento de practicar sexo oral a la quejosa, la rechaza el disciplinado con el argumento de que, sabiendo el estado clínico de la señora, no es lógico pensar que él voluntariamente se expusiera a contraer infección que pusiera en peligro su salud o su vida; en este aspecto concreto, se trata de la palabra de la quejosa contra la del disciplinado, porque no había en el consultorio nadie más, como lo afirma el propio doctor G.R. al tachar la credibilidad de la testigo Alba Padilla; sin embargo, no se vislumbran motivos para que la señora C.C.H.B busque perjudicar en forma tan grande al médico que la venía atendiendo, inventando una acusación precisa con todos los detalles.

Por lo que hace a los puntos del pliego de cargos relacionados con mal diligenciamiento de la Historia Clínica al escribir sus notas en forma casi ilegible, el disciplinado los admite y aún ofrece trabajar para corregir ese comportamiento en lo venidero, por lo que se consideran probados.

Para este Tribunal Nacional de Ética Médica, las faltas contra el pudor sexual cometidas durante un acto médico son de las más graves que pueden reprocharse a un médico. En efecto, por una parte, constituyen indebido aprovechamiento de la posición del profesional frente a una persona necesitada que pide su ayuda en situación de peligro para su salud o su vida, y que a la angustia y preocupación por la enfermedad ve agregados el atropello a algo tan íntimo y delicado como son su vida sexual y su pudor, y el desagrado y maltrato emocional que tales conductas provocan; por otra parte, con esa clase de atropellos se resquebraja el buen nombre de todo el Cuerpo Médico y la confianza que la Sociedad le otorga a quienes protegen bienes tan trascendentales como la vida y la salud, confianza que es indispensable para el correcto ejercicio de la profesión de médico. Si en algún caso tales faltas fueran resultado de algún desorden de la actividad psíquica del médico, al reproche y sanción se agregaría la solicitud de que el afectado se sometiera a los exámenes y tratamientos del caso, manteniéndose fuera del ejercicio profesional mientras no hubiera razonable seguridad de que el desorden hubiera desaparecido, y cambiando las características de su práctica para que en ella no tuviera contacto con personas si los tratamientos no dieran esa seguridad.

En el caso que se analiza, la actuación del doctor G.R.V. fue irregular desde el punto de vista científico y antiética, reñida con el respeto a la dignidad de la señora C.H.B.; viola los numerales 1, según el cual "el respeto por la vida y los fueros de la persona humana" son esencia espiritual de la Medicina; 3, que ordena al médico ajustarse "a los principios metodológicos y éticos que salvaguardian los intereses de la ciencia y los derechos de la persona"; 9, que obliga al médico a "sujetar su conducta pública y privada a los más elevados preceptos de la moral universal"; y 10, relativo a los principios éticos que rigen el quehacer de los médicos, todos ellos del artículo primero de la Ley 23 de 1981; también el artículo 11, "la actitud del médico ante el paciente será siempre de apoyo"; el 12, por el cual "el médico solamente empleará medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas"; el 15, por cuanto no hay constancia de que obtuviera el consentimiento informado de la paciente para el tratamiento que dice haberle aplicado; y el 36, porque no diligenció la historia clínica respectiva con claridad; los actos contrarios al pudor han sido repetidos por el disciplinado contra diversas pacientes, quienes se han quejado por tal causa como lo admite él mismo, y las sanciones respectivas no parecen haber logrado disuadirlo de su conducta, por lo que este Tribunal Nacional considera que debe imponerse la máxima sanción prevista en la Ley 23 de 1981, la cual servirá por otra parte para evitar que se presenten nuevas oportunidades de atropellos contra otras mujeres necesitadas de consulta médica.

Bastan las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de las atribuciones que le concede el artículo 89 de la Ley 23 de 1981,

RESUELVA

Artículo Primero - Imponer al doctor G.R.V., de las condiciones personales y profesionales conocidas en el informativo, dentro del proceso incoado por la queja presentada por la señora C.C.H.B. y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, sanción de Suspensión en el ejercicio profesional por un lapso de cinco (5) años, que empezarán a contarse desde el día siguiente a aquel en que la presente providencia quede en firme.

Artículo Segundo - Contra la presente providencia son procedentes los recursos de reposición, para ante este Tribunal Nacional, y de apelación, para ante el Ministerio de la Protección Social, dentro de los treinta días hábiles contados a partir de la fecha de notificación de la providencia. NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

ESTA SENTENCIA FUE APELADA ANTE EL MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL, EL CUAL CONFIRMÓ EN TODAS SUS PARTES LA PROVIDENCIA CONTENTIVA DE LA DECISION SANCIONATORIA EL 12 DE ABRIL DE 2010 (FOLIOS 054 A 061 DEL CUADERNO PRINCIPAL)

3- TERCER PROCESO

Bogotá, Octubre veinte (20) del año dos mil nueve (2009).

SALA PLENA SESION No.1022 DEL VEINTE (20) DE OCTUBRE DEL AÑO DOS MIL NUEVE (2009).

Ref: Proceso 820 del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca.
Denunciante: D.R.R.
Contra: Doctor G.R..

Magistrada Ponente: Guillermina Schöonewolff De Loaiza.
Providencia No. 78-09

VISTOS

El 9 de julio de 2009 la abogada Genny Mercedes López Duque, apoderada del doctor G.R.V., interpone recurso de reposición y en subsidio el recurso de apelación ante la Sala del Tribunal Nacional de Ética Médica, contra la resolución N° 005 del 03 de junio de 2009, del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca, donde se le impone al doctor G.R.V. sanción disciplinaria de suspensión en el ejercicio de la medicina durante un período de 6 meses como infractor del Artículo 1 numeral 1 y 3 . Artículos 11, 12, 15 y 36 de la Ley 23 de 1981.

EL 29 DE JULIO DE 2009 EL Tribunal Seccional resuelve no reponer lo decidido en la resolución 005-2009 del 3 de junio del 2009 y concede el recurso de apelación ante el Tribunal Nacional.

Entra para reparto el 3 de septiembre correspondiéndome su instrucción.

HECHOS

La señora D.R.R. con cedula de ciudadanía… de …. afiliada a la E.P.S. Caprecom, con fecha 29 de junio de 2005 interpone una petición en forma verbal y escrita ante la coordinadora de la oficina de Atención al Usuario del Hospital Buena Esperanza ESE del Municipio de Yumbo Valle, señora G.S.G.O. (Folio 00030). En la cual expone: "Fui a la consulta el día 21 de junio de 2005 del Barrio Bella Vista. El doctor G.R., a consultar por un flujo que tenía. Él me hizo acostar en la camilla y me hizo quitar la ropa interior y me hizo abrir las piernas y comenzó a lastimarme con unas gasas untadas de Isodine. Me dijo que me relajara, que me tocara en la parte vaginal y en los senos como masturbándome para que aflojara un líquido que él necesitaba que saliera. Yo considero que ningún médico debe hacer eso, que no era el modo de tratarme, además me lastimó mucho y estoy sangrando desde entonces."

El 30 de junio la señora G.S.G envía a la jefe de control interno disciplinario del Hospital doctora María Raquel Puente, la petición recibida para que se realice la respectiva revisión del caso y se dé una respuesta por escrito para ser presentada a la señora D.R.R.

Mediante auto de julio 29 de 2005 la doctora Puente, jefe de la oficina de Control Interno Disciplinario del Hospital la Buena Esperanza de Yumbo, Valle, dispone remitir al Tribunal Seccional se Ética Médica del Valle del Cauca, las diligencias adelantadas en contra del doctor G.R.V. "por queja verbal expuesta por la señora D.R.R."

Entre la documentación recibida por el Tribunal Seccional el 5 de diciembre de 2005, figura a folio 00003 constancia de que no se pudo entregar la citación a la paciente por que ya no reside en la dirección anotada. Citación dirigida a la señora D.R.R.

Con fecha 5 de diciembre de 2005 el Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca dispone adelantar investigación formal contra en doctor G.R..

El 31 de mayo de 2006 el Tribunal Seccional solicita a la jefe de Control Interno del Hospital, copia de la historia clínica, evoluciones, notas de

enfermería e informe sobre la ubicación de la paciente D.R (sic) R., para efectos de citación y se informe que servició de salud utilizó la paciente para ser atendida en la entidad hospitalaria.

En junio 14 de 2006 se recibe respuesta de la oficina de control Interno del Hospital en la cual envían la dirección y teléfono de la hija de la paciente, señora B.P., y aclaran que la dirección que figura en la historia clínica de la señora D.R.R. con CC: ... ya no corresponde a su dirección actual. Además se corrige que el nombre de la quejosa es D.R.R. (folio 00015).

En agosto 3 de 2006 la doctora Sandra Viviana Aparicio, abogada asesora del Tribunal Seccional envía citación a la paciente con el apellido errado y a la dirección que se les había notificado que ya no era su residencia.

Nuevamente el 13 de marzo de 2007(F: 00022) la abogada asesora envía citación por segunda vez a la señora R.R. a la dirección correspondiente a la hija de la paciente. La quejosa no asiste a ratificar la queja.

A folio 00023 con fecha 9 de julio de 2007 se observa constancia secretarial que indica que se ha citado en 2 ocasiones por escrito y se ha entablado conversación telefónica con la hija de la señora D.R. (sic) R. y no se ha hecho presente.

El abogado asesor del Tribunal Seccional doctor Augusto Cuellar, solicita a la coordinadora de atención al usuario del Hospital de Yumbo, el testo original de la queja de la señora D.R.R. y le solicita gestión para poderla localizar.

En abril 8 de 2008 se envía la tercera citación con el apellido R.R. a la dirección suministrada por el Hospital de Yumbo, pero tampoco asistió la paciente a la citación y no presentó justificación válida.

El Hospital La Buena Esperanza remite a solicitud del Tribunal, copia de la historia clínica y las guías de protocolos para el manejo de la vaginosis.

El 10 de noviembre rinde su versión libre el doctor G.R.V. con cc: ... de ... en compañía de su abogado y manifiesta que lo que acostumbra a hacer

cuando le llegan casos de vaginosis a repetición que no responden al tratamiento es hacer una asepsia con isodine y con gasa, retirar al máximo el material purulento que pueda haber, dejar vagina y cuello lo más limpio posible y después de eso instaurar tratamiento farmacológico para que actúe sobre lo poco que pudo haber quedado de sustrato infeccioso. Dice que le pide que esté lo más relajada posible, que se estimule los pezones porque al apretar el pezón se libera oxitocina y eso estimula la contracción del útero, "En caso de que haya una secreción en la parte interna, al contraer el útero la expulsa." No deja constancia en la historia clínica porque solo deja un resumen de la consulta. Se le solicita que lea lo que anotó en la historia clínica pero algunos apartes el mismo médico no los entiende. Agrega que es un procedimiento bastante efectivo pero por las consecuencias que le ha traído con las quejas decidió no volverlo a hacer, el procedimiento no lo aprendió de los libros sino por un ginecólogo en Tulúa doctor M., cuando realizó su rotación de ginecología.

El 10 de diciembre de 2008 el Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca, analiza las pruebas recaudadas en el proceso y realiza las siguientes conclusiones:

1- Atendió a la paciente D.R. (sic) R. en el servicio de consulta externo del puesto de salud Bellavista el día 21 de junio de 2005.
2- Al diagnosticar un cuadro de vaginosis en la paciente R.R., se apartó de las guías de manejo aprobadas por el Ministerio de la Protección social y adoptadas por el Hospital La Buena Esperanza de Yumbo, al utilizar un método poco ortodoxo y sui generis (estimulación.)
3- No dejó constancia en la historia clínica, del método terapéutico utilizado.
4- El diligenciamiento de la historia clínica no fue claro
5- Utilizó un método terapéutico no debidamente aceptado por las instituciones científicas legalmente reconocidas.
6- No brindó el apoyo necesario en la atención brindada a la señora R.R, antes por el contrario despertó su preocupación que la llevó a instaurar la queja.
7- No se ajustó a los principias metodológicos y éticos que salvaguardan los derechos de la persona.

EL Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca resuelve formular cargos por posible violación a los Artículos: Artículo 1° numerales 1,3, 9 y

10, y los artículos 11,12 y 15 de la Ley 23 de 1981. Adicionalmente el artículo 36 de la misma Ley por haber realizado la historia clínica de la paciente con letra ilegible.

El 11 de febrero de 2009 rinde sus descargos el doctor G.R.V. en compañía de su abogada doctora Genny Mercedes López Duque, informa que es médico general de la Universidad del Valle, tiene 49 años, casado y CC: ... de ...

Manifiesta que la señora D.R.R profirió imputaciones deshonrosas en su contra, declaración que no fue ratificada ante el Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca, a pesar de tres citaciones que le enviaron a la quejosa. Refiere que atendió a la paciente en varias ocasiones, y que le pudo haber causado dolor por el grado de inflamación que presentaba. Dice que actuó con ética, profesionalismo, prudencia, educación, utilizando un vocabulario menos técnico y más popular para que entendiera un resultado positivo en su recuperación., el cual fue interpretado erróneamente.

Afirma que existen ciertas manifestaciones que pretenden hacer ver de su parte una conducta violatoria de los principios éticos, y que no hubo intención alguna en hacer creer a la paciente situaciones diferentes a la relación médico paciente.

Refiere que las declaraciones de la auxiliar de enfermería Alba Padilla son de mala fe y con intensión de causarle daño y que por lo tanto iniciará las acciones legales pertinentes.
Acepta que si bien el procedimiento realizado no es convencional solo lo usa en caso de recidivas frecuentes y crónicas o cuando no hay respuestas a tratamientos convencionales como en el caso de la paciente.

Dice que con relación a los cargos formulados en los artículos 35 y 36 de la Ley 23 de 1981, reconoce que no cuenta con la mejor caligrafía, lo que le ha impedido en muchos casos desarrollar su labor a cabalidad.

Solicita tener como pruebas documentales las copias de las calificaciones de su desempeño laboral. Y como testimoniales las declaraciones de tres pacientes para que informen como testigo presenciales lo que conste sobre hechos de su comportamiento como médico en casos similares.

En marzo de 2009 el Tribunal Seccional resolvió denegar las pruebas solicitadas por el doctor G.R.V. por considerarlas inconducentes para el propósito de desvirtuar los cargos formulados.

El tres de junio de 2009, La Sala Plena del Tribunal Seccional en su resolución No 005. -2009 profiere RESOLUCIÓN DE FONDO, por medio de la cual resuelve:

Aceptar los descargos con relación al Artículo 1° numerales 9 t 10 de la Ley 23/81 al concluir que su comportamiento no obedeció a una actitud inmoral dirigida a fines diferentes al servicio médico, sino a un procedimiento inadecuado y no convencional, con una método terapéutico no avalado por las instituciones científicas, que se aparta de las guías de manejo aprobadas por el Ministerio de La Protección Social y adoptadas por el Hospital La Buena Esperanza.

Y no aceptar los descargos presentados referentes al Artículo 1° numerales 1 y 3 ; 7y los artículos 11, 12, 15 y 36 de la Ley 23 de 1981.

Y segundo imponer al doctor G.R.V. CC: ... de ..., sanción de suspensión en el ejercicio de la medicina por el término de 6 meses.

EL RECURSO:

El 09 de julio la apoderada del doctor G.R.V. interpone recurso de reposición y en subsidio el recurso de apelación contra la resolución 005 del 03 de junio de 2009. del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca mediante la cual lo sancionó con suspensión en el ejercicio profesional durante 6 meses.

Fundamente su recurso:

> *1-Considera muy drástica la sanción de 6 meses impuesta al doctor G.R.V., habiendo ratificado en audiencia de descargos, que la intención con la paciente quejosa era única y exclusivamente profesional.*
> *2-La conducta y el procedimiento utilizado por este profesional se salen de los protocolos y parámetros establecidos por la Ley, pero solo se utilizó con el fin de descartar otros cuadros de infecciones.*

3- El procedimiento es inadecuado, pero que en ningún momento hubo mala fe, tanto es así que el mismo profesional ha confesado su inusual procedimiento y no ha negado sus actuaciones.
4-El doctor G.R. ya fue sancionado por el Tribunal de Ética Médica del Valle con suspensión de 45 días, por violación de los mismos artículos, por hechos muy similares ocurridos en marzo del 2004, sanción debidamente causada.
5-Dice que en contra de su defendido existe una confabulación, pues existen varias declaraciones en contera, sobre hechos narrados muy similares, practicados en el mismo sitio y en todas las declaraciones aparece la auxiliar de enfermería Alba padilla.
6-El doctor G.R. acepta su culpa de la forma inadecuada del procedimiento y manejo inusual del tratamiento, pero alega que ya fue sancionado por este proceder.
7-Se debe aplicar el principio del Non bis in ídem, dispuesto por el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, con el fin de impedir que una persona ya juzgada vuelva a ser investigada, juzgada y condenada por la misma conducta o procedimiento y también prohíbe permitir que una misma persona sea objeto de múltiples sanciones o juicios sucesivos ante una misma jurisdicción.
8- Los hechos son diferentes o más bien quien denuncia los hechos son personas diferentes, pero se hace énfasis en un mismo diagnóstico, en una misma conducta o procedimiento no convencionales o soportados científicamente, realizados a los pacientes, ni tampoco registrados correctamente en la historia clínica.

PETICIÓN: Se revoque la Resolución No 005 del 3 de junio de 2009 mediante la cual se sanciona al doctor G.R.V. con suspensión en el ejercicio de la medicina por el termino de 6 meses.

El 29 del mes de julio del 2009 el Tribunal de Primera Instancia resuelve no reponer la decisión de la resolución 005-2009 y concede el recurso de apelación ante el Tribunal Nacional.

RESULTADOS Y CONCIDERANDOS

La señora D.R.R. presenta una queja o petición en forma verbal y escrita ante funcionaria de la oficina de atención al usuario del hospital Buena

Esperanza del Municipio de Yumbo con relación a la consulta y procedimientos realizados por el Dr. G.R.V. el día 21 de Julio de 2005.

La queja es remitida a la jefe de control interno disciplinario del mismo Hospital. Se cita a la paciente para ampliación y ratificación de la queja, pero la dirección que figura en la historia clínica ya no corresponde a la paciente.

De la oficina de control interno del hospital se remiten las diligencias adelantadas y la versión libre del médico al Tribunal de Ética Médica del valle del Cauca, registrando en forma accidental que la quejosa se llama D.R.R

El Tribunal solicita a la oficina de control interno disciplinario del Hospital la historia clínica, hojas de enfermería, etc de la paciente.

Por regla general, las denuncias deben ser interpuestas bajo la gravedad del juramento y por tal razón, en principio, las denuncias anónimas no son de recibo, pero pese a la situación anterior, cuando la denuncia anónima contempla informaciones serias, reales y verídicas, tal información puede ser fuente para iniciar una investigación preliminar que tiene como objetivo primario verificar la verosimilitud de las denuncias contenidas en ese tipo de escritos.

Es evidente que lo contenido en la denuncia de la señora R.R., a pesar de no haber podido ser ratificada bajo la gravedad del juramento, es una realidad, que su contenido se ajusta completamente a la verdad histórica de los hechos, tanto que los hechos, por lo menos en lo relacionado con su existencia son aceptados por el propio disciplinado.
En tales circunstancias, pese a la no ratificación de la denuncia la información fue idónea para iniciar la respectiva investigación y para llegar al conocimiento de los hechos que llevaron al Tribunal de primera instancia a imponerle una sanción al médico disciplinado.

Se trata entonces ésta de una actuación válida, que no es del caso anular por las razones expuestas con anterioridad.

En el recurso de apelación el inculpado doctor G.R. en ningún momento

debate o desvirtúa las consideraciones y conclusiones a que llegó el Tribunal Seccional para imponerle la sanción de suspensión; por el contrario acepta que realizó los métodos y procedimientos motivo de la queja, que se apartó de los protocolos y parámetros establecidos por la Ley, y confiesa su inusual procedimiento y acepta su culpa, lo mismo que el diligenciamiento de la historia es deficiente por no contar con "su mejor caligrafía"

Dice el memorial que el doctor G.R. realizó estos procedimientos para descartar otros cuadros de infecciones, sin aclarar cuales, puesto que el motivo de consulta de la paciente y el diagnostico anotado por el mismo médico fue el de vaginosis sin presentar síntomas de otra patología.

En su recurso acepta haber sido sancionado con anterioridad (15 meses antes), por los mismos hechos, sin embargo continúa realizando estos procedimientos con el conocimiento que eran censurables y sancionables lo que indica que el médico G.R. es reincidente.

El nom bis in idem es una garantía constitucional que prohíbe la persecución reiterada, indefinida y consiste precisamente en que no se puede iniciar plurales investigaciones penales por un mismo hecho.

Al hacerse referencia a un mismo hecho, ha de entenderse la prohibición como la imposibilidad de los funcionarios del Estado de iniciar varias investigaciones por una misma conducta o por un mismo hecho; porque es obvio que el Estado en el ejercicio del ius puniendi puede iniciar tantas investigaciones contra una misma persona, como cuantos hechos o conductas diferentes haya realizado.

En el caso presente la recurrente tiene un errado concepto de esta prohibición constitucional porque no se está tramitando una nueva investigación por un hecho que en el pasado fue objeto de juzgamiento sino que se trata de un nuevo proceso originado en una nueva conducta realizada por el mismo médico pero sobre una paciente diferente y en circunstancias de tiempo modo y lugar perfectamente diferentes.

Tan cierta es la aseveración anterior que el propio legislador admite en el caso de la inasistencia familiar que una vez adelantado un proceso por incumplimiento alimentarios del pasado si el irresponsable padre nueva-

mente incurre en la inasistencia se le puede hincar un nuevo proceso por el mismo delito porque se trata de nuevas conductas, similares a las anteriores pero diferentes, en cuanto constituyen nuevos deberes alimentarios.

Lo anterior aparece previsto en el artículo 235 del Código penal que establece:

"….Art.235. Reiteración. La sentencia condenatoria ejecutoriada no impide la iniciación de otro proceso si el responsable incurre nuevamente en inasistencia alimentaria..."

Basten las anteriores consideraciones para que el Tribunal Nacional de Ética Médica en uso de las atribuciones que le confiere la Ley

RESUELVA

Artículo Primero - Confirmar la resolución No 005 del 03 de junio del 2009, del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca por medio de la cual se le impone sanción disciplinaria de suspensión en el ejercicio de la medicina durante un período de 6 (seis) meses al doctor G.R.V., identificado con cedula de ciudadanía …… de …. Como infractor al artículo 1 numeral 1 y 3, artículos 11, 12 15 y 36 de la Ley 23 de 1981.

Artículo Segundo - Una vez en firme la presiente providencia devolver el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia. NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

III- RESPÉCTO DEL EJERCICIO ILEGAL DE LA MEDICINA POR EL MÉDICO CONDENADO

Es absolutamente claro que el individuo G.R.V. ejerció la medicina de manera ilegal cuando, a pesar de haber sido condenado con sanción severa de suspensión en el ejercicio de la medicina, continuó desempeñándose como médico sin tener el privilegio legal y social de hacerlo.

La Ley 14 de 1962 define el ejercicio de la medicina y la cirugía como: "la aplicación de medios y conocimientos para el examen, diagnóstico, prevención, tratamiento y curación de las enfermedades, así como para la

rehabilitación de las deficiencias o defectos ya sean físicos, mentales o de otro orden que afecten a las personas o que se relacionen con su desarrollo y bienestar."

La medicina se ha clasificado como una 'profesión liberal'. La esencia de estas profesiones es que la persona entrega a quien las ejerce una confianza especial y unos elementos personales íntimos que hacen que la relación sea más de tipo humanístico que económico.

Cada país forma a sus profesionales de acuerdo a las necesidades sociales del momento, a las normas internacionales de excelencia académica y a los recursos disponibles. El título universitario implica una presunción de aptitud, de formación aceptada, de competencia intelectual específica.

Las facultades de medicina legalmente reconocidas, que determinen el grado de cada médico, deben reportarlo ante el gobierno con todos los datos necesarios (Decreto 1465 de 1992). La medicina en nuestro país la pueden ejercer, además de los graduados universitarios colombianos, quienes hayan obtenido su grado en países con los cuales existan tratados o convenios sobre reciprocidad de títulos universitarios, los colombianos graduados en el exterior en facultades reconocidas por la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina (Ascofame) y los extranjeros que obtengan la autorización para ejercer por parte del gobierno colombiano. En la misma forma, se autoriza permiso transitorio a profesores de reconocido prestigio internacional de paso por el país (previa solicitud de alguna sociedad o institución científica reconocida) y a personal extranjero contratado para investigaciones o funciones específicas .

Cualquier miembro de la sociedad que acuda a otro en búsqueda de diagnóstico, tratamiento, pronóstico y recomendaciones que vayan a incidir sobre su cuerpo y su salud, se está convirtiendo en un paciente. Y quien ejerza su conocimiento buscando satisfacer esta petición, en forma reiterada, está ejerciendo como médico.
Si partimos de las definiciones previas, cuando quien actúa como médico es una persona calificada por la sociedad como idónea para ejercer la profesión, se cumplen los requisitos legales que hacen del acto un contrato legal y una relación profesional y ética, con todas sus consecuencias sociales. Esto quiere decir que la práctica de un acto médico debe estar

respaldada por el ejercicio legítimo de un derecho y el cumplimiento de un deber por parte del profesional médico debidamente graduado y habilitado por la legislación nacional, en beneficio del paciente.

Como todo acto médico implica un riesgo, para que este riesgo no sea considerado una agresión, su finalidad debe ser de ayuda al organismo enfermo y debe basarse en ciertas normas: licitud, ejecución típica, seguimiento de normas científicas universalmente aceptadas, y profesionalismo.

Si el acto médico puede solamente ser ejercido por el profesional universitario legalmente reconocido, cualquiera que practique actividades de diagnóstico, pronóstico, tratamiento, rehabilitación o similares, está ejerciendo la medicina en forma ilegal.

El delito no es solamente ejercer un acto médico no aprobado, sino anunciarse para tal efecto, lo cual configuraría simultáneamente un delito de estafa

El tratadista colombiano Sergio Yepes expresa en su obra Responsabilidad Civil Médica :

"[...] debemos denunciar a aquellas personas que sin ser médicos realizan actividades curativas temerariamente, poniendo en peligro la integridad de quienes se someten a sus acciones ocasionando menoscabos en éstos debido a la impericia y a la falta de conocimiento y competencia profesional."

La Ley 14 de 1962 aclara qué personas ejercen ilegalmente la medicina:

"[...] a) Las que por medio de las llamadas ciencias ocultas se dediquen a tratar enfermedades, trastornos mentales o nerviosos o de otro orden. b) El que con fines de lucro interprete sueños, haga pronósticos o adivinaciones, o por cualquier otro medio semejante abuse de la credulidad ajena. c) Los médicos y cirujanos, o las personas legalmente autorizadas para ejercer dicha profesión que encubran a quienes la ejerzan ilegalmente o se asocien con ellos. d) Los que trabajen en ramos afines o auxiliares de la medicina, como farmacéuticos, enfermeros, parteros, fisioterapeutas, etc., que extralimitando el campo de sus actividades practiquen el ejercicio de aquella profesión."

Y aclara las sanciones respectivas: “El que ejerza ilegalmente la medicina y cirugía sin tener el correspondiente título de idoneidad[...] incurrirá en prisión de seis meses a dos años y responderá civilmente de los perjuicios causados.”

Desafortunadamente, en la actualidad el ejercicio ilegal de la medicina comporta una multa si nos basamos en el Código de Policía.

Pero, si se analiza el asunto desde el punto de vista de suplantación de personalidad, fraude procesal, estafa y otros delitos asociados a este ejercicio, las sanciones se pueden hacer mas efectivas y de una severidad proporcional al acto médico ilegal.

El sujeto G.R.V. ejerció la medicina de manera ilegal al estar suspendido de su práctica por condena ejecutoriada de los tribunales de ética médica.

La prueba reina en este caso obra a folio 008 del cuaderno principal del expediente en cuestión, en donde se aprecia que el 19 de julio de 2010 ejerció la profesión médica estando

suspendido de la misma por sentencia ejecutoriada del Tribunal Nacional de Ética Médica y confirmada en la respuesta a la apelación impetrada por el condenado, el día 12 de abril de 2010

Por esto compartimos el análisis del tribunal de primera instancia en la parte motiva de su decisión condenatoria.

Esta conducta del ejercicio de la medicina estando suspendido tuvo efecto en un hospital público lo que conlleva un engaño a las autoridades respectivas, constituyendo una posible violación del Estatuto Penal.

IV- LA PRESCRIPCION DEL PROCESO ETICO DISCIPLINARIO

Debemos advertir que, en el presente caso y debido a las demoras procesales ocurridas, este proceso se encuentra ad portas de prescribir por el paso del tiempo.
El proceso se repartió el 2 de junio de 2015, es decir, a un mes y medio de completar el tiempo necesario para prescribir el proceso.

Y, así se hubiera resuelto el mismo día en que se recibió, la suma de los días necesarios para presentar los recursos horizontal y de alzada, sumado a los tiempos que toma resolver los recursos de reposición y apelación, harían imposible concretar una decisión de absolución o condena antes del vencimiento del termino descrito.

Esto deja un amargo sabor de injusticia, debido a las demoras que se presentaron en el tribunal de primera instancia, el cual deberá responder ante la Procuraduría General de la Nación por semejantes dilaciones injustificadas, que impidieron que en este caso se hiciera justicia.

Basten las anteriores consideraciones para que el Tribunal Nacional de Ética Médica en uso de las atribuciones que le confiere la Ley.

RESUELVA

Artículo Primero - Sancionar al ciudadano con titulo de médico G.R.V., identificado con cédula de ciudadanía No. … de ….. y tarjeta profesional …, con pena de SUSPENSION EN EL EJERCICIO PROFESIONAL POR EL TERMINO DE CINCO AÑOS, contados a partir de la fecha de ejecutoria de esta providencia, por violación a los artículos 1 (numeral 4 y 9), 2 y 46 de la Ley 23 de 1981, acorde a los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia. **Artículo Segundo** - Compulsar copias a la Procuraduría General de la Nación para que, si lo considera conveniente, investigue las razones por las cuales se presentaron DILACIONES INJUSTIFICADAS Y DESMEDIDAS en el curso del actual proceso, por parte del Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle del Cauca. **Artículo Tercero** - Compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación para Investigar las violaciones al Estatuto penal por parte del sujeto G.R.V. **Artículo Cuarto** - Contra la presente decisión caben los recursos de reposición para ante el Tribunal Nacional de Ética Médica y apelación para ante el Ministerio de Salud y Protección Social. **Artículo Quinto** - Una vez en firme la presente providencia, comuníquese el contenido de esta decisión al Ministerio de Salud y Protección Social, a los Tribunales de Ética Médica y a la Federación Médica Colombiana para que sea fijada en lugares visibles de conformidad con lo establecido en el artículo 53 del decreto 3380 de 1981. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ, Presidente - Magistrado, FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado Ponente; GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, Junio doce (12) del año dos mil doce (2012)

SALA PLENA SESION No. 1134 DEL DOCE (12) DE JUNIO DEL AÑO DOS MIL DOCE (2012)

REF: Proceso No. 628 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas
Contra: Doctor J.GM.S.G.
Denunciante: Sra D.A.F.O.
Asunto: recurso de reposicion en contra de imposicion de sancion superior a seis meses de suspension en el ejercicio de la medicina

Providencia No. 46-2012
Magistrado ponente : Dr. Fernando Guzmán Mora

VISTOS

El 31 de Enero de 2012, la Sala Plena del tribunal Seccional de Etica Médica de Caldas decidió no aceptar los descargos presentados por el doctor J.GM.S.G., identificado con Cedula de Ciudadanía Número … de … y Registro Médico …, por violación a los artículos 1 (numeral 9) y 42 de la Ley 23 de 1981. En consecuencia decidió aplicar sanción consistente en suspensión mayor a seis meses en el ejercicio de la medicina y, para tales efectos, remitió el expediente al tribunal Nacional de ética medica por competencia para imponer este tipo de sanciones.

El cuaderno que contiene el proceso fue recibido por este tribunal nacional el 10 de febrero de 2012 y, puesto para reparto, correspondió por sorteo al Magistrado Doctor FERNANDO GUZMAN MORA. La ponencia del magistrado fue aceptada por la sala plena del Tribunal, que condenó al médico acusado a la sanción de SUSPENSION EN EL EJERCICIO DE LA MEDICINA POR ESPACIO DE CINCO AÑOS.

Dentro de términos, la defensora de oficio del condenado, Dra. VALENTINA CIFUENTES MUÑOZ, identificada con cedula de ciudadanía número

1.053.807.279 de Manizales, adscrita al consultorio jurídico de la Universidad de Caldas, presentó recurso de reposición por ante el Tribunal Nacional de Etica Medica.

El cuaderno que contiene el proceso fue recibido en este tribunal el 8 de mayo de 2012 y se asignó por reparto al Magistrado FERNANDO GUZMAN MORA, quien procede a resolver el recurso con base en los siguientes:

HECHOS

El día 11 de Marzo de 2008 se recibió en el Tribunal seccional de Etica medica de Caldas oficio de la Personería de Marquetalia (Caldas) por queja impetrada por la señora D.A.F.O., quien refiere que el 2 de Marzo de 2008 consultó al servicio de urgencias del Hospital San Cayetano de Marquetalia (Caldas) por cuadro de dificultad respiratoria que fue inicialmente atendida por una doctora de turno y luego remitida al doctor J.GM.S.G., quien le ordenó retirarse toda la ropa y procedió a examinarle los senos y efectuarle un tacto vaginal, para posteriormente girarle el cuerpo e introducirle el pene en su vagina, ante lo cual ella no pudo hacer nada, pues se encontraba físicamente muy débil. Además notó un fuerte aliento alcohólico en la respiración del médico.

Cuando sintió que tocaban a la puerta del consultorio, el médico J.GM.S.G.le dijo que tenia un flujo vaginal y que volviera en unos días para practicarle otro examen. Atemorizada por lo acontecido, no comentó el hecho con nadie hasta tres días después, cuando reveló la situación a sus hijos. Juntos fueron a colocar la queja ante el director del Hospital, quien manifestó que sospechaba que hubiese ocurrido algo extraño, pues la enfermera había contado que encontró a la paciente en una camilla, en posición no adecuada para examen de algún problema respiratorio.

Se llevó la queja ante el Tribunal seccional de ética Médica a través de la Personería Municipal y ratificó la queja el 6 de agosto de 2008.

En el tribunal seccional se recibieron los testimonios de las siguientes personas:

- Y.M.R.. Auxiliar de enfermería de turno en el momento de los hechos
- Y.U. Medica general de turno en ese momento
- L.G.B.. Médico gerente del Hospital San Cayetano de Marquetalia

La citación del doctor J.GM.S.G. fue particularmente difícil, hasta el extremo de tener que emplazarlo por medio de la prensa local para su comparecencia.

El tribunal de primera instancia tuvo oportunidad de analizar la personalidad de los implicados en el presente proceso y describe a la quejosa como "una señora de la tercera edad, centrada, lógica, lúcida y con la humildad brotando a flor de piel, sin ningún otro interés mas que el de poner en conocimiento de este tribunal los atropellos de que fue victima por parte del doctor J.GM.S.G.; incluso temerosa y con vergüenza de contar el penoso y bochornoso episodio por el que le tocó pasar por asistir a una consulta médica".

Respecto del doctor S., lo describen con una conducta displicente, poco clara y que genera muchas dudas. Sin un domicilio fijo, negando haber sido procesado por hechos similares en años anteriores, lo cual contrasta con la verdad, pues había sido juzgado y sancionado por el Tribunal seccional de Etica medica de Caldas y confirmada la sanción por el Tribunal Nacional de Etica Medica en el año de 1994.

Valga anotar aquí que, revisados los procesos en el Tribunal Nacional, se encontró otra sanción grave (suspensión en el ejercicio de la medicina por espacio de cinco años) en el año 2003, como consta en la providencia 17 de ese año, con ponencia del mismo magistrado a quien hoy correspondió por sorteo el presente caso.

El tribunal seccional añade en su análisis, que las declaraciones inicial y de ratificación de la queja, a pesar de haberse practicado con cinco meses de diferencia, no presentan incongruencias y que la paciente se sometió incluso a un examen ginecológico posterior a los hechos, lo cual desafortunadamente no contribuyó a demostrar la violación sexual de la que relata fue objeto, por haber pasado mucho tiempo de la misma.

El aliento alcohólico del médico fue ratificado por la auxiliar de enfermería Y.M. y por la doctora Y.U., quien confirmó que con frecuencia se presentaba a trabajar en estado de embriaguez y que hechos similares habían sucedido con otra paciente, quien no se atrevió a colocar una queja formal en su contra.

Por lo demás, en una declaración francamente falsa, advierte que jamás había sido sancionado por hechos similares, incluso poniéndosele de presente los antecedentes de procesos similares en el mismo tribunal seccional, con confirmación de la sanción por el Tribunal Nacional de Etica Medica
El gerente del Hospital, doctor L.G.B., declara que el doctor J.GM.S.G. había presentado problemas previos de alcoholismo en sus horas laborales y que lo agredió físicamente cuando se acercó a averiguar sobre los hechos denunciados en el presente proceso.

Por lo anterior el Tribunal Seccional de Etica Medica de Caldas decide elevar pliego de cargos en contra del doctor J.GM.S.G., quien presenta renuencia a asistir a la notificación, motivo por el cual se solicita el nombramiento de un defensor de oficio, en este caso la señorita V.C.M., estudiante de octavo semestre de la Facultad de derecho de la Universidad de Caldas, quien procede a cumplir a cabalidad con su trabajo e intenta desvirtuar los cargos en contra de su defendido de oficio de manera muy juiciosa.

A pesar de su empeño, la estudiante de derecho no logra desvirtuar los cargos endilgados y el Tribunal Seccional decide sancionar al médico J.GM.S.G. con suspensión en el ejercicio de la medicina por espacio superior a los seis meses, sanción que corresponde por ley imponer al Tribunal Nacional de Etica medica, el cual se convierte entonces en primera instancia del proceso en cuestión.

Las CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ETICA MEDICA en su sentencia como juez ac quo fueron las siguientes:

I- LOS ANTECEDENTES DISCIPLINARIOS DEL MÉDICO J.G.M.S.G.

En sala plena No 738 del Tribunal Nacional de ética Medica, efectuada el 8 de abril de 2003 (Providencia 17 de 2003), se decidió sancionar al acusado con suspensión en el ejercicio de la medicina por espacio de cinco años, por hechos ocurridos en contra de la paciente S.M.G.Z., a quien mostró conducta indecente y tocamientos impropios de un médico, a pesar de encontrarse la señora en estado de embarazo. En ese momento el ciudadano médico J.GM.S.G. trabajaba en dependencias de la Caja Nacional de Previsión de Caldas.
El Doctor Edgar Hoyos Díaz, Jefe de la División de Salud de la Caja Na-

cional de Previsión (Cajanal EPS) remitió oficio a la Doctora Olga Lucía Mejía, gerente de la IPS Salud Eje Cafetero, en donde menciona que su división ha recibido quejas verbales en contra del doctor S.G. cuando prestaba sus servicios en el Hospital Santa Sofía y una investigación disciplinaria por hechos semejantes en época pretérita, cuando se encontraba vinculado laboralmente a la planta de personal de Cajanal.

II- DELITOS SEXUALES EN EL ACTO MÉDICO

Una de las situaciones más delicadas y denigrantes para la profesión médica es la producida cuando un profesional, abusando de su posición de autoridad y dominancia sobre un paciente, resquebraja la confianza del mismo y manipula su cuerpo y su mente para obtener alguna forma de acercamiento sexual con quien se encuentra en franca posición de desventaja frente a su agresor, en este caso un médico delincuente.

Porque no solamente se transgrede la barrera de su pudor, sino que se irrumpe en lo más sagrado de una persona: Su intimidad.

Intimidad es la parte interior que solamente cada uno conoce de sí mismo. Es el máximo grado de inmanencia, es decir, aquello que se almacena en el interior. Lo íntimo está protegido por el sentimiento del pudor. Por su parte, en la expresión de la intimidad se colocan en juego la capacidad de dar y la posibilidad de dialogar con otra intimidad diferente. La capacidad de dar consiste en entregar algo de la intimidad y lograr que otra persona lo reciba como propio. Esta expresión se obtiene a través del lenguaje, el cual puede ser verbal, corporal y expresivo. El hombre necesita expresarse con los demás.

La dignidad humana, dentro de la esfera de lo social, se garantiza en la medida en que se tenga la posibilidad de conservar su privacidad, entendida como aquel fuero interno que sólo puede interesar al ser humano como individuo o dentro de un contexto reducido de personas que en últimas está determinada por el consentimiento de quien es depositario de su existencia.

El diccionario de la Real Academia define intimidad como “zona espiritual, íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia.” Esta zona reservada de la persona humana y de la familia la protege en forma clara el artículo citado al prescribir que “Todas las

personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar.

La vida privada está constituida por aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídos al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por éstos puede molestarla moralmente por afectar su pudor o su recato a menos que esa misma persona asienta a ese conocimiento.

La Corte Constitucional, mediante el fallo T-413-93, sobre el derecho a la intimidad, a propósito de la violación de reserva de la Historia Clínica, manifestó lo siguiente:

"El derecho a la intimidad, inicialmente, se concreta, en la vida social de los individuos, en el derecho a estar solo. Sin importar el lugar en que la persona se encuentre, nadie puede imponerle su compañía y ser testigo de su vida íntima o inmiscuirse en ella; en este ámbito privado, el ser humano ejerce la libertad (artículo 13 de la Constitución) y se hace protagonista de su propio destino, al decidir y realizar libremente el desarrollo de su personalidad, "sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico." (Artículo 16 de la carta)."

En la sentencia T-261 de 1995, la Corte Constitucional expresó:

"Este terreno –se refiere al de la intimidad- no puede ser invadido por los demás miembros de la comunidad a la que se integran la persona o la familia, ni por el Estado. Aún dentro de la familia, cada uno de sus componentes tiene derecho a demandar a los demás el respeto a su identidad y privacidad personal."

Para Olano García la intimidad es: "un derecho que se proyecta en dos dimensiones a saber: Como secreto de la vida privada y libertad. Concebida como secreto, atentan contra ella todas aquellas divulgaciones ilegítimas de hechos propios de la vida privada o familiar o las investigaciones también ilegítimas de hechos propios de la vida privada. Concebida como libertad individual, en cambio, trasciende y se realiza en el derecho de toda persona de tomar por sí sola decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada. Es claro que los atentados contra la intimidad pueden entonces provenir tanto de los particulares como del Estado. Se ha creído

necesario proteger la intimidad como una forma de asegurar la paz y tranquilidad que exige el desarrollo físico, intelectual y moral de las personas, vale decir, como un derecho de la personalidad."

Intimidad es, entonces, el ser interior cuyo conocimiento es patrimonio de la persona misma. Es el grado máximo de inmanencia, es decir, lo que se guarda y permanece en el interior.

La intimidad es el santuario de lo humano. Es algo que solamente pertenece a quien lo posee. Esta intimidad puede manifestarse o revelarse ante otros individuos. Es decir, tiene la posibilidad de mostrar a otro algo de lo que la persona lleva en sí misma. Se encuentra fuertemente protegida por el sentimiento de vergüenza o pudor. Este se hace manifiesto cuando la intimidad propia se descubre sin el consentimiento de la persona.

"...la intimidad es... elemento esencial de la personalidad y como tal tiene una conexión inescendible con la dignidad humana. En consecuencia, ontológicamente es parte esencial del ser humano. Sólo puede ser objeto de limitaciones en guarda de un verdadero interés general que responda a los presupuestos establecidos por el artículo 1 de la Constitución. No basta, pues, con la simple y genérica proclamación de su necesidad: es necesario que ella responda a los principios y valores fundamentales de la nueva Constitución entre los cuales, como es sabido, aparece en primer término el respeto a la dignidad humana." (Corte Constitucional, Sentencia T-022 de 1993, M.P. Dr. Ciro Angarita Barón)

Por lo anterior, nada puede ser mas violatorio de la inmanencia humana que la intromisión indebida en la intimidad de la persona. Es invadir lo más interno y sagrado de la persona. La posición del médico que delinque en este sentido, es similar a la de cualquiera en posición de garante que abusa de condición: El confesor que accede sexualmente a los menores de edad; el jefe laboral que acosa sexualmente a sus dependientes, el padre de familia que abusa de su hija; en fin, cualquiera de este grupo de verdaderos sociópatas que pululan en nuestra sociedad.

Y se resolvió
ARTICULO PRIMERO. Imponer al ciudadano de profesión médico J.GM.S.G., identificado con Cedula de Ciudadanía Número … de … y Registro Médico .., la sanción de SUSPENSION EN EL EJERCICIO DE

LA MEDICINA POR ESPACIO DE CINCO AÑOS, contados a partir de la fecha de ejecutoria de esta providencia.
ARTICULO SEGUNDO. Compulsar copias a la FISCALIA GENERAL DE LA NACION para que se tomen las medidas que considere convenientes.
ARTICULO TERCERO. Contra la presente decisión caben los recursos de reposición ante esta superioridad y apelación ante el Ministerio de la Protección Social.
ARTICULO CUARTO. Enviar el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia.

EL RECURSO DE REPOSICION INTERPUESTO

Con los mismos argumentos con que sustentó los descargos la abogada de oficio, basa su inconformidad en los siguientes argumentos:

- No existe una prueba Médico Legal respecto del delito sexual, dando certeza al testimonio de la quejosa únicamente
- Se viola el derecho fundamental al debido proceso, pues no se tiene en cuenta la declaración del imputado
- Existe duda razonable en favor del condenado
- No se ha tenido en cuenta la presunción de inocencia en su favor
- La sanción impuesta es desmedida

El tribunal Seccional de Etica Medica de Caldas desvirtuó los argumentos presentados por la defensora de oficio y condenó al acusado a la sentencia de suspensión mayor de seis meses en el ejercicio de la medicina.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ETICA MEDICA

Respecto de los argumentos de la defensa, este tribunal nacional los analiza individualmente

- No existe una prueba Médico Legal respecto del delito sexual, dando certeza al testimonio de la quejosa únicamente

Es claro que en los delitos sexuales, como existen únicamente el victimario y la victima, siempre existirá la posición de una palabra en contra de la otra y se apelara al argumento del In dubio pro reo, dejando a la victima en

posición de indefensión permanente respecto de su agresor. En el presente caso se analizó la personalidad de la quejosa-victima y sus intereses particulares que nada tenían que ver con lesionar de manera injusta al médico acusado

• Se viola el derecho fundamental al debido proceso, pues no se tiene en cuenta la declaración del imputado

Se recuerda a la defensa que el testimonio del acusado fue falso en todos sus aspectos. Negó haber sido juzgado por hechos similares y no presentó argumentos que desvirtuaran los cargos de ingesta periódica de alcohol en el trabajo, ni los argumentos fácticos en contra de las acusaciones de aproximación sexual a su desafortunada paciente

• Existe duda razonable en favor del condenado

No puede existir duda razonable con quien presenta testimonio falso y antecedentes de los mismos delitos en etapas anteriores

• No se ha tenido en cuenta la presunción de inocencia en su favor

Tan se ha tenido en cuenta la presunción de inocencia, que se le han dado todas las garantías de defensa en su favor, incluso nombrándole defensor de oficio que lo represente respecto de su negativa de volver a presentarse ante el tribunal seccional de ética medica.

• La sanción impuesta es desmedida

No es desmedida en un médico reincidente en los mismos delitos, sin animo de mejorar su condición de abusador sexual y su desvergonzada forma de actuar en el ejercicio de la noble profesión medica

Vuelve entonces la Sala Plena del Tribunal Nacional de Etica Medica a confirmar su posición condenatoria ante las conductas del médico J.GM.S.G., con base en los siguientes argumentos:

No queda la menor duda de la conducta delincuencial, antiética, dolosa y francamente vergonzosa del médico J.GM.S.G. respecto de la paciente que denunció el caso en su contra.

J.GM.S.G. es un delincuente pertinaz, reincidente en sus conductas antisociales y por las que ha sido acusado en numerosas ocasiones y condenado en otras tantas.

Este individuo es un elemento de alta peligrosidad social, en quien no han surtido efecto las sanciones que le han sido impuestas y hace quedar a la Justicia como rey de burlas ante sus conductas.

Por lo anterior, se deben compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación, para que investigue lo pertinente y tome las medidas que el caso requiera.

Pero dejar en libertad de acción a un individuo como este constituiría una irresponsabilidad social, profesional y ética. Por lo tanto, se enviarán los expedientes respectivos ante el ente acusador, denunciando sus actos delictivos.

Lo único que podemos hacer como Tribunal de Etica Medica, es condenarlo a la máxima sanción que la ley nos permite imponer: suspensión en el ejercicio de la medicina por espacio de cinco años, lamentando que en casos como este no exista el retiro definitivo de la licencia de médico, lo cual protegería a la sociedad de manera mas eficiente.

Por las anteriores consideraciones, esta superioridad

RESUELVE

Artículo Primero - No reponer la decisión tomada el 6 de marzo de 2012 y confirmar, como en efecto confirma, la decisión de imponer al ciudadano de profesión médico J.GM.S.G., identificado con Cédula de Ciudadanía Número … de … Registro Médico …, la sanción de SUSPENSION EN EL EJERCICIO DE LA MEDICINA POR ESPACIO DE CINCO AÑOS, contados a partir de la fecha de ejecutoria de esta providencia. **Artículo Segundo** - Contra la presente decisión no caben recursos. **Artículo Tercero** - Enviar el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia. **Artículo Cuarto** - Compulsar copias del presente proceso a la Fiscalía General de la Nación para lo de su competencia. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. JUAN MENDOZA VEGA, Presidente; FERNANDO GUZMAN MORA, Magistrado Ponente; EFRAIM OTERO RUIZ, Magistrado; LILIAN TORREGROSA ALMONACID, Magistrada; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; JAVIER MAURICIO HIDALGO ESCOBAR, Asesor Jurídico (E.); MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaría.

Bogotá, Agosto veintisiete (27) del año dos mil trece (2013)

SALA PLENA SESIÓN No. 1191 DEL VEINTISIETE (27) DE AGOSTO DEL AÑO DOS MIL TRECE (2013)

REF:Proceso No. 531 del Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico
Contra: Doctor E.B.M.
Denunciante: Señor A.D.G.
Asunto: Recurso de Apelación ante providencia preclutoria

Magistrado ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 64-2103

VISTOS

La sala plena del Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico decidió, el 27 de febrero de 2013, que no existía mérito para elevar pliego de cargos al doctor E.B.M., médico especialista en neurología identificado con la cédula de ciudadanía número … expedida en … y Registro Médico número … expedido por ….

En consecuencia, ordenó archivar el presente proceso, dando lugar al paso procesal de preclusión (por tratarse de una decisión tomada después de una investigación formal en contra del encartado).

El representante legal especial de la entidad quejosa, SALUD TOTAL EPS, interpuso solicitud de nulidad de lo actuado por indebida notificación, la cual fue negada por el tribunal seccional.

Asimismo, la representación de dicha EPS acudió ante la Procuraduría General de la Nación, solicitando reconocimiento de su personería jurídica en el proceso, ante lo cual dicha entidad negó la solicitud por considerar que a estas alturas no poseía el carácter de sujeto procesal.

En la misma forma, elevó recurso de apelación ante el tribunal de primera instancia para tramitarlo ante el Tribunal Nacional de Ética Médica, el cual también fue negado con base en las consideraciones efectuadas en la parte considerativa de la decisión.

Acudió entonces el apoderado de la EPS ante la justicia ordinaria mediante acción de tutela, para que fuera concedida la apelación solicitada. El Juzgado Noveno Civil del Circuito de Barranquilla negó en primera instancia dicha exigencia. Sin embargo, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Barranquilla revocó el fallo y tuteló el derecho al debido proceso de la mencionada EPS y ordenó al Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico conceder la apelación ante el Tribunal Nacional de Ética Médica. Los cuadernos que contienen el proceso, uno principal de 1716 folios y cuatro cuadernos de tutela fueron recibidos por esta superioridad el 15 de julio de 2013. Puesto para reparto correspondió por sorteo al Magistrado Doctor FERNANDO GUZMÁN MORA, quien procede a resolver el recurso con base en los siguientes.

HECHOS

El abogado ANTONIO DAVILA GARCIA, apoderado especial de la EPS SALUD TOTAL, sociedad comercial con domicilio en la ciudad de Bogotá y cuyo representante legal es la doctora C.M.S.P., formula queja disciplinaria en contra del doctor E.B.M., médico especialista en neurología con domicilio en Barranquilla por infracción a los artículos 10, 15, 40 y 44 de la Ley 23 de 1981.

El fundamento de la queja es haber efectuado diagnósticos erróneos a varios pacientes afiliados a la EPS SALUD TOTAL, al desempeñarse como neurólogo especialista en enfermedades desmielinizantes en la IPS Instituto Colombiano de Neuropedagogia de la ciudad de Barranquilla, adscrita a la red de prestadores de la mencionada EPS.

Se le acusa de haber efectuado una serie de diagnósticos erróneos que no correspondían a ESCLEROSIS MÚLTIPLE, y que en su momento fueron valorados por otro neurólogo adscrito a la EPS. Lo anterior con el presunto objetivo de formular medicamentos específicos en contra de la mencionada enfermedad. En este caso INTERFERON BETA.

Se le acusa además de haber direccionado a los pacientes hacia la justicia ordinaria para que por vía de acción de tutela presionaran a la EPS con el fin de obligarla a que remitiera los enfermos al mencionado especialista B.M.

Menciona además el conflicto de intereses del especialista B.M. con la empresa farmacéutica Bayer, la cual por haber formulado la droga por ellos producida favorecía al doctor B., en los aspectos económico y académico. En numerosas juntas médicas y consultas efectuadas en Barranquilla y Bogota principalmente, se solicitó el concurso y opinión de varios neurólogos, los cuales no se encontraron de acuerdo con los diagnósticos del doctor B., en algunos de los enfermos, basando su discrepancia esencialmente en las historias clínicas de los pacientes involucrados.

El tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico decidió luego de analizar las pruebas aportadas, que no existía mérito para elevar pliego de cargos al médico B.M. y, en consecuencia, ordenó el archivo de las diligencias.

El representante de la entidad quejosa presentó entonces solicitud de nulidad la cual fue fallada negativamente a los quejosos. Luego solicito el reconocimiento de personería jurídica a la Procuraduría General de la Nación, la cual no se la concedió.

Luego apeló la decisión del tribunal de primera instancia, el cual luego de determinar las razones por las cuales no debía concederse la apelación cuando existe decisión de preclusión o de su contraparte, el pliego de cargos, negó el recurso de alzada.

Posteriormente, acudió el abogado demandante ante la jurisdicción ordinaria a través de acción de tutela para ordenar la apelación ya mencionada. En primera instancia fue negada y posteriormente, en segunda instancia le fue concedida por ante el juez ad quem del proceso disciplinario.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

I- EL ACTO MÉDICO: CONSIDERACIONES ESENCIALES

La relación médico paciente, esencia del ejercicio de la Medicina, se produce cada vez que un profesional a quien la estructura social y jurídica de un país ha catalogado como idóneo para ejercer la Medicina, acepta la petición de otro miembro de la sociedad que acude en búsqueda de su opinión, consejo y posible tratamiento.

Como lo expresa la Ley 23 de 1981 (Titulo I, Capítulo I, Artículo 4):
"La relación médico-paciente es elemento primordial en la practica médica. Para que dicha relación tenga pleno éxito, debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico..."
De acuerdo con dicha ley, la relación médico paciente se cumple en los siguientes casos:

1-Por decisión voluntaria y espontánea de ambas partes.
2-Por acción unilateral del médico, en caso de emergencia
3-Por solicitud de terceras personas
4-Por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad privada o publica"
Titulo II, Capítulo I, Artículo 5. Ley 23 de 1981

QUE ES EL ACTO MÉDICO ?

El acto médico, en el cual se concreta la relación médico-paciente, es una forma especial de relación entre personas; por lo general una de ellas, el enfermo, acude motivada por una alteración en su salud a otra, el médico, quien está en capacidad de orientar y sanar, de acuerdo a sus capacidades y al tipo de enfermedad que el primero presente.

A través del acto médico se intenta promover la salud, curar y prevenir la enfermedad y rehabilitar al paciente.

El médico se compromete a colocar todos los medios a su alcance para efectuar un procedimiento (médico o quirúrgico), actuando con apoyo en sus conocimientos, su adiestramiento técnico y su diligencia y cuidado personal para curar o aliviar los efectos de la enfermedad, sin poder garantizar los resultados, previa advertencia de los posibles riesgos y complicaciones inherentes al mismo.

Cuatro características principales distinguen al Acto Médico:

La Profesionalidad, pues solamente el profesional de la medicina puede efectuar un acto médico. La ejecución típica, es decir, su ejecución conforme a la denominada "Lex Artis Ad Hoc" (ver adelante), sujeta a las normas de excelencia de ese momento. El tener por objetivo la curación o rehabilitación del enfermo y la Licitud, o sea su concordancia con las normas legales.

ACTO MÉDICO DIRECTO

Se llaman actos médicos directos aquellos en los cuales mediante la intervención médica se trata de obtener la curación o alivio del enfermo. Ellos pueden ser preventivos, diagnósticos, terapéuticos o de rehabilitación.
La prevención hace referencia a la recomendación de medidas para evitar la aparición de procesos patológicos.

El diagnóstico es la opinión del médico obtenida de la observación directa o de laboratorio del paciente.
La terapéutica se refiere a las diversas formas de tratamiento para la enfermedad.

La rehabilitación es el conjunto de medidas encaminadas a completar la terapéutica para reincorporar al individuo a su entorno personal y social.
No nos referiremos a los actos médicos indirectos, ni a los denominados extracorpóreos (investigación, experimentación, autopsia, etc.), los cuales requieren para su análisis otro capítulo completo.

EL ACTO MÉDICO DOCUMENTAL

Es en realidad complementario de actos anteriores y su importancia legal radica en su validez como prueba dentro de cualquier reclamación o proceso. En este grupo se incluyen el certificado médico, la Receta o fórmula médica y la Historia Clínica (el acto documental más importante de todos).
La Historia Clínica (motivo de un artículo adicional por parte nuestra), tiene importancia desde varios puntos de vista:

-Asistencial, pues sus notas permiten que el paciente pueda continuar su tratamiento aun si falta el médico que lo inició.
-Docente
-Investigativo
-Social
-Control de calidad
-Administrativo
-Médico Legal. En este aspecto se plasman hechos como la justificación de los procedimientos, los exámenes practicados (clínicos y de laboratorio), la responsabilidad tanto de pacientes como de médicos que intervengan en su tratamiento y en general todas las pruebas escritas de las formas de tratamiento y su respuesta individual en cada enfermo.

La historia clínica pertenece a la esfera de información íntima del paciente y del secreto profesional del médico. Debe, por tal razón, ceñirse a la más alta calidad ética-científica.

Existe un aspecto relevante y es el de la Historia Clínica como Documento reservado, calidad que se le reconoce sin dudas en Colombia, como lo prueba el ejemplo del 29 de Septiembre de 1993: el Magistrado Carlos Gaviria, de la Corte Constitucional, declaró que los jerarcas de las fuerzas armadas no pueden violar la reserva de la historia clínica de quien pertenece a la institución castrense, pues esa conducta va en contravía de derechos elementales de la persona.
La ley 23 ya lo había contemplado en su Titulo II, Capítulo III, artículo 34:
"La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado, sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley"
Asimismo en el artículo 38:
"Teniendo en cuenta los consejos que dicte la prudencia, la revelación del secreto profesional se podrá hacer:

A)Al enfermo, en aquello que estrictamente le concierna y convenga;
B)A los familiares del enfermo, si la revelación es útil al tratamiento;
C)A los responsables del paciente cuando se trate de menores de edad o de personas mentalmente incapaces;
D)A las autoridades judiciales o de higiene y salud, en los casos previstos por la Ley;
E)A los interesados, cuando por defectos físicos irremediables o enfermedades graves infectocontagiosas o hereditarias, se ponga en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia"

Esta norma tiene a su vez repercusión para efectos procesales, ya que el médico, al igual que otros profesionales, no está obligado a declarar sobre aquello que se le ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su oficio o profesión (Artículo 214 del Código de Procedimiento Civil).

ACTO MÉDICO Y ACTO JURÍDICO

Cuando el médico actúa como tal, manipula técnicas y conocimientos con miras a un resultado concreto. Este fin buscado por el ejercicio de la medicina tiene implicaciones ante la ley.

Es pues, el acto médico (cualquiera que él sea) una fuente de la que emanan consecuencias jurídicas para el profesional que lo realiza y para el paciente que ha sido objeto de esta actividad. Aunque no la única fuente, como se verá.

Desde la óptica que nos interesa en este escrito, los actos médicos se efectúan sobre una persona llamada paciente (sujeto pasivo) que como ser humano tiene derechos; el médico tendrá que preservar estos derechos y se comprometerá a defenderlos y a tratar de recuperarlos. Los principales son la vida, la salud, las buenas condiciones físicas o mentales y la integridad corporal.

Esos derechos han sido reconocidos previamente por la ley como derechos subjetivos (es obvio que las personas solamente podemos alegar en nuestro favor aquellos derechos que el ordenamiento legal previamente nos haya concedido). Jurídicamente deben considerarse por separado dos momentos cuando se habla de alegar o invocar un derecho subjetivo: el primero, de consagración abstracta e impersonal; el segundo, de aplicación de esa norma abstracta al caso concreto. Por ejemplo, del consagrado constitucionalmente "toda persona tiene derecho a la vida" puede pasarse, en un evento determinado, al reclamo judicial por parte del médico que ha ganado sus honorarios, o contra el médico por cuya culpa alguien falleció. El primer momento se denomina derecho objetivo mientras que el segundo se llama derecho subjetivo (prerrogativa consolidada en una persona determinada, en una circunstancia dada).

Como dicen Marty y Raynaud, el problema de las fuentes de las obligaciones no es sino un aspecto del problema de los derechos subjetivos. Y como el derecho subjetivo encuentra su fuerza en la norma de derecho objetivo, hay que concluir que el derecho subjetivo tiene su fuente en la ley. Solo que el nacimiento de ese derecho subjetivo supone un elemento concreto que en determinado momento desencadene la aplicación de la norma objetiva. En consecuencia y a pesar de su infinita variedad, esas circunstancias generadoras de derechos pueden ser reducidas a dos categorías: el acto jurídico y el hecho jurídico.

Es una clasificación estrecha que deja por fuera otras fuentes de las obligaciones, pero sirve muy bien para resaltar de que manera el acto médico puede ser ese "elemento concreto que en un determinado momento desen-

cadena la aplicación de la norma objetiva". Las obligaciones del médico, frente al derecho, provienen de su actividad consciente y, por lo tanto, son la contrapartida de los derechos del enfermo que ha acudido en busca de ayuda o atención; derechos y obligaciones que están establecidos en la ley. Sin embargo, hay que dejar constancia de que esta teoría puede ser un poco rígida, pues el ordenamiento jurídico no solo incluye las normas positivas, sino también las normas de conducta que la moral y las buenas costumbres nos transmiten generacionalmente.

Todo acto médico desde esta perspectiva, es un acto jurídico o un hecho jurídico; lo que equivale a decir que de todo acto médico se derivan consecuencias en el ámbito del Derecho.

Los actos jurídicos, por otra parte, se distinguen de los hechos jurídicos: mientras aquellos buscan un resultado concreto en el derecho (por ejemplo un contrato de prestación de servicios profesionales busca la recuperación de la salud del paciente a cambio de los honorarios médicos), éstos no encuentran sus implicaciones jurídicas en la voluntad o intención con que se realizan (por ejemplo, en un accidente de transito, la lesión -hecho producido por el hombre- no ha sido querida sino, antes por el contrario, ha procurado ser evitada).

La responsabilidad jurídica se desprende acá del incumplimiento o violación de una norma, porque así lo ha querido la ley, sin importar lo que se haya propuesto el autor. Con mayor razón, si lo que se desea y obtiene con el hecho es esta violación del derecho; la consecuencia de este hecho antijurídico (querido o no) la define el código penal bajo la denominación de "pena".

Del acto médico, por lo que se ha visto hasta ahora, pueden desprenderse dos tipos de consecuencias en Derecho: las que resultan del acto jurídico ("responsabilidad" por el acto) y las que resultan del hecho jurídico ("perjuicios" indemnizables por el hecho antijurídico capaz de generar implicaciones en el Derecho - el delito, por ejemplo-). Ambos tipos de consecuencias están contemplados en la ley (en los códigos civil o penal) y tienen que ver con los derechos subjetivos de las partes que intervienen en el acto médico: profesional de la medicina y paciente (por sí o por sus allegados). El "acto médico" es un hecho del hombre específicamente capacitado en esta ciencia, que acarrea consecuencias porque se realiza voluntariamente

y tiene como "objeto" la vida o la salud de otro hombre (paciente), de manera que el resultado del actuar del médico siempre tendrá que ver con la ley, por incidir sobre un "sujeto de derechos"; por afectar los derechos de otro hombre que se ha puesto en sus manos.

Cabe la consideración de si al ser realizado mediante fuerza (física o moral), podría implicarse para el médico (aparte de la discusión sobre su responsabilidad penal por el delito cometido -pensemos en un aborto practicado bajo amenazas para el médico o su familia-) también su responsabilidad profesional, porque aunque es claro que estaría viciado de nulidad como contrato, no eximiría al profesional de su correcto desempeño. El hecho médico ilegal acarrea también derechos y responsabilidades para las personas intervinientes, pues aunque su fuente no sea el acuerdo de voluntades, su ocurrencia genera, para el médico especialmente, el estricto desempeño de su profesión con base en su juramento.

En general, las actuaciones del médico van precedidas de un acto jurídico (contrato consensual); si el médico lo cumple, genera derechos a su favor y si lo incumple, genera sanción. Es preciso, no obstante, advertir que, tratándose (en la mayoría de los casos), de una obligación "de medio" y no "de resultado", el acto jurídico se cumple a cabalidad siempre que el médico haga lo correcto (sin importar si alcanza el resultado querido), o lo incumple si no actúa con la propiedad que la ciencia exige.

Si el resultado es bueno surge en favor del profesional de la salud un crédito, un derecho a cobrar honorarios. Si el resultado afecta derechos del enfermo, surge en su contra la responsabilidad, la cual se juzga, precisamente, con base en la Lex Artis.

Los motivos o móviles que llevan a las partes a contratar merecen atención especial. El médico es la persona más próxima al ser humano a todo lo largo de su existencia, pues lo mueve una combinación de vocación de ayuda, conocimiento científico, deber de funcionario social y ejercicio del propio oficio. Pero por encima de todo, el ejercicio de la voluntad al servicio del ser humano como un todo, basada en conocimientos científicos. Es una combinación de filantropía (Amor al ser humano) y filotecnia (Amor al arte de curar).

El acto médico tiene, como base fundamental, el amor del médico por la vida humana, por el enfermo y por la misma profesión con la cual se ha comprometido.

Titulo II, Capítulo I, Artículo 11 de la Ley 23 de 1981:

"La actitud del médico ante el paciente será siempre de apoyo. Evitará todo comentario que despierte su preocupación y no hará pronósticos de la enfermedad sin las suficientes bases científicas.
En el Eclesiástico aparece una cita interesante:
"...Puesto que hay un tiempo en que has de caer en manos de los médicos y ellos rogarán al Señor que te aproveche lo que te recetan para tu alivio, y te conceda la salud, que es a lo que se dirige su profesión..."

Por lo tanto, como dice Laín Entralgo, es una relación que presenta varios aspectos: interhumano, de ayuda y técnico, mediante los cuales el médico puede ofrecer una de tres opciones: consejo en la toma de una decisión, educación y asistencia médica.

De acuerdo con este mismo autor, la dinámica de esta relación tiene varios momentos: Afectivo (Amistad entre el médico y su paciente), Cognoscitivo (Diagnóstico) y Operativo (Terapéutica), regidos por una serie de normas éticas y en un contexto histórico-social.

Sin embargo, a algunos médicos los mueven motivos completamente diferentes al simple altruismo y amor a la humanidad. Tal es el caso del afán económico desmedido, la búsqueda de prestigio, el ascenso en la escala social, la curiosidad científica especial por una enfermedad en particular, etc. En lo que respecta al enfermo, varias cosas pueden motivar la búsqueda de la ayuda médica: El deseo de recuperarse, la necesidad de saber lo que pasa con su organismo, la búsqueda de una especie de refugio cuando existe una preocupación por la enfermedad y el conocimiento de lo que será su salud en el futuro, principalmente.

De acuerdo con el Dr J Tissnesh.

"...El paciente busca atención para su salud, pero también busca amor, comprensión, atención integral, esperanza. Detrás de todo enfermo hay un ser humano angustiado y necesitado que ha confiado al médico su don más preciado, su vida. La respuesta a la solicitud del paciente, requiere ciertas cualidades especiales: disposición para ayudar, competencia y claridad científica, destreza, honradez profesional, conocimiento del hombre y de la sociedad, una recia estructura moral y ética..."

Por supuesto, el paciente también tiene una serie de obligaciones en esta relación. Para empezar, debe expresar siempre la verdad.

Un Padre de la Iglesia Católica, San Jerónimo, decía con sobrada razón: "...Si el enfermo se avergüenza de descubrir su llaga al médico, la medicina no cura lo que ignora..."

Sin embargo hay que tener en cuenta que, en no pocos casos, los motivos del enfermo pueden ser muy diferentes: Deseo de buscar una incapacidad para no asistir a sus obligaciones cotidianas, búsqueda de medicamentos controlados, exploración de conceptos para "perfeccionar" una queja contra otro médico e, incluso, atracción física hacia el médico, entre otros.

OBLIGACIONES Y DEBERES DEL MÉDICO

Las obligaciones del médico, en opinión generalizada de los tratadistas son, con algunas variaciones, las siguientes:

1-Secreto Profesional
2-Información adecuada y consentimiento
3-Obligación de conocimiento
4-Obligación de diligencia y técnica
5-Continuidad en el tratamiento
6-Asistencia y consejo
7-Certificación de la enfermedad y del tratamiento efectuado

1-SECRETO PROFESIONAL

En el juramento Hipocrático se estipula:

"...Aquello que yo viere u oyere en la sociedad, durante el ejercicio, o incluso fuera del ejercicio de mi profesión, lo callaré, puesto que jamás hay necesidad de divulgarlo, considerando siempre la discreción como un deber en tales casos..."

El secreto profesional médico cubre aquello que por razón del ejercicio de la profesión se haya visto, oído o comprendido y que no es ético o lícito revelar, salvo que exista una causa justa y en los casos contemplados por disposiciones legales.

Según Uribe Cualla , existen tres tipos de Secreto profesional médico:

1-Absoluto. El médico debe callar siempre, todo, bien sea en privado o ante la justicia.
2-Relativo. No debe guardarse frente a la justicia, para así colaborar en la búsqueda de la verdad
3-De conciencia. El médico debe divulgar la verdad.
De acuerdo con Uribe Cualla se requieren varias condiciones para que exista violación del secreto profesional:

-Que el infractor tenga una profesión u oficio
-Que el asunto se haya conocido con motivo del ejercicio profesional, aunque no tenga nada de confidencial.
-Que el médico cause algún perjuicio o pueda causarlo con la revelación de lo secreto, no obstante tener la obligación de guardarlo,
-Que se haga con plena conciencia (Delito) o inadvertidamente (Falta Moral).

Aunque el artículo 74 de la Constitución Política dispone la inviolabilidad del Secreto Profesional, existen limitaciones, especialmente en casos de algunas enfermedades infecto-contagiosas, en donde lo que más llama la atención es la contradicción misma de las normas sanitarias.

El Decreto 559 de Febrero 22 de 1991, que hace referencia a la Prevención, Control y Vigilancia de las Enfermedades Transmisibles, especialmente en lo relacionado con el Virus de Inmunodeficiencia Humana (HIV) y el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), obliga a NOTIFICAR a las autoridades tanto a los enfermos de SIDA como a los infectados por HIV, así sean sintomáticos, so pena de incurrir en el delito de violación de normas sanitarias consagrado en el Código Penal.

"...De conformidad con la Ley 09 de 1979 y el decreto 1562 de 1984, todas las personas naturales o jurídicas, publicas o privadas del sector, están obligadas a notificar los casos de enfermos de SIDA y los de infectados por el HIV, so pena de ser sancionados de conformidad con las normas pertinentes y sin perjuicio de que puedan llegar a incurrir en el delito de violación de medidas sanitarias consagradas en el Código Penal. El procedimiento de notificación deberá garantizar la confidencialidad..."
Y el artículo 21:

"...La información epidemiológica en relación con la infección con el HIV es de carácter confidencial. El secreto profesional no podrá invocarse como impedimento para suministrar dicha información en los casos previstos en las disposiciones legales y reglamentarias..."

Dice además el Artículo 33:

"Por razones de carácter sanitario, cuando la persona tenga la condición de infectado asintomático, el médico tratante podrá informar de su estado de salud al cónyuge, compañero permanente o pareja sexual permanente, previo consentimiento informado para su respectivo estudio diagnostico. Asimismo, cuando el médico considere pertinente se informara a las personas que están expuestas al riesgo, para que asuman las medidas de protección pertinentes "

Y el Artículo 34:

"En cumplimiento del Artículo 18 de la Ley 23 de 1981, cuando la condición del paciente infectado por el HIV sea grave, por cualquier causa, o haya desarrollado el SIDA, el médico tiene la obligación de comunicar tal situación a sus familiares o allegados"

Artículo 32

"...Los integrantes del equipo de salud que conozcan o brinden atención en salud a una persona infectada por el Virus de Inmunodeficiencia Humana, HIV, asintomática o sintomática, están en la obligación de guardar la confidencialidad de la consulta, diagnostico y evolución de la enfermedad. De igual manera, se observara tal disposición con personas con conducta sexual de riesgo cuyo estado no sea seropositivo..."

Otros casos que merecen especial consideración son los referentes a estudios de investigación (En donde debe guardarse celosamente el nombre de los pacientes) y algunos casos médico-legales.

2-INFORMACIÓN ADECUADA Y CONSENTIMIENTO

Los actos humanos, en nuestro sistema jurídico, para que produzcan efectos plenos, deben ser realizados con consentimiento. Ese consentimiento debe ser exento de vicio: error, fuerza o dolo (Artículo 1508 del Código

Civil). En caso contrario, el acto estará viciado de nulidad y no producirá ningún efecto o producirá otro distinto al que normalmente se persigue con este obrar.

En los actos médicos consensuales la situación es compleja. Las condiciones mínimas para que pueda existir un acto de consentimiento médico son, de acuerdo con diversas legislaciones:

CAPACIDAD. Entendida como el pleno uso de las facultades intelectuales y el criterio suficiente para juzgar los riesgos y alternativas; en este punto es preciso distinguir entre la capacidad legal (que en Colombia la tienen solamente las personas mayores de edad, con mente sana) de la capacidad para entender y aceptar un procedimiento médico.

Somos de la opinión de que en relación con el consentimiento informado, el paciente no necesariamente debe ser una persona considerada "legalmente capaz", como sería el caso de un adolescente cuyo criterio pugna con el de sus padres menos instruidos o fanáticamente adeptos a una ideología que choca con la ciencia.

POSESIÓN DEL DERECHO. Es la titularidad del derecho, bien o interés sobre el cual el sujeto consiente el acto médico. Cabe la misma observación anterior, respecto del conflicto de intereses entre el paciente titular del derecho a su salud y su cuerpo, y el de las personas que, ocasionalmente, lo representen como son sus padres, tutores, guardadores o curadores.

LIBERTAD. Atentan contra esta condición la coacción de cualquier tipo (física, moral, intelectual, económica, etc.) y la falsa información o engaño por parte de cualquiera de los sujetos.

La base es el conocimiento de las alternativas de tratamiento y de todas las posibles complicaciones que implique el procedimiento o terapéutica al cual vaya a ser sometido. La decisión que tome el enfermo debe ser absolutamente personal.

Por ello, el libre desarrollo de la personalidad consagrado expresamente en nuestra Constitución Política como un derecho de los jóvenes, tendrá implicaciones legales cuando se trate de contratos de prestación de servicios médicos u odontológicos que de suyo no pongan en peligro la vida o la salud del paciente y el médico procederá con libertad, cuando este peligro no exista; en caso.

contrario, además del deber de advertir del riesgo al paciente, se negará a realizar el acto médico sin la autorización de las personas bajo cuyo cuidado y responsabilidad ese menor se encuentre.

Aún contra la voluntad de sus padres, por ejemplo, consideramos que un menor adulto puede someterse a un tatuaje, a un procedimiento médico u odontológico que tenga por finalidad un implante o incrustación con fines estéticos, o a otra serie infinita de tratamientos que tienen que ver con las manifestaciones de su personalidad y para los cuales -médicamente hablando- no existe riesgo.

INFORMACIÓN ADECUADA. La información que se presente al paciente debe ser verdadera, clara, completa y discutida con el mismo.

Esta información es un derecho esencial del paciente para poner en ejercicio su libertad. De lo contrario, al presentar el médico una explicación errónea, falsa o malintencionada, no solamente se esta faltando a un principio ético, sino esta vulnerando la libertad de decisión del paciente.
La información adecuada equivale al conocimiento de las alternativas de tratamiento y de todas las posibles complicaciones que implique el procedimiento o terapéutica al cual vaya a ser sometido.

A este respecto puede presentarse la discusión sobre si debe informarse la verdad completa, por las repercusiones que tal información pueda tener en el enfermo que no se encuentra preparado para recibirla. Es obvio que en este punto hay que ser muy prudente y cuidadoso, pues de la forma como se presenten las cosas al paciente, pueden depender efectos negativos.

Algunos afirman que el paciente debe conocer toda la verdad, con el objeto de arreglar sus asuntos familiares y económicos en forma definitiva. Otros, por el contrario, piensan que no se debe angustiar al paciente y más bien someterlo al tratamiento sin que sepa que su pronostico es pésimo.

La Ley 23 de 1981 habla de la responsabilidad en caso de riesgo previsto (Titulo II, Capítulo I, Artículo 16):

“La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no ira más allá del riesgo previsto.

El médico advertirá de el al paciente o a sus familiares o allegados”
Aunque el médico debe ofrecer siempre alguna esperanza a su paciente, las circunstancias actuales obligan a ofrecer la información en forma clara. De lo contrario, se esta agrediendo el derecho de la persona a conocer la verdad y a proceder según sus necesidades. De cualquier forma, una buena práctica consiste en informar siempre a la familia acerca de la situación real del paciente y su enfermedad, con el vocabulario y en la oportunidad que aconsejen la prudencia y el buen juicio del médico.

CAUSA O MOTIVO DEL ACTO. Por parte del paciente es la sintomatología secundaria a su patología la que lo lleva a buscar la asistencia profesional, sea de un médico determinado o de un equipo especializado de atención.

Por parte del médico, como hemos mencionado, su especialidad, el interés humano, académico y científico de cada caso.

DOCUMENTO. Es recomendable la existencia de un documento en donde expresamente se consienta la practica del acto médico, particularmente cuando se vaya a efectuar un tratamiento riesgoso o un procedimiento invasivo.

En casos de extrema urgencia, el documento puede obviarse por estar de por medio la vida del paciente, dejando una clara nota en la Historia Clínica a este respecto.

Aunque este documento no es eximente de responsabilidad para el médico, es en principio una prueba pertinente de que se actuo de acuerdo con la voluntad del enfermo, además de que materializa las condiciones del contrato de prestación de servicios médicos.

REVERSIBILIDAD. Es la posibilidad de revocar el consentimiento por parte del paciente. El enfermo no solamente puede arrepentirse de aceptar el tratamiento propuesto, sino que puede además cambiar de médico en cualquier momento.

Esto puede aplicar también al médico en forma de terminación unilateral del contrato de prestación de servicios médicos, en casos específicos, también contemplados en la ley 23 de 1981.

3-OBLIGACIÓN DE CONOCIMIENTO

Es indispensable que la formación y los conocimientos del médico sean adecuados y actualizados. Para lograr ésto se requieren muchos años de estudio y práctica. El médico se forma en las facultades de medicina aprobadas para tal efecto por el gobierno del respectivo país.

Aprender es, en esencia, establecer nuevas conexiones interneuronales para elaborar y almacenar porciones de conocimiento que, una vez asimilado, entran a formar parte de la estructura individual en la respuesta a interrogantes, problemas y análisis de conductas.

En el período de adiestramiento médico se intenta acumular el máximo de experiencia y aprendizaje posible para poder formar un criterio básico de manejo de los problemas en el menor tiempo posible.

En este periodo no se aprende mediante actitudes pasivas o teóricas basadas en dogmas o preceptos arbitrarios, sino a través del ejercicio de una mente creativa y disciplinada.

En resumen, el médico debe saber cómo utilizar su arte, cuándo aplicarlo, por qué utilizarlo y en quién hacerlo.

4-OBLIGACIÓN DE DILIGENCIA Y TÉCNICA

Está ligada a la anterior. El médico debe colocar la máxima diligencia y utilizar sus habilidades al máximo para atender a su paciente.

El profesional de la salud debe entonces tener una habilidad básica, fundamentada en la ciencia de su oficio, disposición de ánimo y conocimientos claros, para poder utilizar el cerebro, las manos y los instrumentos con el objeto de modificar o eliminar la enfermedad o la mal función orgánicas, para prolongar la vida y mejorar su calidad y dignidad

Como dice R Clark: “Podemos estar errados, pero nunca estar en duda en el momento de tomar decisiones cruciales para el enfermo”
El médico debe ser claro de propósitos, definitivo en el juicio, decisivo en la autoridad y autoritario con su propia vida, lo cual implica poseer los más altos niveles de responsabilidad y compasión humanas.

Para el ejercicio de cada especialidad el médico debe ser experto en el manejo de las herramientas, equipos y máquinas correspondientes.

Si en un momento dado el "estado del arte" de un área médica específica incluye el uso de un equipo que se encuentre al alcance del país y del paciente, el médico deberá remitir al enfermo al especialista o institución que, por poseer tal artefacto le brinden los mejores beneficios.

Obviamente en este aspecto se encuentran las limitaciones de tipo económico, pero la información que el paciente recibe del médico sobre tales posibilidades técnico-científicas, dejarán en manos del enfermo la decisión. Si éste no quiere, o no puede aceptar el ofrecimiento, el médico debe respetar su decisión.

5-OBLIGACIÓN DE CONTINUIDAD DEL TRATAMIENTO

Una vez el médico establezca una relación profesional con su paciente, la terapéutica deberá continuar hasta que el enfermo sane, o cambie voluntariamente de médico, o sea remitido a manos de otro especialista.

Sin embargo, existe el área de la medicina institucional, en donde por razones de organización burocrática el paciente debe ser controlado por el médico de turno. En este caso, la relación médico-paciente que ya ha sido alterada por el tipo de ejercicio, también cambia un poco debido a la "despersonalización" en el manejo de los enfermos.

6-OBLIGACIÓN DE ASISTENCIA Y CONSEJO

Como hemos mencionado, la medicina es por esencia una carrera humanística y tiene como objetivo apoyar en todo momento al enfermo. Baste recordar de nuevo la famosa frase: "Curar a veces, aliviar a menudo, consolar siempre".

El médico debe constituirse en consejero, buscando siempre la decisión que sea más conveniente a su enfermo.

7-CERTIFICADO MÉDICO

Es el documento en el cual el médico hace constar un hecho o característica de un paciente, para que tenga efecto algún hecho jurídico adicional.

En otras palabras, se deja constancia de alguna enfermedad o estado de salud, aptitud o daño orgánico específico, para que posteriormente tenga aplicabilidad en otro hecho o acto.

De acuerdo con lo anterior, el Contrato de Asistencia Médica y el Acto Médico con el cual se cumple puede ser de dos tipos: Privado e Institucional.

ACTO MÉDICO PRIVADO

Hace referencia a la relación directa entre el enfermo y el médico escogido por el mismo, sea por voluntad propia, recomendación de otras personas o remisión privada de otros colegas.

Entre el paciente privado y su médico se establece la típica relación de contrato consensual, por la cual el médico se compromete a colocar todos los medios de su parte para devolver o mantener la salud del enfermo, quien a su vez adquiere el compromiso de pagar unos honorarios al profesional por su trabajo.

ACTO MÉDICO INSTITUCIONAL

Esta forma de relación puede ser de varios tipos:
-A través de entidades hospitalarias de servicio publico en donde el médico es un empleado a sueldo.
-A través de instituciones como el Seguro Social.
-Mediante entidades privadas que contratan su infraestructura con corporaciones, ofreciendo su cuerpo médico como parte del contrato.
-Por medio de empresas de medicina prepagada.
Aunque en estos casos el paciente no busca voluntariamente al médico, se somete a ser atendido por quien se encuentra de turno o llamada.
Esto no descarta la relación contractual entre el médico y el enfermo, sino que más bien involucra a un tercero: La institución prestadora de servicios, quien paga al médico por su trabajo y debería garantizar al enfermo la mejor atención posible.
La atención institucional es una forma de permitir el acceso a la salud a gran cantidad de personas que en forma individual y privada no lo hubieran podido conseguir. Sin embargo, se ha encontrado una relación distinta con el paciente, si no en el aspecto profesional si por lo menos en el área afectiva.

No se puede negar la burocratización e ineficiencia en muchas de las entidades prestadoras de servicios y el predominio de la parte económica, circunstancia que puede resumirse en el cambio de " Hacer lo que sea mejor para el paciente " por " Hacer lo que sea mejor para la empresa-industria de Salud ".

II- EL DIAGNÓSTICO COMO HIPÓTESIS DE TRABAJO

La semiología es la disciplina que se ocupa del estudio de los signos y síntomas que presenta el enfermo, para llegar a la causa del problema que lo aqueja o para determinar si de hecho existe un problema y qué tipo de problema.

El diagnóstico es el ejercicio intelectual por el cual se intenta determinar la enfermedad de base de un paciente a partir de una serie de manifestaciones que pueden ser de dos tipos: Expresadas por el paciente pero no objetivables mediante el examen (algunas formas de dolor, mareo, etc.), denominadas síntomas.

Expresadas o no por el paciente y demostrables mediante el examen físico (masas en cualquier parte del cuerpo, soplos cardíacos, etc.), llamados signos. Se reconocen mediante el examen físico.

Demostradas por exámenes auxiliares denominados "paraclínicos", entre los que se incluyen el laboratorio, las imágenes (radiología, medicina nuclear, ultrasonido, etc.) y otros.

La importancia del diagnóstico radica en varios aspectos: Aclara lo que no se conoce con el fin de evaluar la gravedad del asunto; orienta el camino terapéutico a seguir; organiza la secuencia de eventos encaminada a buscar la curación o el alivio; integra el concurso de recursos técnicos y humanos para tales fines; controla el resultado de la intervención médica; es la base para efectuar pronósticos; en fin, es la esencia misma del acto médico.

EL USO DE LA ESTADÍSTICA EN EL EJERCICIO MÉDICO

Desde el momento de la entrada del enfermo al consultorio, el médico efectúa inferencia diagnósticas, es decir, trata de encuadrar en un determinado prototipo patológico la afección del paciente, mediante observación, comunicación verbal, táctil, auditiva y exámenes auxiliares.

Existen detalles en el examen de paciente que son “patognomónicos”, es decir, son típicos de algunas enfermedades: El temblor del Parkinson, el soplo de la estenosis mitral, la masa pulsátil de un aneurisma de la aorta abdominal, etc., los cuales al médico experimentado, diligente, cuidadoso y estudioso generalmente no se le pasan por alto.

Otros hallazgos pueden no ser tan típicos, pero encuadran dentro de un grupo de enfermedades similares, una de las cuales debe diferenciarse para especificar la que aqueja a la persona que consulta: Estertores pulmonares, comunes a una neumonía bacteriana y a un edema pulmonar; hematuria, frecuente en casos de cistitis hemorrágica y de algunos tumores renales, etc. Aquí entra el mencionado concepto de diagnóstico diferencial. Otro grupo de fenómenos simplemente ubican el problema en un órgano específico: Hemiplejía, cuya causa se ubica en el sistema nervioso central. Además, existen datos que no son específicos, como la fiebre, el dolor de cabeza, la adinamia, etc.

En toda consulta, análisis, diagnóstico, opinión, interconsulta, junta médica, investigación, publicación o procedimiento especial, el médico aplica el método científico. Es decir, aquel procedimiento para descubrir las condiciones en que se presentan sucesos específicos, aplicando la lógica a los hechos observados. A través de este mecanismo se plantean problemas, se prueban hipótesis e instrumentos de trabajo investigativo. Aunque no lo haga de manera consciente, el médico aplica en forma permanente sus conocimientos de estadística. Juega con leyes de probabilidades, estudia variables, analiza su interdependencia y relación, en fin, convierte el oficio en profesión y el arte en ciencia. Esta es la diferencia con los empíricos.

Dentro del proceso diagnostico entra con frecuencia el fenómeno de toma de decisiones, la cual se basa en elaboración de premisas (sustentada racionalmente, entendiendo las alternativas y con el franco deseo de llegar a soluciones. La racionalidad se limita por factores como tiempo, información y certeza); identificación de alternativas (orientada en la más correcta información y en la ayuda de los subalternos e iguales); evaluación de alternativas (a la luz de factores cuantitativos o medibles y cualitativos o intangibles); y la selección de una alternativa (para la cual se puede utilizar la experiencia, bien entendida como el aprovechamiento de las lecciones del éxito y el fracaso, la experimentación y la investigación analítica, utilizando el método científico y el desarrollo de modelos).

Como ya se mencionó, el médico hace uso de la estadística en forma empírica o en forma explícita. Es decir, recoge, ordena y analiza datos cuantitativos, con el objeto de tomar decisiones. En el caso del diagnóstico, la decisión es el proceso de ubicar al enfermo dentro de un prototipo de enfermedad. Las muestras son los síntomas y signos clínicos.

Los datos obtenidos de estudios deben ser descritos de alguna forma. Por esto, se trata de buscar un valor que represente dicho grupo, es decir, un promedio. Ej.: Desde el punto de vista semiológico, se desea describir a los pacientes con síndrome de Marfan que ingresan a los consultorios de medicina interna. Se dice entonces que el paciente con este síndrome es generalmente alto, delgado, con aracnodactilia (dedos delgados y largos) y con frecuencia presentan otra enfermedad asociada: la disección de aorta. Por supuesto, sabemos que puede haber pacientes altos y con aracnodactilia que no tienen el síndrome de Marfan, en la misma forma en que puede existir disección de la aorta no asociada a este síndrome. Así mismo, se observan casos de Marfan en personas de estatura promedio y sin disección de aorta. Todas estas combinaciones son posibles. Sin embargo, el promedio, el típico caso de Marfan, cumple en general con los requisitos descritos inicialmente.

Ej.: El paciente típico con apendicitis aguda presenta una serie de síntomas como dolor abdominal, fiebre, vómito y dolor en el cuadrante inferior del abdomen. Y aunque algunos enfermos presentan apendicitis sin fiebre, o tienen dolor abdominal asociado a fiebre y vómito sin que corresponda necesariamente a una apendicitis aguda, el paciente característico tiene los signos y síntomas anotados.

Como puede apreciarse, desde el primer planteamiento diagnóstico, este se enuncia como una hipótesis de trabajo que se ciñe a las reglas del método científico

CIENCIA Y MÉTODO CIENTÍFICO

Recordemos que “ciencia” es una forma coherente y sistemática de conocimiento que acepta y explica la realidad, predice su conducta y la controla. Busca construir explicaciones a partir de observaciones organizadas y logradas en condiciones reconocidas como validas. Su construcción intelectual se crea bajo situaciones históricas y sociales definidas.

Parte de supuestos elementales sobre la realidad como: El mundo existe, la realidad es dinámica, la realidad se puede conocer, los fenómenos de la realidad se detectan por los sentidos, los fenómenos están relacionados entre si y la naturaleza se organiza de formas simples a complejas.

El método científico, a su vez, constituye el conjunto de reglas generales a las que se somete el conocimiento y la investigación, determinando los rasgos importantes y la verdad de las proposiciones. Específicamente es un procedimiento para descubrir condiciones en que se presentan sucesos específicos. Es tentativo, verificable, de razonamiento riguroso y observación empírica. Constituye la aplicación de la lógica a los hechos observados a través de los cuales se plantean problemas, se prueban hipótesis e instrumentos de trabajo investigativo. Los conceptos, en el método científico son construcciones lógicas originadas en percepción y experiencia de los sentidos. Deben ser definidos y comunicables. En fin, el método científico tiene base empírica, va mas allá de las apariencias, es verificable, se va adaptando a los hechos ciertos, formula conclusiones generales y es objetivo

Las etapas del método científico, sobre el cual se rige la práctica médica moderna, sigue una serie de etapas determinadas: Percepción de un problema, definición del mismo, búsqueda de posibles soluciones (Hipótesis), valoración de las consecuencias de la hipótesis en caso de ser probada y prueba de la Hipótesis

LAS HIPÓTESIS

Las hipótesis son proposiciones que pueden ser puestas a prueba para ser verificadas y determinar su validez. Deben ser conceptualmente claras, objetivas, especificas y susceptibles de prueba con técnicas disponibles.

En medicina, las hipótesis diagnósticas son proposiciones lógicamente formuladas que afirman la existencia de una relación entre dos o mas factores o entidades y que deben ser sometidas a prueba para ser aceptadas como validas.

Existen varios tipos de hipótesis. Por el tipo de formulación pueden ser generales o empíricas (orientan la investigación y plantean el problema); de trabajo u operacionales (se orientan hacia una solución en concreto; y nulas (afirmación negativa que puede ser probada o no). Por su objeto,

pueden ser descriptivas(relaciones de cambio en el fenómeno estudiado) y causales (estudian la relación causa-efecto). Por su diversidad se pueden clasificar en alternativas (estudian otras variables del fenómeno; genéricas (hacen relación a los datos que las sustentan; particulares o complementarias (deducibles de otras); empíricas (sin fundamento teórico pero con prueba demostrable); plausibles (sin comprobación empírica pero con buen fundamento teórico); ante-facto (introducen explicación antes de la observación); post-facto (se deducen de la observación de un fenómeno); y convalidadas (bien fundamentadas y empíricamente comprobadas). Como puede verse, el nivel de abstracción del elemento de trabajo más importante del método científico, las hipótesis, es de alto nivel.

Existen varios requisitos para la formulación de hipótesis. Las de carácter general deben apoyarse en conocimientos comprobados. Por lo tanto, no pueden estar en contradicción con la concepción científica del mundo. Asimismo, deben ser capaces de proporcionar explicaciones suficientes para los hechos a que se refieren y ubicarse entre las mejores proposiciones provisionales de que se puede disponer en ese momento. De otro lado, es necesario que se encuentren relacionadas en alguna forma con la disciplina científica que estudia la clase de fenómenos a la cual hace referencia y ser capaces de ofrecer la posibilidad de efectuar derivaciones y deducciones de las afirmaciones que establecen. Por último, tanto el enunciado de la hipótesis como el establecimiento de sus consecuencias deben ser conocidas exhaustivamente por el investigador antes de cualquier esfuerzo de verificación y deben ser lo mas sencillas posible.

Las hipótesis de carácter específico basan su existencia en la proposición de respuestas provisionales al problema u objeto de la investigación. Su formulación, enunciada en términos racionales y sencillos, se conforma de tal manera que puede ser sometida a prueba. Por lo mismo, no involucra expresiones de contenido subjetivo o juicios de valor.

MÉTODO DIAGNÓSTICO

Esencialmente se compone de: Interrogatorio, Examen físico (Inspección, palpación, percusión y auscultación) y Exámenes para-clínicos. A su vez, los pasos diagnósticos son

1-Etapa anatómica
2-Etapa de diagnóstico funcional
3-Ubicación en estereotipos sindromáticos

4-Integración fisiopatológica
5-Confirmación para-clínica
6-Investigación etiológica
7-Confirmación anatomopatológica

Desde otro punto de vista, los tipos de diagnóstico son:

-Topográfico. Se intenta determinar la región afectada por la enfermedad
-Anatómico. Se ubica el órgano lesionado.
-Sindromático. Se integran los signos y se tratan de agrupar dentro de una determinada enfermedad o síndrome.
-De impresión. O de presunción. Cuando no se puede ubicar el problema dentro de los esquemas que el médico tiene en mente. Es en esencia tentativo o hipotético y no compromete en forma definitiva el criterio del médico.
-Fisiopatológico. Inferencia del mecanismo de producción de la enfermedad.
-Diferencial. Mediante comparación con enfermedades que tienen algunos signos y síntomas similares.
-Por exclusión o descarte, cuando se desechan otros diagnósticos posibles y probables, mediante pruebas clínicas o paraclínicas.
-Etiológico. Al encontrar la causa de la enfermedad.
-Anatomopatológico. Sustentado mediante inspección directa de los órganos y examen microscópico de los mismos.

LEX ARTIS Y ERROR MÉDICO

El error médico puede evaluarse en dos aspectos: El que surge de simple ignorancia, en cuyo caso se deben examinar las condiciones que llevaron a su ocurrencia. La otra es la ignorancia atrevida.

No se puede pedir a ningún médico, como no se puede hacer con ningún otro miembro de la sociedad, el don de la infalibilidad. De lo contrario, todas las complicaciones posibles y las muertes probables, deberían ser ‘pagadas’ por los profesionales de la salud, lo cual es absurdo. Lo que se juzga no es en realidad un resultado inadecuado, sino si ese resultado se origina en un acto negligente que no sigue las reglas del arte del momento, habida cuenta de la disponibilidad de medios y las circunstancias del momento en el cual se evalúe el caso.

El error se define como un concepto equivocado o juicio falso, que lleva a una acción desacertada, de la cual se originan consecuencias perjudiciales. Su concepto es asimilable al de equivocación, acción o efecto por el cual se toma una cosa por otra, lo cual ocasiona formas de interpretación y caminos de solución que dan lugar a una conducta errada.

En el plano jurídico el error es una falsa interpretación de la realidad y puede originarse en multitud de circunstancias:

- El conocimiento no se asimila a la estructura intelectual del individuo (impericia)
- Su aplicación práctica no se compagina con la realidad (imprudencia)
- Su utilización no sigue parámetros lógicos aceptados (negligencia)

Ser idóneo es poseer suficiencia o aptitud para desempeñar una función, sin que esto implique infalibilidad, es decir, no se posee la calidad de ausencia de falla, equivocación o engaño. El juicio del médico constituye aquella facultad del entendimiento por la cual se conoce y compara un grupo de manifestaciones clínicas, con el objeto de seguir una conducta. En el ejercicio de la medicina se parte de la base de un principio general de cuidado, el cual implica un aspecto interno (conciencia de las propias limitaciones y capacidades antes de emprender un acto médico) y otro externo (evitar acciones peligrosas y ejercer dentro del riesgo previsto).

Jurídicamente, el error médico está constituido como entidad, por una constelación de datos, hechos, síntomas, pruebas y opiniones, que lo diferencian nítidamente del error común o vulgar que dan nacimiento a responsabilidad civil en otros términos.

Pero un médico que trata de diagnosticar el mal que aqueja a su paciente: Debe siempre acertar, so pena de responder de su equivocación ? Habrá de constatarse no un hecho sencillo como los anteriormente enunciados, sino una constelación, un universo, un conjunto, una suma de signos y síntomas, de respuestas dadas por el paciente, de resultados de los exámenes de laboratorio, de datos suministrados por el estado actual de la ciencia, de información que objetivamente o subjetivamente se entrecruza para obtener, finalmente, una explicación o diagnóstico, que será apenas el punto de partida de una conducta a asumir, o pronóstico.

Y entre el abanico de posibles opciones, el médico tendrá que escoger la más acertada, como quiera que siempre habrá 'otra posibilidad' de interpretar esta realidad compleja. No siendo infalible, el médico puede cometer errores de apreciación, que lo conduzcan a un tratamiento equivocado. Véase, pues, como es diferente el resultado de un error de construcción intelectual, a una percepción simplemente equivocada del objeto. En el primero juegan, además de la corrección ontológica (adecuada percepción del objeto), la corrección lógica (adecuada construcción del raciocinio).
El médico emite conceptos y basado en ellos realiza acciones; en todo el trayecto, el error permanecerá al acecho. debido a esto, el problema esencial no estriba en plantear un diagnóstico, sino en darle una certeza definitiva. Utilizando términos estadísticos, cuando se encuentra presente el azar, cualquier forma ordenada de conocimiento trata de delimitar las causas de error, para hablar entonces del 'margen de error' en sus resultados.

III-EN ETAPAS DETERMINADAS DEL PROCESO, EL DENUNCIANTE NO ES SUJETO PROCESAL

En sentencia de 24 de noviembre de 1995, sala plena 450, providencia 46, con ponencia del doctor Dario Cadena Rey se expresó:

"…Por decisión del 14 de septiembre de 1.995 el Tribunal de Ética Médica del Meta determinó que no había mérito para formular cargos por violación a la ética médica contra el Dr xxxx, quien actuó en el caso que motivo la acusación en calidad de médico legista.

La representante legal del ciudadano yyyy, interpuso recurso de apelación contra la mencionada decisión, debiéndose precisar que la persona antes mencionada fue procesada penalmente por las lesiones que le ocasionó al señor aaaa, e inconforme con el dictamen médico emitido por el ahora acusado, solicitó la investigación ética de su conducta, y ahora muestra su inconformidad con el fallo favorable emitido contra su acusado.

Debe proceder esta colegiatura a resolver lo pertinente luego de la formulación de las siguientes.

CONSIDERANDO:

De conformidad con el artículo 74 de la Ley 23 de 1981 el ciudadano ahora recurrente tenía la capacidad legal para instaurar la queja disciplinaria, puesto que la norma que se comenta dispone el proceso de ética médica

puede iniciarse de oficio, a petición de cualquier entidad pública o privada, "o de cualquier persona" .

Es decir que de conformidad con la normas antes citada el ciudadano que así actúa lo hace en calidad de denunciante y por tanto lo acompañan los derechos que para esta clase de personajes ha creado el Código de Procedimiento Penal porque debe recordarse que el artículo 82 de la Ley 23 de 1981 consagra para efectos procedimentales el principio de integración, esto es, que aquellas actuaciones o situaciones no previstas en dicha Ley, para llenar el vacío le serán aplicables las normas procesales penales pertinentes.

De acuerdo con esta remisión normativa, el denunciante no es sujeto procesal en los trámites penales y sólo se consagra en su favor la disponibilidad de apelar el auto mediante el cual el funcionario de instrucción se inhibe de abrir proceso penal de conformidad por lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 327 del decreto 2700 de 1991, Código de Procedimiento Penal que dispone: "tal decisión, - la inhibitoria-, se tomará mediante resolución interlocutoria contra la cual procede el recurso de apelación por parte del Ministerio Público, el denunciante o querellante" .

En las condiciones precedentes, como consecuencia de su denuncia, el Magistrado Instructor abrió proceso disciplinario de conformidad con lo ordenado en el auto del 17 de agosto de 1995.

Si en esta oportunidad la decisión hubiera sido la contraria, es decir, que el Tribunal hubiera estimado que no era del caso abrir proceso disciplinario y por tanto se hubiera inhibido, el denunciante hubiera podido recurrir dicha decisión.

Pero como el proceso fue abierto y en tales condiciones el denunciante no es sujeto procesal es claro que ni por si, ni por medio de apoderado puede recurrir decisiones dentro del proceso de ética.

Aceptar lo contrario sería violatorio del debido proceso consagrado en el inciso primero del articulo 29 de la Constitución Política que determina que este principio político con finalidad garantista, deberá ser aplicado a toda clase de procedimientos judiciales o administrativo, norma Superior que al ser interpretada por los más altos Tribunales del País, como son la

Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, han determinado que igualmente el debido proceso debe ser respetado en toda clase de procedimientos disciplinarios adelantados contra un ciudadano, así el mismo fuera de carácter privado, como su sucede en los procesos disciplinarios de carácter laboral que se adelantan por el patrono en contra de sus subordinados, o lo deportivos o académicos que se tramitan en las Instituciones deportivas o estudiantiles.

Siendo la profesión médica una actividad regulada por el Estado, y siendo las faltas éticas y sus correspondientes sanciones de creación legal, al igual que los Tribunales encargados de imponerlas. Es lógico concluir que en el ámbito de ese especial procedimiento, igualmente debe respetarse el debido proceso y éste implica a nivel de procedimiento sancionatorio, que en el mismo solo puede intervenir el ciudadano que es objeto de tal procedimiento y quienes sean sujetos procesales.

Como en el proceso de ética médica el denunciante no es sujeto procesal, es imposible que pueda actuar como tal, y en tales circunstancias esta Corporación debe inhibirse de conocer de la apelación por él interpuesta.

Debe sí precisarse que esta determinación corrobora lo ya decidido por esta Corporación en providencia del 20 de abril del presente año con ponencia del H. Magistrado Doctor Mario Camacho Pinto; pero a su vez implica un cambio jurisprudencial a lo que se había resuelto en otras ocasiones donde se había aceptado la apelación de los denunciantes.

Lo anterior por que se había considerado en esas oportunidades que de esa manera se daban mayores garantías al ciudadano y la comunidad, para garantizar un más eficiente y ético ejercicio profesional de los médicos; pero es una realidad, que existiendo.

como existe el principio de integración con las normas procesales penales como se demostró en precedencia, es imperativo que esta que esta Colegiatura se rija por las disposiciones legalmente impuestas y sí en el procedimiento penal el denunciante o querellante no es sujeto procesal y solo puede apelar el auto mediante el cual una autoridad jurisdiccional se inhibe de abrir proceso penal, es lógico concluir que en éste especial procedimiento disciplinario debe regir la misma normatividad y consecuentemente decisiones acordes y paralelas con lo allí dispuesto. Son estas las Razones que motivan el presente cambio jurisprudencial.

IV-INAPELABILIDAD DEL PLIEGO DE CARGOS Y DE SU CONTRAPARTE, LA DECISION PRECLUTORIA

En providencia del Tribunal Nacional de Ética Médica de marzo 25 de 2013 (Numero 07-2003), con ponencia del Magistrado Efraím Otero Ruiz, se expresó lo siguiente:

"…Esta Corporación ha sostenido de manera reiterada que el auto de formulación de cargos no es apelable y se ha fundamentado en las siguientes razones:
" Si bien de manera general los autos interlocutorios admiten el recurso de apelación, lo cierto es que hay algunos en que por propia disposición de la ley se les niega la posibilidad de éste recurso, o que jurisprudencialmente se deduce su inapelabilidad, por ser ilógica la segunda instancia para determinados casos, por ser contrarios al sistema procesal imperante o porque se considera que en determinados casos la segunda instancia en lugar de favorecer perjudica a los intereses de los recurrentes.
" En el caso presente, el apelante partiendo de las normas generales que como ya se dijo admiten la segunda instancia de los autos interlocutorios, considera que le ha sido ilegalmente negado el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto. Reflexiona en este sentido el defensor cuando afirma:
" La ley 23 de 1981 que comprende el Estatuto de Ética Médica en su artículo 82 preceptúa, que en lo no previsto en esa normatividad cabe la aplicación de las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal; de otro lado el artículo 90 de ese mismo Estatuto reguló lo inherente a los recursos de reposición y apelación que se interpongan en contra de cualquiera de las providencias a que se refiere dicha ley, por lo tanto debió concederse como subsidiario del recurso de reposición, el de apelación, ya que de conformidad con el literal c del artículo 204 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 82 de la Ley 23 de 1981, el auto que declara la existencia de méritos para formular cargos, es apelable.
" Si bien es cierto que el artículo 80 de la Ley 23 de 1981, nos remite al Código de Procedimiento Penal, la función propia y la naturaleza del Tribunal es de carácter Ético disciplinario, es por esto que las figuras procesales y procedimientales del ámbito penal no son aplicables al pie de la letra dentro de los procesos que corresponde adelantar a éste Despacho.
" Esta Corporación de tiempo atrás ha venido sosteniendo la inapelabilidad del auto de formulación de cargos y es así como en providencia del 5

de junio de 1995 en relación con ésta temática se sostuvo:
“ Ha sido doctrina reiterada de esta superioridad que el pliego de cargos no admite recurso de apelación, como se deduce de la letra y el espíritu del artículo 80, literal b), de la Ley 23 de 1981. En varias oportunidades este Tribunal, con relación al recurso de alzada al pliego de cargos ha sostenido lo siguiente:
“ En efecto, si leemos detenidamente el artículo 80, literal b), de la ley 23 de 1981, nos percataremos que al enterar por escrito al profesional inculpado de los actos que se le imputan se le señalará fecha y hora para que el Tribunal en pleno lo escuche en diligencia de descargos ”.
“ Esta norma es incompatible con cualquier recurso, pues su trámite haría inoficioso tal señalamiento.
“ Además, el implicado al sustentar los recursos, de una vez está respondiendo los cargos, con lo que se desconocerá la letra y el espíritu de la norma citada que quiere que los descargos sean rendidos ante el Tribunal en pleno.
“ Si los recursos no le prosperan, y por tanto se confirman los cargos, la diligencia de descargos se volverá inoficiosa, pues el acusado se limitará a repetir los argumentos que ya le fueron rechazados al decidirle los recursos.
“ Al concederle recursos al pliego de cargos, quien los decide está prejuzgando, pues si los confirma y, por lo mismo, hace un gran esfuerzo dialéctico para ese efecto, le va a quedar muy difícil proferir posteriormente una decisión absolutoria ”.
“ Esta afirmación aparece particularmente válida con relación al Tribunal de segunda instancia, pues si confirma los cargos prácticamente está condenado anticipadamente, pues el inferior, salvo que aparezcan pruebas contundentes en la etapa de juzgamiento, quedará atado por el criterio del superior y éste a su vez en el fallo definitivo se limitará a repetir los argumentos con los cuales confirmó tal proveído de cargos ”.
“ Uno de los criterios buscados por el Constituyente de 1991, al establecer la Fiscalía General de la Nación, fue el de consagrar el sistema acusatorio, separando claramente las funciones acusatoria y decisoria, es decir, que quien formula el pliego de cargos no sea el mismo que juzga y decide, para evitar que en una misma persona o entidad se confundan las calidades de juez y de parte acusadora ”.
“ Esta confusión solo se presenta en el llamado sistema inquisitivo, hoy superado por la mayoría de las legislaciones del mundo. En nuestro país solo subsiste para el juzgamiento de los parlamentarios ante la Corte Suprema

de Justicia (art. 235-3 de la Constitución Nacional) ".
" Desde luego que la justicia ético-disciplinaria está aún lejos de este ideal, pero por lo menos en tratándose del Tribunal Nacional o Tribunal de Segunda Instancia, es preciso quitarle la facultad, que la costumbre y no la ley le atribuyó, de decidir sobre el pliego de cargos, pues, reiteramos, será acusador y juez y, por lo mismo, perderá la imparcialidad necesaria para juzgar, cuando se apela el fallo definitivo ".
" Todo ser humano tiene derecho a ser juzgado con absoluta imparcialidad, la que solo se logra cuando quien adelanta la investigación y formula los cargos no es el mismo que juzga y decide. Y aunque tal principio aún no lo podemos aplicar con relación a los tribunales seccionales, si es posible con relación al Tribunal Nacional, máxime si se tiene en cuenta que de la propia letra del artículo 80 se deduce que el legislador no quiso darle recursos al tan mentado pliego ".
" A lo anterior debemos agregar, que en los sistemas procesales modernos, la acusación, como la defensa, son atribuciones de la parte, en tanto que la decisión es potestativa del juez. Dentro de la lógica del proceso lo único que puede ser recurrible, como es obvio, son las decisiones judiciales. Por lo mismo, si la acusación es facultad de la parte no debe ser recurrible, pues resulta un contrasentido el que existan acusadores de primera y de segunda instancia.
" Además, en los procedimientos disciplinarios no se ha consagrado el recurso de alzada para el pliego de cargos y para corroborarlo nos permitimos citar los siguientes estatutos: " Decreto 250 de 1970 " por el cual se expide el estatuto de la Carrera Judicial y del Ministerio Público", artículos 92, 115 y subsiguientes; Decreto 196 de 1971 " por el cual se dicta el estatuto de la abogacía ", en donde ni siquiera existe resolución acusatoria, sino que se corre traslado es de la denuncia y de los documentos que la acompañan, por el término de 10 días (art. 74); Decreto 1660 de 1978 " por el cual se reglamentan parcialmente las leyes 15 y 20 de 1972, los Decretos 250 y 762 de 1970, 546 de 1971 y 717 de 1978, y otras disposiciones sobre administración del personal de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de las Direcciones de Instrucción Criminal ", artículo 180; y Decreto 1888 de 1989 " por el cual se modifica el régimen disciplinario de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, artículos 37 y siguientes.

Esta jurisprudencia ha sido reiterada posteriormente en varias decisiones como las que se produjeron el 16 de junio de 1994, el 4 de mayo de 1995,

el 13 de febrero de 2001 y el 27 de noviembre del 2001 y providencia No. 21-2002 del 10 de septiembre del 2002.- Si no se han producido desde aquella época cambios constitucionales ni legislativos que hagan cambiar el criterio de la Corporación, necesario es concluir que se ha de mantener la jurisprudencia de manera inalterable, y todavía con mayor razón, cuando las consideraciones que allí se hacen son precisamente a favor de los intereses del acusado, para efectos de garantizarle una mayor imparcialidad de la segunda instancia y para efectos de tutelar de manera efectiva su derecho a la defensa.

V- LA CONCESIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN EN RELACIÓN CON EL NUEVO SISTEMA ACUSATORIO.

Uno de los artículos de mayor relevancia en cuanto al proceso ético disciplinario se trata es el 82 de la Ley 23 de 1981, al igual que el artículo 47 del Decreto Reglamentario 3380 de 1981, los cuales establecen:

1 Artículo 82 ley 23 de 1981, "En lo no previsto en la presente Ley, se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal". (Negrillas y resaltado nuestros).

2 Artículo 47 Decreto reglamentario 3380 de 1981, "En lo no previsto en la ley 23 de 1981 y su reglamento se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal". (Negrillas y resaltados nuestros).

CONCEPTO SOBRE LA APLICACIÓN DE LA LEY 906 DE 2004 DENTRO DEL PROCESO ÉTICO DISCIPLINARIO

ARTÍCULO 82. En lo no previsto en la presente Ley, se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal.

Conc. Artículo 47 Decreto 3380 de 1981.
Artículo 47. En lo previsto en la ley 23 de 1981 y su reglamento se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal.

Se profesa que es precisamente este artículo el que crea mayor confusión al darle aplicabilidad sobre todo a la parte procedimental de la Ley 23 de 1981, puesto que los operadores de la justicia (Magistrados del Tribunal de Ética Médica), se ven en la necesidad de aplicar ante las falencias de esta,

lo estipulado en el Código de Procedimiento Penal, incluso en muchas ocasiones lo establecido en el Código Penal he aquí pues la difícil tarea de los miembros de los Tribunales, pues, son ellos ls llamados a determinar cuál es la normatividad más apropiada a aplicar.

A partir de la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004 y en nombre del artículo 82 de la Ley 23 de 1981 y el artículo 47 del decreto 3380 de 1981, por mandato legal, se le debe dar aplicabilidad a los parámetros propuestos por el Sistema Acusatorio, en lo que no esté contemplado en la Ley 23 de 1981, y que no riña con la equidad y la justicia, sólo en aquello que sea más garantista y constitucionalmente indicado, sin darle aplicabilidad a nada que vaya en contra de la esencia del proceso ético-disciplinario, ni que vulnere las garantías legales de los profesionales de la medicina.

Si se analiza la Ley 906 de 2004, se determinará que en materia de las víctimas, implementa una nueva reglamentación como se establece en los artículos 11 Derechos de las víctimas: Este artículo constituye una novedad como principio en el procedimiento penal, estipulando los derechos de las víctimas dentro del proceso, garantizando el derecho a acceder a la administración de justicia, el cual determina que la víctima (en nuestro caso el quejoso), debe ser informado de las actuaciones que se adelanten. Lo anterior va muy ligado con el artículo 18 de la Ley 906 de 2004, Publicidad "la actuación procesal será pública. Tendrán acceso a ella, además de los intervinientes, los medios de comunicación y la comunidad en general." también manifiesta que sólo se podrá restringir este derecho cuando se pone en peligro a los intervinientes o se afecte la seguridad nacional, se vulneren los derechos de los menores o del procesado, de lo contrario no existirá limite a este derecho. Se cree, que al quejoso, por no ser sujeto procesal dentro del proceso ético disciplinario no se le debe dar más información de la constitucionalmente exigida (tema que se tratara más adelante). También con el capítulo de publicidad de los procedimientos. Artículo 149 Principio de publicidad, establece que todas las audiencias que se adelanten durante la etapa de juzgamiento serán públicas y no se podrá denegar el acceso a nadie, podrá limitarse por los parámetros establecidos en este artículo y en los artículos 150, 151 y 152. Como ya se ha manifestado no se podrán implementar en el proceso ético-disciplinario.

Se cree además, que por el carácter que posee la acción disciplinaria cuya potestad es propia del Estado, al quejoso sólo le compete poner en conocimiento

de la entidad competente su queja, además de ampliar y ratificarse en la misma, aportar pruebas si cuenta con ellas y recurrir la decisión de resolución inhibitoria en las actuaciones anteriores al 1º de enero del 2005, la cual hoy se cree que es la orden de archivo que describe la Ley 906 del 2004 en su artículo 79; si bien, en esta normatividad no establece la posibilidad de conceder recursos, también se cree, que obedece a que a partir de los artículos 132 y siguientes en el capítulo de las víctimas, le permite a éstas hacer parte activamente del proceso, pero como en el proceso ético-disciplinario no existe esta potestad, ni la figura de víctima como tal, como criterio se tiene que: con respecto a la orden de archivo de las diligencias, situación que en el presente trabajo equivale a la resolución inhibitoria, no se deben conceder los recursos de reposición ante el Tribunal que ordena el archivo de las mismas y el de apelación ante el Tribunal Nacional, por expresa disposición de la Ley 906 de 2004 (Ver Auto de la Sala Plena Corte Suprema de Justicia de Julio 5 de 2007). Dado lo anterior y al no ser sujeto procesal el quejoso, éste no podrá por lo tanto, solicitar pruebas, ni recurrir las decisiones que se profieran en el proceso, excepto la resolución inhibitoria en las investigaciones iniciadas antes del 1º de enero del 2005, y las decisiones de Precluir y el Fallo Absolutorio en los procesos posteriores al 2005.

También, se transcriben apartes de la resolución proferida por el Tribunal Nacional de Ética Médica, de fecha 25 de marzo de 2003, en la cual se lee: "…De manera reiterada ha sostenido esta corporación que al igual que sucede en el proceso penal, el denunciante, sólo tiene facultad para apelar el auto inhibitorio, porque una vez es abierto el proceso penal o el disciplinario e (sic) nuestro caso, el denunciante deja de ser parte y al no ser sujeto procesal es obvio que no puede participar dentro del proceso y mucho menos interponer recursos…".

Se sostiene que el quejoso, no es que deje de ser parte, sino que nunca lo fue. Dado lo anterior, se cree que si bien, ni la Ley 23 de 1981 ni su decreto reglamentario contemplan nada sobre el quejoso o la víctima y muy a pesar de la remisión expresa que hace el artículo 82 de la Ley 23 de 1981 al Código de Procedimiento Penal, el cual si contempla un capítulo sobre la víctima (Ley 906 de 2004, artículos 132 y siguientes), no es de acogida darle cabida al quejoso dentro del proceso ético-disciplinario, salvo para hacer uso de los derechos que fueron descritos anteriormente, entiéndase interponer los recursos de Reposición y Apelación en contra de la decisión de Precluir la investigación dentro del proceso Ético Disciplinario, tal

como lo estableció la propia Ley 906 de 2004, artículo 177, numeral 2 y el Fallo Absolutorio artículo 177, numeral 1; cabe aclarar que el quejoso dentro del proceso ético-disciplinario, no necesariamente coincide con esa persona a quien se le ha vulnerado algún derecho, o sea a quien el derecho penal denomina víctima.

SOBRE LA PRECLUSIÓN

El Auto Sala Plena Corte Suprema de Justicia Julio 5 de 2007

"(i) EL ARCHIVO DE LAS DILIGENCIAS VERSUS LA PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La aparente intersección de las figuras consagradas en los artículos 79 y 332-4 de la Ley 906 de 2004, referidas a las facultades otorgadas a la Fiscalía General de la Nación de archivar las diligencias y de solicitar al juez de conocimiento la preclusión -entre otras causales-, por atipicidad del hecho investigado, intersección que se hizo más notoria a raíz de la decisión del Tribunal Constitucional de hacer equivaler el aparte normativo "motivos o circunstancias fácticas" (art. 79) con la tipicidad objetiva, impone a la Sala precisar el contenido y alcance de tales instituciones.

El artículo 332 de la Ley 906 de 2004 señala que el fiscal solicitará la preclusión de la investigación en los siguientes casos:

1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.
2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal.
3. Inexistencia del hecho investigado.
4. Atipicidad del hecho investigado.
5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado.
6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.
7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de este código.

PARÁGRAFO. Durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1 y 3, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión.

Así pues, una de las causales, la cuarta, tiene que ver con la atipicidad del hecho investigado, punto en el que aparentemente pueden coincidir las causales de preclusión de la investigación con la facultad oficiosa y autónoma que recae en la Fiscalía para ordenar el archivo de las diligencias en los términos del artículo 79 de la Ley 906 de 2004.

2. El archivo de las diligencias y la sentencia C-1154/05

Dice la Corte Constitucional que el archivo de las diligencias es una facultad asignada a la Fiscalía General de la Nación cuando constata en el caso concreto la ausencia de los presupuestos mínimos para ejercer la acción penal. Tales presupuestos mínimos los identifica con los elementos objetivos del tipo penal.

Para que un hecho pueda ser caracterizado como delito o su existencia pueda ser apreciada como posible, se deben presentar unos presupuestos objetivos mínimos que son los que el fiscal debe verificar. Dichos presupuestos son los atenientes a la tipicidad de la acción. La caracterización de un hecho como delito obedece a la reunión de los elementos objetivos del tipo. La posibilidad de su existencia como tal surge de la presencia de hechos indicativos de esos elementos objetivos del tipo

Sin entrar en detalles doctrinarios sobre el tipo objetivo, se puede admitir que "al tipo objetivo pertenece siempre la mención de un sujeto activo del delito, de una acción típica y por regla general también la descripción del resultado penado". Cuando el fiscal no puede encontrar estos elementos objetivos que permiten caracterizar un hecho como delito, no se dan los presupuestos mínimos para continuar con la investigación y ejercer la acción penal. Procede entonces el archivo.

En tales términos, amén de no revestir el carácter de cosa juzgada, el archivo de las diligencias constituye una aplicación directa del principio de legalidad que dispone que el fiscal deberá ejercer la acción penal e investigar aquellas conductas que revistan las características de un delito, lo cual es imposible de hacer frente a hechos que claramente no corresponden a los tipos penales vigentes o nunca sucedieron.

La competencia para tomar la decisión de archivo de las diligencias recae en el ámbito exclusivo del fiscal, sin que con ella se disponga la extinción de la acción penal, lo que no descarta ciertos aspectos jurídicos que deben analizarse: i) la naturaleza de la decisión; ii) el fundamento material de la decisión; y iii) las repercusiones de la decisión para las víctimas en el proceso.

En cuanto a lo primero, la decisión de archivo de las diligencias se encuentra clasificada como una orden, señalada como una de las clases de provi-

dencias judiciales que se prevén en el artículo 161 de la Ley 906 de 2004. Sobre lo segundo, los motivos y circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, al Fiscal le compete exclusivamente verificar los elementos de la tipicidad objetiva. De tal suerte, le está vedado hacer consideraciones sobre elementos subjetivos de la conducta ni mucho menos sobre la existencia de causales de exclusión de la responsabilidad. Lo que le compete es efectuar una constatación fáctica sobre presupuestos elementales para abordar cualquier investigación lo que se entiende como el establecimiento de la posible existencia material de un hecho y su carácter aparentemente delictivo.

Por último, en tercer lugar, como quiera que la decisión de archivo puede tener incidencia sobre los derechos de las víctimas, pues a ellas les interesa que se adelante una investigación previa para que se esclarezca la verdad y se evite la impunidad, se impone (i) que la decisión sea motivada, (ii) con lo que se permite que pueda ser conocida, (iii) teniendo que ser apropiadamente comunicada, para permitir con ello que las víctimas y el Ministerio Público —para el cumplimiento de sus funciones— puedan expresar su inconformidad con la misma en ejercicio de sus derechos. Se resalta en cuanto a las víctimas (lo que se hace extensivo al Ministerio Público), que tienen la posibilidad de solicitar la reanudación de la investigación y de aportar nuevos elementos probatorios para reabrir la investigación. Ante dicha solicitud es posible que exista una controversia entre la posición de la Fiscalía y la de las víctimas, y que la solicitud sea denegada. En este evento, dado que se comprometen los derechos de las víctimas, cabe la intervención del juez de garantías, sin que con ello se esté significando que la orden de archivo de las diligencias, en cuanto tal, esté sujeta a control por parte del juez de garantías, pues lo que se quiere significar es que cuando exista una controversia sobre la reanudación de la investigación, no se excluye que las víctimas puedan acudir al juez de control de garantías.

…3. Algunas diferencias entre la orden de archivo de las diligencias y la preclusión de la investigación.
Por vía apenas ilustrativa, y en la línea de lo que ha sido expuesto, las siguientes son algunas de las diferencias que de asaz se pueden observar entre las instituciones señaladas:
El archivo de las diligencias aparece contenido en una orden; la preclusión de la investigación en un auto;
El fiscal es quien ordena el archivo de las diligencias; solamente los jueces

pueden disponer la preclusión de la investigación;
La orden de archivo de las diligencias sólo puede ocurrir antes de que un asunto llegue a la imputación; la preclusión de la investigación puede ser declarada por el juez antes o después de la imputación;
El archivo de las diligencias es una decisión -orden- que debe constar por escrito y carece de mayores formalidades; en audiencia pública, y con el cumplimiento de unas formalidades legales, el juez puede decretar la preclusión de la investigación;
La orden de archivo carece de recursos pero puede ser controvertida ante el juez de garantías; la preclusión de la investigación está sometida a los recursos ordinarios –reposición y apelación- así como a la acción de revisión; (Negrillas fuera de texto y nuestras).
La orden de archivo por regla general no produce efectos de cosa juzgada; la preclusión de la investigación, una vez ejecutoriada la providencia que la decreta, en todos los casos hace tránsito a cosa juzgada;
La orden de archivo se debe comunicar por un medio eficaz a los interesados, especialmente a las víctimas y al Ministerio Público; la preclusión de la investigación se notifica a todas las partes e intervinientes en la audiencia pública dispuesta para el efecto;
Los motivos que pueden generar la orden de archivo son limitados y no hacen parte de los mismos las causales de preclusión de la investigación; las causales de preclusión de la investigación se extienden hasta los motivos de archivo de las diligencias;
La orden de archivo puede ser revocada directamente por el fiscal que la profirió; el auto de preclusión de la investigación no puede ser revocado por el juez que tomó la decisión.
Artículo 334 Efectos de la decisión de preclusión: Una vez se encuentre en firme la sentencia que decreta la preclusión, tendrá efectos de cosa juzgada.
Teniendo en cuenta que por ahora, será de inmensa dificultad implementar el sistema acusatorio en el proceso ético disciplinario y que la exigencia dada por la Ley 23 de 1981 de que todos sus procedimientos y actuaciones queden plasmados por escrito, dificultará, que al menos por ahora, la adopción de audiencias. Se considera que en cuanto a preclusión se trata debemos darle aplicabilidad a los artículos 331, 332 y 334 de la Ley 906 de 2004.

La declaratoria de inexistencia de mérito para formular cargos por violación de la ética médica, equivale pues a la Preclusión; tal decisión única y exclusivamente podrá adoptarse si nos encontramos ante:

1- Inexistencia de la conducta que se imputa como falta ética.
2- Que el profesional investigado no haya realizado la conducta que se le imputa.
3- Que la Ley 23 de 1981 y su decreto reglamentario 3380 del mismo año, u otras normas reglamentarias no hayan previsto como típica la conducta imputada.
4- Que exista una causal de ausencia de responsabilidad, establecidas en el artículo 32 del Código Penal.
Artículo 32 "Ausencia de Responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal disciplinaria en el tema que nos ocupa cuando:

- En los asuntos de caso fortuito y fuerza mayor.
- Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se pueda disponer del mismo.
- Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal.
- Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales. No se podrá reconocer la obediencia debida cuando se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura.
- Se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público.
- Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.

  Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas.
- Se obre por necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

El que exceda los límites propios de las causales consagradas en los numerales 3º,4º, 5º, 6º, y 7º precedentes, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la respectiva conducta punible.

1- Se obre bajo insuperable coacción ajena.
2- Se obre impulsado por miedo insuperable.
3- Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un

hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.
4- Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado.
5- Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad.
Para estimar cumplida la conciencia de la antijuricidad, basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta.

- El error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación de la punibilidad dará lugar a la aplicación de la diminuente.

En general, que exista cualquiera razón jurídica que impida que el proceso ético-disciplinario se inicie o se prosiga.

En este evento, se es del criterio que se deberán conceder los recursos de ley, los cuales eran concedidos en la providencia de resolución inhibitoria, pues, se considera que por ser una decisión unilateral, asumida por la Sala Plena de los Tribunales de Ética Médica, debe el quejoso tener acceso a la misma a través de los recursos, pues si bien, éste no es parte en el proceso, deberán concederse los recursos, por el derecho al acceso a la administración de justicia. Artículo 177 numeral 2 Ley 906 de 2004.

EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Con respecto a la facultad de archivar los procesos en la primera instancia, sin darle al ciudadano que acude a los tribunales de Ética Médica la posibilidad de obtener una segunda instancia en lo que a su queja se refiere, considera esta sala que constituye una franca violación de varios derechos procesales, entre los que se cuentan el acceso a la administración de Justicia, el debido proceso, la doble instancia, el derecho a impugnar las decisiones judiciales y la igualdad ante la Ley

Para partir de una definición concreta, podemos definir el Estado Social como la forma de Estado que busca garantizar unas ciertas condiciones

básicas de vida para todos sus súbditos, sin distinción alguna, planteando claramente cuáles son los derechos fundamentales de la persona y eliminando la distancia conceptual que el Estado de Derecho había establecido entre el Estado y los particulares por medio de unos mecanismos concretos y eficaces para hacer respetar estos derechos. El Estado social, y en su expresión ideal, el Estado de Bienestar, tienen como objetivo primordial la participación de los particulares en la vida pública y a su vez la participación del Estado en la esfera particular en términos de ser un custodio y defensor, por así decirlo, de los derechos que él mismo garantiza para todas las personas.

Su concepto y desarrollo se dio a partir de mediados del siglo XIX, con el surgimiento de innovadoras doctrinas políticas que tenían en la mira una nueva revolución social, que acabara con los esquemas opresores conocidos e instaurara un orden justo. Entre éstas podemos citar al socialismo, sindicalismo, solidarismo, social cristianismo, marxismo, etc.

Tal vez el logro más concreto que éstas tuvieron, fue la creación de un orden en sí, un nuevo tipo de organización que poco a poco fue adoptada en la mayoría de los países occidentales: el Estado Social, que es perfectamente coherente con la idea contemporánea de la democracia Constitucional.

El Estado Social, o constitucionalismo social, tiene unas características generales muy concretas sobretodo en cuanto a objetivos-valores:

- Libertad: una persona es libre en la medida en que está facultada para ser libre. Soy libre para escribir, si sé escribir; soy libre para ser propietario si tengo el dinero para comprar. La libertad en el Estado social está expresada en términos mucho más racionales que en el Estado de Derecho, por cuanto en el primero se tiene esa libertad cuando se puede optar entre hacer o no hacer algo, a diferencia de lo que se postulaba en el segundo: todas las personas son igualmente libres. Este enunciado era abstracto y en muchos casos inalcanzable, pues no se podía comparar la libertad de acción de un burgués con la de un proletario.

- Igualdad: las personas no solo son iguales ante la ley, sino que son iguales de hecho. Aquí radica la innovación: la desigualdad de hecho tiene mecanismos para ser erradicada. Y más concretamente en el caso colombiano, la acción de tutela, (la discriminación positiva y los derechos programáticos).

Justamente porque Colombia es un estado social, y permite la participación activa de todos los particulares dentro de la vida pública no solo para ser artífices del cambio sino para hacer valer sus derechos, es que hay una igualdad real, tangible. Cualquier persona puede interponer una acción de tutela, pues los derechos son los mismos para todo el mundo. Asimismo, todas las personas pueden exigir que el cumplimiento de sus derechos o en su defecto la procedencia de la acción de tutela, sean efectivos.

- Justicia: la justicia en el Estado Social tiene un matiz diferente; se le interpreta como justicia social, protectora de carentes y débiles. Aquí se tiene en cuenta una tesis eminentemente iusnaturalista: la justicia no surge de un acuerdo entre las partes sobre lo que es justo o no es justo, sino que está condicionada por los presupuestos de la dignidad humana. Es justo, lo que no sea indigno para las personas. Y esta dignidad no es alterable.
Además de estos tres valores del Estado Social, que podemos contrastar con los tres valores del Estado Burgués de Derecho, el Estado Social persigue otras metas (y estas metas, como los valores anteriores, están contemplados en la Constitución): dignificación del trabajo, función social de la propiedad, intervencionismo estatal para preservar los derechos, solidaridad vista como deber jurídico, etc.

El rasgo más importante del Estado Social, que es el factor que hace que la esfera privada y la vida pública se vean contenidas dentro de un solo sistema unitario, es la constante actualización a que se ve sometido el derecho original por medio de la interpretación del juez, quien es el encargado de dar soluciones adecuadas a casos concretos, sin tener que someterse a la rigidez de una norma que prevé una situación dada. Pues como de ninguna manera pueden anticiparse todos los casos posibles de problemas jurídicos, el derecho, en función de su justicia, debe adecuarse a la realidad por medio del juez.

En el caso de Colombia, este juez es el juez constitucional:

"...Estos cambios han producido en el derecho no solo una transformación cuantitativa debida al aumento de la creación jurídica, sino también un cambio cualitativo, debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la jus-

ticia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos"

Aquí cobra especial importancia el estilo del texto constitucional: generalidad, consagración de los principios básicos, no concesión en las definiciones ni en las prescripciones. La interpretación constitucional, a cargo del juez, es por tanto el mecanismo constante de renovación del ordenamiento. "De ahí la enorme importancia que adquiere el juez constitucional en el Estado Social de Derecho". Así surge otra de las diferencias entre Estado Social y Estado de Derecho: la importancia del juez como ponderador de principios frente a casos concretos.

Qué sucede, en este caso, con la seguridad jurídica? Esta no representa un problema para el sistema que se está estudiando, pues la interpretación se hace tan sólo del texto constitucional (abierto y general) que es el que considera los derechos fundamentales, y además se hace con base en los hechos del caso concreto, y en ciertos principios constitucionales que permanecen inalterables, que actúan como axiomas de la interpretación constitucional. A su vez, se han establecido ciertos criterios concretos de interpretación. Justamente de ahí se deriva la flexibilidad y actualización de la norma, que no juega un papel abstracto y rígido, y que a su vez permanece estable en su esencia.

A nuestro modo de verlo, el Estado Social de Derecho es la expresión más clara de lo que se ha buscado restablecer a lo largo de la historia con las principales revoluciones sociales: la justicia. Es un sistema en el cual el individuo no pierde su individualidad por formar parte de un todo que persigue unos fines determinados, y que respeta la pluralidad (el interés público, visto desde el Estado Social, no es la maximización de unos intereses particulares, sino que abarca todos los intereses más generales de la población). Es un mecanismo mediante el cual se alivia el yugo que ejercen los imperios económicos sobre quienes no tienen los recursos básicos para una existencia digna, haciendo valedero el ejercicio de sus derechos. Es un reflejo del intento que ha hecho la historia por nivelar las condiciones de vida de la población.

Se ha pensado que el archivo de las providencias es un auto. Pero al no conceder la posibilidad de apelar una providencia. Se violan derechos fundamentales de raigambre constitucional. Por lo tanto aceptamos la posibilidad de impugnar los fallos de primera instancia por medio del recurso

de apelación, con excepción del pliego de cargos. De esta manera este Tribunal Nacional de Ética Médica modifica su jurisprudencia sentada en la providencia No. 02-2008 con ponencia del doctor Juan Mendoza Vega.

VI- INAPELABILIDAD DEL PLIEGO DE CARGOS

Respecto del pliego de cargos, esta superioridad mantiene su concepto en lo que toca de la no apelabilidad del mismo

Esta Corporación ha sostenido de manera reiterada que el auto de formulación de cargos no es apelable y se ha fundamentado en las siguientes razones:

" Si bien de manera general los autos interlocutorios admiten el recurso de apelación, lo cierto es que hay algunos en que por propia disposición de la ley se les niega la posibilidad de éste recurso, o que jurisprudencialmente se deduce su inapelabilidad, por ser ilógica la segunda instancia para determinados casos, por ser contrarios al sistema procesal imperante o porque se considera que en determinados casos la segunda instancia en lugar de favorecer perjudica a los intereses de los recurrentes.
" En el caso presente, el apelante partiendo de las normas generales que como ya se dijo admiten la segunda instancia de los autos interlocutorios, considera que le ha sido ilegalmente negado el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto. Reflexiona en este sentido el defensor cuando afirma:
" La ley 23 de 1981 que comprende el Estatuto de Ética Médica en su artículo 82 preceptúa, que en lo no previsto en esa normatividad cabe la aplicación de las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal; de otro lado el artículo 90 de ese mismo Estatuto reguló lo inherente a los recursos de reposición y apelación que se interpongan en contra de cualquiera de las providencias a que se refiere dicha ley, por lo tanto debió concederse como subsidiario del recurso de reposición, el de apelación, ya que de conformidad con el literal c del artículo 204 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 82 de la Ley 23 de 1981, el auto que declara la existencia de méritos para formular cargos, es apelable.
" Si bien es cierto que el artículo 80 de la Ley 23 de 1981, nos remite al Código de Procedimiento Penal, la función propia y la naturaleza del Tribunal es de carácter Ético disciplinario, es por esto que las figuras procesales y procedimientales del ámbito penal no son aplicables al pie de la letra dentro de los procesos que corresponde adelantar a éste Despacho.

“ Esta Corporación de tiempo atrás ha venido sosteniendo la inapelabilidad del auto de formulación de cargos y es así como en providencia del 5 de junio de 1995 en relación con ésta temática se sostuvo:
“ Ha sido doctrina reiterada de esta superioridad que el pliego de cargos no admite recurso de apelación, como se deduce de la letra y el espíritu del artículo 80, literal b), de la Ley 23 de 1981. En varias oportunidades este Tribunal, con relación al recurso de alzada al pliego de cargos ha sostenido lo siguiente:
“ En efecto, si leemos detenidamente el artículo 80, literal b), de la ley 23 de 1981, nos percataremos que al enterar por escrito al profesional inculpado de los actos que se le imputan se le señalará fecha y hora para que el Tribunal en pleno lo escuche en diligencia de descargos ”.-
“ Esta norma es incompatible con cualquier recurso, pues su trámite haría inoficioso tal señalamiento.
“ Además, el implicado al sustentar los recursos, de una vez está respondiendo los cargos, con lo que se desconocerá la letra y el espíritu de la norma citada que quiere que los descargos sean rendidos ante el Tribunal en pleno.
“ Si los recursos no le prosperan, y por tanto se confirman los cargos, la diligencia de descargos se volverá inoficiosa, pues el acusado se limitará a repetir los argumentos que ya le fueron rechazados al decidirle los recursos.
“ Al concederle recursos al pliego de cargos, quien los decide está prejuzgando, pues si los confirma y, por lo mismo, hace un gran esfuerzo dialéctico para ese efecto, le va a quedar muy difícil proferir posteriormente una decisión absolutoria ”.
“ Esta afirmación aparece particularmente válida con relación al Tribunal de segunda instancia, pues si confirma los cargos prácticamente está condenado anticipadamente, pues el inferior, salvo que aparezcan pruebas contundentes en la etapa de juzgamiento, quedará atado por el criterio del superior y éste a su vez en el fallo definitivo se limitará a repetir los argumentos con los cuales confirmó tal proveído de cargos ”.-
“ Uno de los criterios buscados por el Constituyente de 1991, al establecer la Fiscalía General de la Nación, fue el de consagrar el sistema acusatorio, separando claramente las funciones acusatoria y decisoria, es decir, que quien formula el pliego de cargos no sea el mismo que juzga y decide, para evitar que en una misma persona o entidad se confundan las calidades de juez y de parte acusadora ”.
“ Esta confusión solo se presenta en el llamado sistema inquisitivo, hoy

superado por la mayoría de las legislaciones del mundo. En nuestro país solo subsiste para el juzgamiento de los parlamentarios ante la Corte Suprema de Justicia (art. 235-3 de la Constitución Nacional) ".

" Desde luego que la justicia ético-disciplinaria está aún lejos de este ideal, pero por lo menos en tratándose del Tribunal Nacional o Tribunal de Segunda Instancia, es preciso quitarle la facultad, que la costumbre y no la ley le atribuyó, de decidir sobre el pliego de cargos, pues, reiteramos, será acusador y juez y, por lo mismo, perderá la imparcialidad necesaria para juzgar, cuando se apela el fallo definitivo".

" Todo ser humano tiene derecho a ser juzgado con absoluta imparcialidad, la que solo se logra cuando quien adelanta la investigación y formula los cargos no es el mismo que juzga y decide. Y aunque tal principio aún no lo podemos aplicar con relación a los tribunales seccionales, si es posible con relación al Tribunal Nacional, máxime si se tiene en cuenta que de la propia letra del artículo 80 se deduce que el legislador no quiso darle recursos al tan mentado pliego".

" A lo anterior debemos agregar, que en los sistemas procesales modernos, la acusación, como la defensa, son atribuciones de la parte, en tanto que la decisión es potestativa del juez. Dentro de la lógica del proceso lo único que puede ser recurrible, como es obvio, son las decisiones judiciales. Por lo mismo, si la acusación es facultad de la parte no debe ser recurrible, pues resulta un contrasentido el que existan acusadores de primera y de segunda instancia.

" Además, en los procedimientos disciplinarios no se ha consagrado el recurso de alzada para el pliego de cargos y para corroborarlo nos permitimos citar los siguientes estatutos: " Decreto 250 de 1970 " por el cual se expide el estatuto de la Carrera Judicial y del Ministerio Público", artículos 92, 115 y subsiguientes; Decreto 196 de 1971 " por el cual se dicta el estatuto de la abogacía ", en donde ni siquiera existe resolución acusatoria, sino que se corre traslado es de la denuncia y de los documentos que la acompañan, por el término de 10 días (art. 74); Decreto 1660 de 1978 " por el cual se reglamentan parcialmente las leyes 15 y 20 de 1972, los Decretos 250 y 762 de 1970, 546 de 1971 y 717 de 1978, y otras disposiciones sobre administración del personal de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de las Direcciones de Instrucción Criminal ", artículo 180; y Decreto 1888 de 1989 " por el cual se modifica el régimen disciplinario de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, artículos 37 y siguientes.

Adicionalmente, en el proceso 075, este Tribunal Nacional expresó mediante Providencia No.08-96:

De conformidad con el artículo 74 de la Ley 23 de 1.981 la denunciante ahora recurrente tenía la capacidad legal para instaurar la queja disciplinaria, puesto que la norma que se comenta dispone que el proceso de ética médica puede iniciarse de oficio, a petición de cualquier entidad pública o privada, " o de cualquier persona " .

Es decir que de conformidad con lo anterior el ciudadano que así actúa lo hace en calidad de denunciante y por tanto lo acompañan los derechos que para esta clase de personajes ha creado el Código de Procedimiento Penal porque debe recordarse que el articulo 82 de la Ley 23 de 1.981 consagra para efectos procedimentales el principio de integración, esto es, que en aquellas actuaciones o situaciones no previstas en dicha ley, para llenar el vacío les serán aplicables las normas procesales penales pertinentes.

De acuerdo con esta remisión normativa, el denunciante no es sujeto procesal en los trámites penales y sólo se consagra en su favor la posibilidad de apelar el auto mediante el cual el funcionario de instrucción se inhibe de abrir proceso penal de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 327 del Decreto 2.700 de 1.991, Código de Procedimiento Penal que dispone: " Tal decisión, - la inhibitoria-, se tomará mediante resolución interlocutoria contra la cual procede el recurso de apelación por parte del Ministerio Público, el denunciante o querellante "

El magistrado instructor abrió proceso disciplinario de conformidad con lo ordenado en el auto de septiembre 21 de 1994. Si en esta oportunidad la decisión hubiera sido la contraria, es decir, que el Tribunal hubiera estimado que no era del caso abrir proceso disciplinario y por tanto se hubiera inhibido, el denunciante hubiera podido recurrir dicha decisión.

Pero como el proceso fué abierto y en tales condiciones el denunciante no es sujeto procesal, es claro que ni por sí, ni por medio de apoderado puede recurrir decisiones dentro del proceso de ética.

Aceptar lo contrario sería violatorio del debido proceso consagrado en el inciso primero del artículo 29 de la Constitución Política que determina que este principio político con finalidad garantista, deberá ser aplicado a toda clase de procedimientos judiciales o administrativos, norma Superior

que al ser interpretada por los más altos Tribunales del país, como son la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional han determinado que igualmente el debido proceso debe ser respetado en toda clase de procedimientos disciplinarios adelantados contra un ciudadano, así el mismo fuera de carácter privado, como sucede en los procesos disciplinarios de carácter laboral que se adelantan por el patrono en contra de sus subordinados, o los deportivos o académicos que se tramitan en las instituciones deportivas o estudiantiles.

Siendo la profesión médica una actividad regulada por el Estado, y siendo las faltas éticas y sus correspondientes sanciones de creación legal, al igual que los Tribunales encargados de imponerlas, es lógico concluir que en el ámbito de este especial procedimiento, igualmente debe respetarse el debido proceso y éste implica a nivel de procedimiento sancionatorio, que en el mismo solo pueden intervenir el ciudadano que es objeto de tal procedimiento y quienes sean sujetos procesales.

Como en el proceso de ética médica el denunciante no es sujeto procesal, es imposible que pueda actuar como tal, y en tales circunstancias esta Corporación debe inhibirse de conocer de la apelación por él interpuesta.

Debe sí precisarse que esta determinación corrobora lo ya decidido por esta Corporación en providencias No. 46 del 23 de noviembre de 1995 con ponencia del doctor Darío Cadena Rey; y 01-96 de fecha 25 de enero de 1996 con ponencia del doctor Jaime Casasbuenas Ayala, pero a su vez implica un cambio jurisprudencial a lo que se había resuelto en otras ocasiones donde se había aceptado la apelación de los denunciantes.

Lo anterior por que se había considerado en esas oportunidades que de esa manera se daban mayores garantías al ciudadano y a la comunidad, para garantizar un mas eficiente y ético ejercicio profesional de los médicos; pero es una realidad, que existiendo como existe el principio de integración con las normas procesales penales como se demostró en precedencia, es imperativo que esta Colegiatura se rija por las disposiciones legalmente impuestas y sí en el procedimiento penal el denunciante o querellante no es sujeto procesal y solo puede apelar el auto mediante el cual una autoridad jurisdiccional se inhibe de abrir proceso penal, es lógico concluir que en éste especial procedimiento disciplinario debe regir la misma normatividad y consecuentemente decisiones acordes y paralelas con lo allí dispues-

to. Son estas las razones que motivan el presente cambio jurisprudencial. Se debe dar finalmente un último argumento de carácter procesal pero que es perfectamente válido y que corrobora el acierto de la decisión que se toma. Como en este procedimiento rige el principio de integración (art 82 Ley 23 de 1981) se podría argumentar que la persona afectada con la presunta mala práctica médica tiene el derecho de constituirse parte civil como sucede en el proceso pena, pero en este caso esa sería una de las normas que no podría ser aplicada por integración porque debe recordarse que la parte civil tiene como única finalidad justificativa de su intervención en el proceso penal la indemnizatoria, esto es la obtención de un resarcimiento de carácter patrimonial por los perjuicios inferidos por la conducta del imputado, y es claro que esa sería una finalidad imposible de cumplirse en el proceso disciplinario puesto que como ya se demostró, la finalidad de este especial procedimiento es otra y porque no está previsto en el ordenamiento legal que como consecuencia de una decisión de responsabilidad disciplinaria, en la misma se pudieran tomar resoluciones para buscar la indemnización de los perjuicios que con la conducta del médico condenado se hubieran podido producir.

Si el afectado con la mala práctica médica no se puede constituir en parte civil, es claro que no es, ni puede ser sujeto procesal y que en tales circunstancias le queda únicamente la posición de denunciante dentro de las limitaciones procesales que estos individuos tienen y claramente precisadas en la jurisprudencia citada en esta providencia.

Esta jurisprudencia ha sido reiterada posteriormente en varias decisiones como las que se produjeron el 16 de junio de 1994, el 4 de mayo de 1995, el 13 de febrero de 2001 y el 27 de noviembre del 2001 y providencia No. 21-2002 del 10 de septiembre del 2002.- Si no se han producido desde aquella época cambios constitucionales ni legislativos que hagan cambiar el criterio de la Corporación, necesario es concluir que se ha de mantener la jurisprudencia de manera inalterable, y todavía con mayor razón, cuando las consideraciones que allí se hacen son precisamente a favor de los intereses del acusado, para efectos de garantizarle una mayor imparcialidad de la segunda instancia y para efectos de tutelar de manera efectiva su derecho a la defensa.

VII-RESUMEN DE LO EXPRESADO RESPECTO DE LA INAPELABILIDAD DE LA DECISIÓN PRECLUTORIA Y DE SU CONTRAPARTE EL PLIEGO DE CARGOS

Como ya lo ha expresado este Tribunal Nacional en varias jurisprudencias y en artículos extensos, uno de los cuales ha sido publicado en la Gazeta Jurisprudencial de Junio de este año, el proceso ético disciplinario médico comprende varios pasos.

Una vez recibida una queja por el tribunal seccional respectivo, se entra en la fase o ETAPA DE INVESTIGACIÓN O INSTRUCCIÓN:

En ésta el Magistrado Investigador señala los objetivos o metas que debe cumplir dentro del proceso

- Si se ha infringido la ley de Ética Médica
- Quienes o quien son los autores del hecho.
- Motivos determinantes y demás factores que influyeron en la violación
- Circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se realizó el hecho.
- Las condiciones sociales, familiares o individuales que caracterizan la personalidad del imputado, su conducta anterior y sus antecedentes procesales

Una vez allegadas las pruebas al expediente, como ya se ha mencionado, se toma una de dos decisiones

1. Preclusión de la investigación por providencia inhibitoria. Equivale a una sentencia absolutoria. Se dicta cuando no se tenga certeza de que la conducta la cometió el procesado; cuando el proceso no pueda proseguirse. O cuando se tenga certeza de que el hecho no existió
2. Resolución de apertura de Investigación formal. Aquí se entra a investigar más profundamente la conducta desplegada por el acusado.

La providencia inhibitoria puede ser apelada por la parte denunciante y es la ultima posibilidad que le queda de actuar como sujeto procesal.

La Resolución de apertura de Investigación formal no es apelable. Esta puede culminar en una de dos formas:

A- Preclusión e la investigación por providencia preclutoria. Luego de investigar los hechos se confirma que no se transgredió la norma Ética Médica
B- Resolución de apertura de acusación o Formulación de Pliego de Cargos. Sus requisitos sustanciales incluyen: Que esté establecida la comisión del ilícito. Que exista prueba que comprometa seriamente la responsabilidad del procesado, es decir que de la prueba se deduzca la responsabilidad del procesado. (No se necesita plena prueba que se puede obtener de: confesión, indicios, testimonios, documentos, peritación, inspección judicial)
Son requisitos formales de la resolución de acusación o pliego de cargos

1. La narración sucinta de la conducta investigada, con todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que la especifiquen.
2. La indicación y evaluación de las pruebas allegadas a la investigación.
3. La calificación jurídica provisional: Tiene que encuadrar las circunstancias de tiempo, modo y lugar dentro de una norma jurídica.
4. Las razones por las cuales comparte o no, los alegatos de los sujetos procesales.

Es entonces una resolución:

- Interlocutoria
- Motivada
- Notificable personalmente: es una notificación especial: al defensor y al procesado, se les citará por el medio más eficaz, a la última dirección conocida en el proceso; por comunicación emitida a más tardar el día siguiente hábil a la fecha de la providencia.

Trascurridos 8 días a la fecha de la comunicación sin que comparecieren, sin que se presentará excusa válida del defensor para seguir actuando o exista renuencia a comparecer, se le designará un defensor de oficio con quien se continuará la actuación. Notificada personalmente la resolución de acusación al procesado o a su defensor; los demás sujetos procesales se notificarán por estado.

- Debe ser clara, se debe establecer la identificación e individualización plena del procesado o sindicado.
- La motivación no puede ser anfibológica, confusa: debe ser clara

en los cargos, un ejemplo de una motivación anfibológica es que haya una indeterminación de la modalidad delictiva

• Debe contener la Imputación Fáctica: que significa que el hecho o hechos constitutivos de la infracción deben estar plenamente señalados, precisados, de tal manera que el procesado sepa a qué atenerse, junto con las circunstancias genéricas de agravación o atenuación.

• Imputación Jurídica: el Magistrado al calificar debe hacer juicio valorativo de los hechos que constituyen la conducta típica para precisar en qué artículo de la norma estarían consagrados.

Ni la providencia preclutoria ni el pliego de cargos son apelables.

VIII- LA OBEDIENCIA A LA ACCIÓN DE TUTELA

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, este TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA procedió a ocuparse de la orden del juez constitucional en el sentido de analizar el caso en mención, solamente por ser respetuoso y obediente de la Ley.

Sin embargo, apoyado en la parte considerativa de esta providencia, debe reiterar que a estas alturas del proceso el denunciante NO es sujeto procesal y que la decisión de aceptar la apelación del pliego de cargos o de la sentencia preclutoria, constituyen un estado de prejudicialidad (en el aspecto de verdadero prejuicio) y por lo tanto no puede pronunciarse respecto de la decisión del tribunal de primera instancia.

Son suficientes las consideraciones anteriores para que el TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA, en uso de las facultades que le confiere la Ley

RESUELVA

Artículo Primero - Abstenerse de conocer el Recurso de Apelación, respecto de la decisión del Tribunal de primera instancia, basado en la parte considerativa de esta providencia. **Artículo Segundo** - Contra esta Providencia no procede recurso alguno. **Artículo Tercero** - Devolver el presente expediente al Tribunal de origen para lo pertinente. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. EFRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado- Presidente; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado Ponente; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; LILIAN TORREGROSA ALMONACID, Magistrada; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaría.

Bogotá, Diciembre once (11) del año dos mil doce (2012)

SALA PLENA SESIÓN No. 1159 DEL ONCE (11) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL DOCE (2012)

REF : Proceso No. 606, Tribunal Seccional de Ética Médica de Norte de Santander
Contra: Doctores D.R.S. y J.E.P.C.
Denunciante: Sra Y.A.P.
Asunto: Recurso de Apelación contra solicitud de nulidad

Providencia No. 104-2012
Magistrado ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora

VISTOS

El 23 de septiembre de 2012, el Tribunal Seccional de Ética Médica de Norte de Santander decidió no decretar la nulidad solicitada por el doctor VICTOR MANUEL LOPEZ PEDRAZA, defensor de la inculpada doctora D.R.S., dentro del proceso que se le sigue por la atención prestada al niño J.S.R.P.. Dentro de términos, el apoderado de la acusada elevó recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra de tal decisión.

La reposición fue contestada de manera negativa al recurrente y en su defecto se concedió la apelación por ante el Tribunal Nacional de Etica Médica.

Los cuadernos que contienen el proceso fueron recibidos en esta superioridad el 26 de noviembre de 2012 y puesto para reparto correspondió por sorteo al Magistrado FERNANDO GUZMAN MORA, quien procede a resolver el recurso con base en los siguientes:

HECHOS

El día 20 de septiembre de 2010, el niño J.S.R.P., de dos años de edad fue llevado por su señora madre J.A.P.P. al Hospital Local de Los Patios en Cúcuta, por cuadro clínico que se interpretó como parasitismo intestinal y que fue tratado medicamente. En vista de la escasa mejoría y de la aparición de fiebre, vomito y diarrea, siendo diagnosticado un cuadro de dengue hemorrágico, por lo cual se remitió al Hospital Erasmo Meoz de la ciudad de Cúcuta. Luego de muchas vueltas administrativas, se logró conseguir una cama de Cuidados Intensivos, en donde presentó complicaciones respiratorias severas y progresivas que lo llevaron a un paro cardiorrespiratorio del cual no salio a pesar de las maniobras efectuadas.

La quejosa exige una investigación por falta a la ética médica de todos aquellos profesionales que, en su concepto, tuvieron que ver en el "paseo de la muerte" de su hijo.

El tribunal seccional inicio una investigación preliminar y obtuvo versiones libres de los doctores J.E.P.C. cc.. de … Registro Médico ..; J.R.P.Q., cc… dy registro médico...; y a la doctora D.R.S., cc… de…. y registro médico…
Cuando el tribunal seccional decidió proceder a la apertura de investigación formal, el defensor de la doctora R.S., abogado VICTOR MANUEL LOPEZ PEDRAZA, solicitó la nulidad de lo actuado "…a partir inclusive de la investigación administrativa realizada por la gerente encargada del Hospital Local del Municipio de Los Patios, Dra. SY.G.P., por contener irregularidades sustanciales las cuales se violo el debido proceso, por lo mismo la investigación disciplinaria se halla viciada de nulidad , debido a que por esa causa se recolectaron las pruebas de forma ilegal, vulnerando con ello también el derecho a la defensa…"

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Norte de Santander decidió no conceder la nulidad solicitada y advirtió además que cualquier irregularidad acusada en el proceso que se sigue en la Secretaria de Salud debe ventilarse y resolverse a ese nivel y no en el tribunal de ética, respecto de actuaciones que no se cumplan en nuestras dependencias.

En la sustentación del recurso de apelación (dicho sea de paso, con una ortografía lamentable para un profesional del Derecho), los argumentos

esgrimidos se pueden resumir en la siguiente forma:

- No se ha tipificado adecuadamente la conducta médica
- No se explica cómo el tribunal seccional obtuvo copia de la historia clínica del paciente fallecido, si en la queja presentada por la señora J.P., no se incluía entre los anexos de la demanda
- La quejosa no demuestra cuales son los actos reñidos con la ética médica
- El tribunal seccional aceptó la queja y procedió a investigar sin valorar las pruebas aportadas al comienzo
- Las pruebas aportadas al proceso no son controvertidas
- No existe un informe de conclusiones de la investigación preliminar que permita iniciar una investigación formal de su defendida
- El tribunal no valoro las pruebas presentadas en defensa de los derechos de la acusada

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

I- SOBRE LA PRUEBA EN LA ETAPA DE INVESTIGACION PRELIMINAR

La prueba anticipada es una excepción al principio de inmediación porque se forma antes del juicio oral. De acuerdo con la doctrina enseñada a los defensores públicos, esta tiene varias características:

a- Oportunidad La prueba anticipada se puede practicar durante la investigación y hasta antes de la
instalación del juicio oral.
b- Iniciativa. Puede ser solicitada por la Fiscalía, la Defensa o el Ministerio Público. En este último caso cuando ejerza o haya ejercido funciones como Policía Judicial (Art 112).

" Cabe señalar que la prueba no solo se encuentra condicionada al cumplimiento de los requisitos de carácter formal para su aducción, que
son los mismos a que aludió el Constituyente en el séptimo debate como requisitos de validez, sino además al cumplimiento de requisitos materiales que exigen que la prueba sea obtenida con pleno respeto de normas procésales y sustanciales de todo rango.

c- Elementos de procedibilidad de la prueba anticipada

• Pertinencia. La prueba solicitada debe orientarse a probar hechos o circunstancias relacionadas con la existencia del delito y con la responsabilidad del defendido.
• Admisibilidad. Debe realizarse un doble juicio de admisibilidad, uno positivo y otro negativo (arts 284 y 373 CPP).

El positivo:

aa- El solicitante debe acreditar que existan motivos fundados y de extrema necesidad para la práctica de la prueba antes del juicio oral y
bb- que la prueba se practica para evitar su pérdida o alteración.

El negativo:

La prueba anticipada solicitada a pesar de su urgencia y necesidad no debe cumplir ninguno de los requisitos negativos que determina el art. 376 CPP:

aa- No deber causar grave perjuicio indebido,
bb- Ni generar confusión,
cc- Ni exhibir escaso valor probatorio,
dd- Ni ser dilatoria del procedimiento .

d- Práctica de la prueba anticipada Admitida la prueba anticipada por el juez, su práctica es igual a la de la prueba en audiencia pública del juicio (Art. 284 CPP). Está sujeta a los principios de contradicción, oralidad y concentración. Por lo tanto no pueden existir como en el anterior sistema pruebas a espaldas de la defensa.

II- SOBRE LA PRUEBA EN LA ETAPA DE INVESTIGACION FORMAL

En ésta etapa el Magistrado Investigador señala los objetivos o metas que debe cumplir dentro del proceso

• Si se ha infringido la ley de Ética Médica
• Quienes o quien son los autores del hecho.
• Motivos determinantes y demás factores que influyeron en la violación
• Circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se realizó el hecho.

• Las condiciones sociales, familiares o individuales que caracterizan la personalidad del imputado, su conducta anterior y sus antecedentes procesales

Una vez allegadas las pruebas al expediente, como ya se ha mencionado, se toma una de dos decisiones:

1. Preclusión de la investigación. Equivale a una sentencia absolutoria. Se dicta cuando no se tenga certeza de que la conducta la cometió el procesado; cuando el proceso no pueda proseguirse. O cuando se tenga certeza de que el hecho no existió

2. Resolución de acusación o Formulación de Pliego de Cargos. Sus requisitos sustanciales incluyen: Que esté establecida la comisión del ilícito. Que exista prueba que comprometa seriamente la responsabilidad del procesado, es decir que de la prueba se deduzca la responsabilidad del procesado. (No se necesita plena prueba que se puede obtener de: confesión, indicios, testimonios, documentos, peritación, inspección judicial).

Son requisitos formales de la resolución de acusación o pliego de cargos.

1. La narración sucinta de la conducta investigada, con todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que la especifiquen.
2. La indicación y evaluación de las pruebas allegadas a la investigación.
3. La calificación jurídica provisional: Tiene que encuadrar las circunstancias de tiempo, modo y lugar dentro de una norma jurídica.
4. Las razones por las cuales comparte o no, los alegatos de los sujetos procesales.

Es entonces una resolución:

• Interlocutoria
• Motivada
• Notificable personalmente: es una notificación especial: al defensor y al procesado, se les citará por el medio más eficaz, a la última dirección conocida en el proceso; por comunicación emitida a más tardar el día siguiente hábil a la fecha de la providencia.

Trascurridos 8 días a la fecha de la comunicación sin que comparecieren, sin que se presentará excusa válida del defensor para seguir actuando o exista renuencia a comparecer, se le designará un defensor de oficio con quien se continuará la actuación. Notificada personalmente la resolución de acusación al procesado o a su defensor; los demás sujetos procesales se notificarán por estado.

- Debe ser clara, se debe establecer la identificación e individualización plena del procesado o sindicado.
- La motivación no puede ser anfibológica, confusa: debe ser clara en los cargos, un ejemplo de una motivación anfibológica es que haya una indeterminación de la modalidad delictiva.
- Debe contener la Imputación Fáctica: que significa que el hecho o hechos constitutivos de la infracción deben estar plenamente señalados, precisados, de tal manera que el procesado sepa a qué atenerse, junto con las circunstancias genéricas de agravación o atenuación.
- Imputación Jurídica: el Magistrado al calificar debe hacer juicio valorativo de los hechos que constituyen la conducta típica para precisar en qué artículo de la norma estarían consagrados.

III- SOBRE LA ADECUACION TIPICA

Todos los seres humanos en nuestra interrelación desarrollamos conductas. La conducta puede ser comisiva u omisiva y se presentan de forma culposa y dolosa, es decir, la conducta puede ser comisiva culposa, comisiva dolosa y omisiva culposa y omisiva dolosa.

La norma jurídica comporta dos presupuestos: Un Hecho Jurídico y la Consecuencia Jurídica. Cuando tomamos las conducta y las examinamos comparándola con el supuesto de hecho contenido en la norma penal estamos hablando de tipicidad.

El tipo ético disciplinario es un símbolo, precepto, descripción y lo podemos definir así:

“Es un instrumento legal lógicamente necesario, de naturaleza descriptiva que tiene como función individualizar las conductas desarrolladas por los médicos.

Todos los tipos éticos tienen una estructura así: Una Acción, un Resultado. Y una Relación de Causalidad.

EL SUJETO

Sujeto Activo: Lo encontramos referido siempre a la conducta de un médico
Sujeto Pasivo: Es el sujeto en quien recae la acción, el Estado es el titular del bien jurídico tutelado de la ética profesional médica.

LA CONDUCTA

Se divide de manera general en comisiva. El elemento descriptivo es la norma que es una composición gramatical perfecta. El verbo rector es el verbo principal que hay en una formación gramatical, es aquello que desarrolla la acción.

EL JUICIO DE VALORACION

Es la valoración que se hace de la conducta examinada para determinar si esa conducta se puede subsumir dentro de la descripción que trae el legislador.

El que interpreta o quien hace el estudio debe buscar la concordancia que existe entre la conducta desarrollada y la descripción hecha por el legislador, es decir, si la conducta cabe dentro del tipo penal.

Cuando la respuesta es positiva, es decir, si esa conducta cabe de manera perfecta dentro de la descripción hecha por el legislador, o más técnicamente hablando, existe una adecuación típica, estamos frente a una conducta típica.

Entonces, el proceso de adecuación típica del magistrado es un proceso de valoración donde se evalúan el tipo y la conducta. La tipicidad es la respuesta afirmativa de el resultado que nos da al comparar la conducta la conducta con el tipo penal.

Si bien de manera general los autos interlocutorios admiten el recurso de apelación, lo cierto es que hay algunos en que por propia disposición de la ley se les niega la posibilidad de éste recurso, o que jurisprudencialmente

se deduce su inapelabilidad, por ser ilógica la segunda instancia para determinados casos, por ser contrarios al sistema procesal imperante o porque se considera que en determinados casos la segunda instancia en lugar de favorecer perjudica a los intereses de los recurrentes.

IV- SOBRE LA PRUEBA ILICITA

Prueba ilícita es la obtenida con violación de las garantías fundamentales, es decir la que vulnera el principio de legalidad en sentido amplio, concebido como sometimiento de las actuaciones públicas a la integridad del ordenamiento jurídico.

La prueba ilícita por previsión constitucional, es nula de pleno derecho (art. 29 constitucional) y por lo tanto es mandatario su exclusión del proceso.

Como lo explica ampliamente la Corte Constitucional, en la sentencia SU-159 de 2002, en el derecho comparado se identifican tres grandes grupos de sistemas o tendencias sobre la naturaleza y alcance de la prueba ilícita: La tradición anglosajona donde existe una regla general de exclusión de la prueba ilícita con dos tendencias: La de Estados Unidos donde la regla de exclusión es imperativa y no hay margen de discrecionalidad para el juez; y la de Gran Bretaña, Canadá y Australia, donde el juez cuenta con discrecionalidad para sopesar la prueba y aplicar factores de ponderación. La tradición Romana, ejemplificada con Francia e Italia, donde la legislación procesal establece un rígido sistema de nulidades sustanciales y procedimentales que exigen una debida fundamentación del juez al aplicarlas, y.....

La tradición Germánica donde no existe ni regla general de exclusión ni un sistema de nulidades sino un sistema en el que el juez tiene el poder para determinar en cada caso cuando una prueba obtenida con violación de derechos debe desestimarse, aplicando un método de ponderación de factores múltiples jurídicamente relevantes.

En nuestro país nos hemos inclinado por un sistema de regla general de exclusión, como explica la Corte Suprema de Justicia:

"... en nuestro ordenamiento jurídico, las pruebas inconstitucionales, están sometidas a la regla de exclusión, bajo el sistema de la nulidad de pleno

derecho sin que al respecto exista discrecionalidad judicial, como ocurre en el derecho comparado, ni sin que se pueda alegar como excepción, la prevalencia del interés general, puesto que tratándose de derechos fundamentales, inherentes a la dignidad humana, la prioridad del interés general no puede ser interpretada de tal manera que ella justifique la violación de los derechos fundamentales Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia Julio 8 de 2004. Rad. 18451. MP: Herman Galán Castellanos.

V- SOBRE LA ILICITUD DE LA PRUEBA SUMARIA

Es claro que una prueba sumaria con la cual se pueda iniciar una investigación preliminar no constituye una prueba ilícita. La Ley 23 lo expresa claramente como uno de los factores esenciales para que puede recibirse una denuncia en contra de un médico.

De hecho, la prueba inicial puede ser la misma declaración del quejoso o su representante legal. Y la misma historia clínica constituye un material probatorio esencial para poder tomar decisiones en procesos ético disciplinarios.

VI- SOBRE LA HISTORIA CLINICA COMO PRUEBA OCULTA

Esta afirmación no es de recibo para este tribunal. La historia clínica es el documento fundamental del acto médico y pertenece al paciente a quien se refiere o a sus representantes legales.
Sin la historia clínica en el expediente no se puede tener la posibilidad de evaluar la conducta de un profesional respecto de su eticidad, bondad o maldad.

VII- SOBRE EL INFORME DE CONCLUSIONES

Este documento es aplicable solamente al final de la investigación formal, cuando el magistrado instructor ha tomado una decisión y quiere presentarla en ponencia ante la sala plena de cualquier tribunal.

VIII-SOBRE LA SANA CRITICA RESPECTO DE LA VALORACION PROBATORIA

Este Tribunal Nacional se ha pronunciado en numerosas ocasiones respecto de la sana critica. Baste mencionar aquí algunos apartes de la obre de ERIC PÉREZ SARMIENTO (LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO) EDITORIAL: VADELL HERMANOS EDITORES, SEGUNDA EDICIÓN, 2001, VENEZUELA.

[1]El sistema de la sana crítica o de la libre convicción razona donde el juzgador aprecia la prueba de conformidad con las reglas de la lógica y de conformidad con máximas de experiencia; con el deber de expresar en sus decisiones, la forma en que se ha formado su convicción. El sistema de la sana crítica es, por tanto, el más completo y garantista de cuanto existe, ya que cuando el juez expresa en sus decisiones la forma ha valorado todas y cada una de las pruebas, en forma particular conjunto, las partes tiene la posibilidad de recurrir por razones de apreciación de la prueba, por silencio en el pronunciamiento sobre un medio determinado, o falta absoluta de análisis de prueba (inmotivación) tal manera, en el sistema de la sana crítica; la fundamentación del tribunal acerca de la valoración de la prueba constituye un elemento eso motivación de las decisiones.

En el proceso penal acusatorio la valoración de la prueba fundamentalmente por los sistemas de íntima convicción y de sana critica. El sistema de íntima convicción se usa fundamentalmente en los países la decisión de los juicios penales se produce por jurados populares lo por lo que se refiere a la decisión de fondo que debe recaer en pues en las decisiones interlocutorias referidas, a la existencia de meritos para incoar la causa, o para resolver una excepción o para aceptar o no la acusación, suele usarse el método de la sana crítica, toda vez que esas son decisiones que debe adoptar un juez profesional. En otros países, y esto Alemania es líder, todas las decisiones, incluida la sentencia definitiva deben ser motivadas en cuanto a la valoración de la prueba.

(…)

[1] AUTOR: ERIC PÉREZ SARMIENTO
LIBRO: LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO
EDITORIAL: VADELL HERMANOS EDITORES, SEGUNDA EDICIÓN, 2001, VENEZUELA.
PAGINAS: 67

[2]E. Las máximas de experiencia, las reglas de la lógica y los conocimientos científicos como núcleo esencial de la libre valoración razonada de la prueba

El sistema de libre valoración razonada de la prueba o si sana crítica, como ya hemos visto, no implica una mera y libérrima declaración de voluntad del juzgador acerca de cuáles hechos considera y cuáles no, sino por el contrario, una declaración fundada en razonamientos, que si bien son el producto de la convicción personal de los jueces, deben ser susceptibles de valoración por terceros conforme racionales emanados de la probabilidades, de la experiencia general, o de las relaciones estables y constantes entre diversos hechos, establecidas por la ciencia.[3] De tal manera, la apreciación de la prueba conforme a la sana crítica está acotada por las máximas de experiencia, las reglas de la lógica y los conocimientos científicos.

Las máximas de experiencia son reglas generales, extraídas de la experiencia cotidiana como producto de la observación continua de la conducta humana y de los fenómenos naturales, que nos permiten predecir que determinados estados de hechos conocidos y comprobados, pueden ser la causa o la consecuencia de otros desconocidos pero que pudieran ser sus antecedentes lógicos y probabilísticos. Esa determinación o afirmación de hecho, a partir de una regla de probabilidad lógica, a partir de la regla que la máxima de experiencia comporta, es lo que denominarnos juicio de hecho. El maestro alemán Leo Rosenberg consideraba al juicio de hecho como una conclusión obtenida mediante subsunción de lo percibido en ciertos conceptos generales o máximas de experiencia como proposición mayor y formado, por tanto, mediante reglas lógicas.

El maestro Friedrich Stein define las máximas de experiencia como:

---

[2] AUTOR: ERIC PÉREZ SARMIENTO
LIBRO: LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO
EDITORIAL: VADELL HERMANOS EDITORES, SEGUNDA EDICIÓN, 2001, VENEZUELA.
PAGINAS: 95

[3] AUTOR: ERIC PÉREZ SARMIENTO
LIBRO: LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO
EDITORIAL: VADELL HERMANOS EDITORES, SEGUNDA EDICIÓN, 2001, VENEZUELA.
PAGINAS: 96

"definiciones o juicios hipotéticos de contenido general; desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pera independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos…".

Sin embargo, no podemos estar de acuerdo con el contenido de esa definición en cuanto a que el juicio hipotético que la máxima de experiencia comporta esté desligado de los hechos concretos del proceso, pues la vinculación lógica entre, unos y otros es lo que le da sentido a la máxima de experiencia, en tanto baremo de valoración de la prueba.

La máxima de experiencia está íntimamente ligada alas reglas de la lógica, pues, en la práctica, la valoración de ta prueba se comporta coma un silogismo, en el cual la máxima de experiencia actúa como premisa mayor, la fuente de prueba concreta que se analiza en el proceso juega el papel de premisa menor, y el valor que se confiera al medio probatorio sería la conclusión o síntesis. En este sentido, la máxima de experiencia actúa corno factor de; validación o invalidación del medio probatorio y su fuente.

[4]Sin embargo, la enorme dificultad de las máximas de experiencia, cuya existencia algunos incluso han negado, reside en que no pueden ser controvertidas en reglas legales, pues se convertirían en tarifas de prueba, quedando así sustituido el criterio valorativo del juez por el del legislador. Por esta razón, es tanto más que imperativo, que los tribunales motiven sus decisiones en punto a la prueba y su valoración, para que los sujeto de sus miembros puedan apreciar cómo han interpretado los jueces las máximas de experiencia. Por eso se dice que un sistema de prueba libre no puede funcionar sin un sistema de libre valoración razonada que exteriorice convicción del tribunal a través de la motivación hasta el punto tal que pueda da convencer incluso a aquellos que no presenciaron el juzgamiento.

Por tanto, la máxima de experiencia es una regla promedio de la razón humana respecto a un estado general de las cosas, que, empero, cada juzgador

[4] AUTOR: ERIC PÉREZ SARMIENTO
LIBRO: LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO
EDITORIAL: VADELL HERMANOS EDITORES, SEGUNDA EDICIÓN, 2001, VENEZUELA.
PAGINAS: 97

viene obligado a interpretar para cada caso concreto. Es decir, el juez tendrá que explicarnos si en el caso específico que le toca decidir, se dan todas aquellas circunstancias de hecho que hacen valedera esa regla promedio o no.

(…)
[5]Finalmente, los conocimientos científicos son fundamento de la sana crítica, cuando el resultado de la práctica de la prueba es una consecuencia de alta probabilidad respecto a los hechos que se intentan demostrar, que se basa en rigurosas relaciones causales establecidas por, la ciencia, siempre y [6]cuando la relación entre ambos fenómenos haya sido establecida correctamente. Por ejemplo, la ciencia forense ha establecido con toda exactitud que la deflagración de la pólvora por disparo de arma de fuego provoca emanaciones de partículas de plomo, antimonio y bario que se proyectan en torno al arma, de tal manera la presencia de estas partículas en la mano ducha de una persona,. constatadas a través de una prueba de análisis de trazas de disparó (ATD), puede ofrecer gran certeza de que esa persona ha disparado un arma de fuego a mano limpia dentro de las setenta y dos horas anteriores a la toma de la muestra. Eso nos viene dado por la relación que la ciencia ha establecido entre el acto de disparar y la impregnación de los residuos de la pólvora en la mano de quien dispara. Sin embargo, el resultado de esa prueba se reduciría a la nada, si se probara que la persona a ella sometida trabaja con sustancias que pudieran producir resultados similares, o que estuvo manipulando artilugios pirotécnicos, o, simplemente, que la muestra fue tomada violando las reglas de la cadena de custodia de la evidencia (con el kit de pines abierto y sin la presencia de los defensores de las personas incriminadas o de los testigos instrumentales de ley).

Este Tribunal Nacional advirtió en esa oportunidad, con providencia 108 de 2011:

---

[5] AUTOR: ERIC PÉREZ SARMIENTO
LIBRO: LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO
EDITORIAL: VADELL HERMANOS EDITORES, SEGUNDA EDICIÓN, 2001, VENEZUELA.
PAGINAS: 99
[6] AUTOR: ERIC PÉREZ SARMIENTO
LIBRO: LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO
EDITORIAL: VADELL HERMANOS EDITORES, SEGUNDA EDICIÓN, 2001, VENEZUELA.
PAGINAS: 100.

La solicitud del sujeto procesal que alegue una nulidad, deberá determinar la causal que invoca las razones en que se funda y no podrá formular una nueva, sino por causal diferente o por hechos posteriores. Concluyendo con lo anterior que no es de recibo la solicitud de nulidad respecto de la providencia que eleva pliego de cargos por supuestos defectos técnicos en su producción. Por último, se hace necesario advertir al inculpado y a su defensa, que los actos procesales deben efectuarse de buena fe y que no se deben tolerar tácticas de defensa dilatorias que alarguen los procesos de manera indebida y mucho menos cuando se juegue al fenómeno de la prescripción a través de postponer diligencias, presentar recursos innecesarios u otro tipo de tácticas que podrían llevar a quien las practica a ser sujeto disciplinable ante el Consejo Superior de la Judicatura..

IX- SOBRE LA NULIDAD SOLICITADA

Con las anteriores consideraciones no son de recibo los argumentos esgrimidos por la defensa en respaldo de esta nulidad solicitada, en los siguientes aspectos

a- La conducta médica si fue evaluada respecto de su tipicidad por el tribunal de primera instancia
b- La historia clínica del paciente fallecido no es una prueba secreta ni oculta. Es elemento esencial en la evaluación de las conducta médicas dentro de los procesos disciplinarios
c- La quejosa solamente solicita sea investigada la conducta de los médicos que atendieron a su hijo fallecido. Además, un miembro de la comunidad que acuda a los tribunales de ética no tiene por que saber de los tipos disciplinarios en Derecho Ético Médico
d- El tribunal seccional CLARO que valoró las pruebas aportadas desde el comienzo del proceso. No es esta una contradicción de parte del recurrente? Por un lado decir que la conducta médica no fue evaluada respecto de su tipicidad y luego afirmar que se procedió a investigar sin valorar las pruebas aportadas al comienzo? O a que prueba hace referencia la defensa de los investigados?
e- El informe de conclusiones no se emite después de una investigación preliminar. Se informa a la sala plena cuando se decida abrir una investigación formal y posteriormente cuando se decida abrir o no pliego de cargos. Pero en donde se exige es antes de la ponencia del magistrado instructor ante la sala plena, analizando su decisión

f- El tribunal seccional sí ha valorado las pruebas en defensa de la acusada. Contrario a lo que se afirma, no se ha violado ninguno de los limites del debido proceso. Simplemente se encuentra en etapa de investigación preliminar y aun no se ha tomado una decisión respecto de continuar hacia una investigación formal o a un archivo del expediente como parte de una sentencia inhibitoria

Son suficientes las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de las atribuciones que le confiere la Ley

RESUELVA

Artículo Primero - No decretar la nulidad solicitada por la defensa. **Artículo Segundo** - Devolver el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. **Artículo Tercero** - Contra la presente decisión no caben recursos.**COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. FRANCISCO PARDO VARGAS, Presidente –Magistrado; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado Ponente; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; EFRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado; LILIAN TORREGROSA ALMONACID, Magistrada; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaría.

Bogotá, Septiembre treinta (30) del año dos mil catorce (2014)

SALA PLENA SESIÓN No. 1243 DEL TREINTA (30) DE SEPTIEMBRE DEL AÑO DOS MIL CATORCE (2014)

REF: Proceso No. 1125 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Risaralda
Contra: Doctora M.C.O.G.
Denunciante: Sra A.M.H.D.
Asunto: Apelacion ante negativa de pruebas

Magistrado ponente: Fernando Guzman Mora
Providencia No. 90-2014

VISTOS

El 25 de agosto de 2014, el Tribunal Seccional de Ética Médica de Risaralda y Quindío, negó la practica de unas pruebas testimoniales en el caso de la investigación en contra de la doctora M.C.O.G..

El 1 de septiembre del mismo año, la apoderada de la médica implicada interpuso recursos de reposición y en subsidio apelación para ante el Tribunal Nacional de Ética Médica, solicitando el decreto de práctica de dichas pruebas. La reposición fue negada por el tribunal seccional el 8 de septiembre y concedió la apelación ante el juez ad quem.

El 12 de septiembre se recibe el expediente del caso en esta superioridad, correspondiendo por sorteo el 16 del mismo mes al Magistrado Doctor FERNANDO GUZMAN MORA, quien procede a resolver el recurso con base en los siguientes

HECHOS

La Señora A.M.H.D., identificada con cédula de ciudadanía número …. de …, de profesión odontóloga, acudió al consultorio de la doctora M.C.O.G.,

identificada con cedula de ciudadanía número … de .., de profesión médica, egresada de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Pereira, con Registro Médico número .., debido a la oferta de "Terapias de Medicina Sintergetica y Psicoterapia Alternativa", debido a que se encontraba en un estado depresivo secundario a su separación matrimonial, en abril del 2013.

Luego de un interrogatorio especifico, la médica M.C.O.G. procedió a aplicarle unos espejos, unas cintas y unos puntos de anestesia local en varias zonas del cuerpo. Continuó asistiendo a las sesiones de esta "terapia" y fue entablando amistad con la médica encartada, quien poco a poco le fue informando acerca de la indeseabilidad del esposo en segundas nupcias de la paciente, quien había sido compañero de universidad de la médica M.C.O.G., al cual calificó de "monstruo", afirmando que era un manipulador, un mujeriego solapado y que ya estaba en tratos afectivos con otra mujer. Adicionalmente afirma la denunciante que reveló aspectos de su vida intima e interfirió en las relaciones con el "monstruo", al tiempo que ofrecía y practicaba sesiones de "psicoterapia alternativa"

Solicita la quejosa le sea devuelto el dinero cancelado por las consultas en mención y una indemnización "justa", aunque califica el daño ocasionado por la "médica alternativista" como irreparable.

Fue encargada de la investigación preliminar la Magistrada MARIA CRISTINA CARDONA, quien solicitó la historia clínica de la paciente en cuestión. Dicha "historia clínica" consta de seis folios (folios 10 a 16) de anotaciones a mano que no guarda unas normas mínimas de tal documento, en donde se hallan apuntes que literalmente dicen:
"…amantes y pareja de cosa, dueño de un bar hasta que lo supo…" (folio 10)
"…en casa duerme sola y xx tempestades…" (folio 10 reverso)
"…niñez horrible; historia de soledad…" (folio 10 reverso)
"…discusiones (SIC) que no valen la pena…" (folio 11)
"…volver mierda (SIC) a J.....…" (folio 11 reverso)
"…con insomnio de conciliación (SIC) y despertar temprano…"

Por espacio de siete semanas acudió a las consultas de la referencia, en algunas de las cuales la médica M.C.O.G. se comunicó con el ex marido de la paciente, colocando el celular en altavoz, para mostrarle a la enferma "el tipo de hombre con el que se había casado".

La médica encartada, en su versión injurada, explicó al Magistrado Instructor y al Asesor Jurídico, así como a la abogada defensora que la asistió a la declaración, varios pormenores de los actos médicos efectuados. Entre ellos menciona algunas técnicas utilizadas como:

"proceso de relajación en el cual se colocan instrumentos llamados resonadores de arquetipos mórficos" (folio 21).
"técnicas de psicoterapia energética que se basa en la estimulación de puntos de acupuntura y sistemas de meridianos" (folio 21).
"técnica de estimulación cerebral bilateral, también conocida como EMDR (sigla en ingles que traduce reprocesamiento con movimientos oculares" (folio 21).
"unidades subjetivas de perturbación" (folio 21).
"meditación activa y la sanación a través del perdón y la reconciliación , usando una técnica llamada Hooponopono (SIC) …y se originó en Hawai" (folio 22).
"desde mi posición de buscar la sanción de las personas y las relaciones seria incompatible llamar un ser humano monstruo, cuando sería para este proceso un maestro que me ayuda a sanar mi esencia con ese aprendizaje" (folio 23 reverso).

En la declaración del esposo de la denunciante, doctor J.A.E.G., compañero de estudios de la encartada, se encuentran varias frases en contra de la conducta de su colega, entre las cuales se destacan:
"…generando una serie de calificativos negativos hacia mi….que no son labor de un terapeuta…" (folio 56 reverso).
"… la doctora Martha manipuló no solo en el ámbito dentro de la consulta médica (SIC) sino por fuera y dándome cuenta que ese mismo día hizo un comentario el cual yo escuché telefónicamente donde la doctora M.le dijo a mi señora esposa con la que estoy casado (SIC): no me diga que volvió otra vez con ese monstruo…"

Luego de estas declaraciones, la abogada defensora de la investigada, doctora ROSARIO PUERTA BULA, identificada con cedula de ciudadanía número 45.455.293 de Cartagena y TP número 44.851 del HCSJud, solicito pruebas testimoniales de la doctora S.L.R.R., respecto de su supuesta relación de amistad con la disciplinada y la supuesta violación del secreto profesional por parte de la misma y del doctor C.A.L.C., para declarar sobre la supuesta relación de amistad de la investigada con el esposo de

la querellante. En el mismo sentido, la declaración del doctor L.Q.S.. Adicionalmente, la declaración del doctor J.J.T.P. en relación con la psicoterapia alternativa brindada por la encartada. Por ultimo, solicita someter a la investigada a la PRUEBA DEL POLIGRAFO en relación con los hechos materia de investigación.

Los testimonios de R.R. y T.P. fueron decretados por el juez ac quo, en tanto los de L.C. y Q.S. fueron considerados impertinentes para el estado actual de la investigación.

Esta decisión fue controvertida por la defensa de M.C.O.G., que plantea que dichas pruebas son importantes para demostrar la inexistencia de relaciones de amistad entre la investigada y el esposo de la querellante. Igualmente insiste en la prueba del polígrafo que solicita sea aplicada a su cliente.

El Tribunal Seccional no repuso la decisión tomada y concedió la apelación respecto de estos aspectos probatorios para ante el juez Ad Quem

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA.

Este Tribunal Nacional debe hacer referencia a varios aspectos probatorios en relación con el presente caso, pues las acusaciones de violación del secreto profesional, de la intimidad personal y del seguimiento a tratamientos debidamente aceptados por la comunidad científica son sumamente graves y deben estar muy bien fundamentados para tomar una decisión, cualquiera que esta sea.

I- PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO EN LA PRUEBA

En providencia 26/2010, con ponencia del Magistrado Fernando Guzmán Mora, se expresó respecto de los fundamentos de la prueba en procesos de diversos tipos:

1-DERECHO A PROBAR

Es el derecho al proceso mismo. Si se señalan unos hechos que argumentan unas pretensiones, nace el derecho a probar los hechos sobre los cuales se soportan estas pretensiones.

Negar el derecho a probar es negar el derecho mismo. El juez escucha a las dos partes y revisa las pruebas que soportan cada versión. La balanza de la justicia se inclina a quien prueba menor.

2-DERECHO A POSTULAR LA PRUEBA

Tratar de lograr un pronunciamiento del juez respecto del decreto de pruebas. Es el derecho a peticionar la prueba.

A ambas partes le asiste el derecho a peticionar las pruebas que conduzcan a probar los hechos que cada uno ha narrado.

3-DERECHO AL PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRUEBAS PEDIDAS

No se admite silencio judicial. Es obligar a un pronunciamiento del juez. Si el juez las niega las pruebas, es viable el recurso de apelación.

Si el juez no se pronuncia es viable la acción de tutela para obligar a que el juez se manifieste sobre el decreto de pruebas.

Ahora, cuando el juez aprecia la demanda, mira las pruebas que van a demostrar acerca del motivo de controversia- Por lo tanto, puede desechar aquellas pruebas que se relacionen con la sustancia de los hechos.

4-DERECHO A LA CONSERVACION DE LA PRUEBA

Inclusive con pruebas anticipadas. Por ejemplo, el testimonio de personas con una expectancia corta de vida. O proteger pruebas que pueden desaparecer dolosamente.

Respecto del testimonio, entre más tarde se rinda, más posibilidad de alteración hay, pues se pierde la dinámica de la percepción de las cosas.

Por lo tanto, la prueba debe allegarse en el proceso en un término prudencial.

La prueba preconstituida es otro mecanismo. Consiste en que sin que haya proceso, se puede peticionar la recepción de un testimonio, de un interrogatorio de parte o una inspección judicial o un peritaje.

En muchos procesos es mas viable hacer la inspección judicial. La prueba preconstituida no se notifica. Algunos laboralistas acuden a la empresa demandada antes de decretar las pruebas para evitar que se alterna las pruebas esenciales.

La prueba preconstituída está manifiesta en el texto de la demanda y puede, por lo tanto, ser sujeto de contradicción de la contraparte.

5-DERECHO A LA CONTRADICCION DE LA PRUEBA

La prueba existe antes del proceso, excepto de las que se refieren a dictámenes periciales e informes técnicos. Existe el derecho a contrainterrogar testigos, objetar dictámenes, rebatir documentos, etc.

Es el derecho a la réplica. Cómo contradecir un testimonio cuando se es demandante y se tienen varios testigos? Ambos apoderados pueden interrogar a los testigos y contrainterrogarlos. En esa forma se puede controvertir la prueba

Un peritaje, que rinde un dictamen, se coloca a disposición de las partes, para que si alguien quiere objetar, ampliar o aclaración lo pueda hacer. Aquí existe la posibilidad de contradecir.

Art 146: Las pruebas practicadas, así sean decretadas de nulidad, tienen pleno valor. Se anula la actuación en ruptura del debido proceso, las pruebas de todos modos tienen validez.

Si la nulidad es de la etapa probatoria, cobija a todas. Pero si no, afecta solo a una prueba que rompa el debido proceso

La prueba que sea causa de ruptura del debido proceso, se anula.

6-PUBLICIDAD DE LA PRUEBA

Todas las pruebas deben estar a la vista de los sujetos procesales. Se decretan mediante auto o resolución.

Se debe notificar las pruebas a las partes… La notificación en el despacho judicial, indicando esa notificación

La publicidad se surte con el hecho de la notificación. Si una de las partes no está al tanto y se deja pasar la oportunidad, habrá perjuicios de índole procesal.

No solo las pruebas, sino el día en que se va a practicar. Para que las partes, si están interesadas, se encuentren presentes para controvertir la prueba.

7-NECESIDAD DE LA PRUEBA

Deben cumplirse ciertos requisitos para ser aceptadas. No pueden reposar solo en la mente del juez, sino a disposición de las partes.

8-RESPETO A LA DIGNIDAD HUMANA

Tratamiento decoroso a todos. El Estado Social de Derecho protege los derechos fundamentales. El Legislador es garantista de la persona y su dignidad. Que no haya circunstancias que lo demeriten de manera intelectual o física, aún en presencia de crímenes gravísimos.

Por encima de todo, se rodea al acusado de garantía. No se somete al escarnio público, incluyendo la salida en noticieros y prensa, que muchas veces los condena antes de comenzar el proceso.

Eso contamina el proceso antes de iniciarse, porque fabrica una disposición contra la persona.

Esto también incluye a las víctimas del delito, por ejemplo los casos de violación, que deberían remitirse para examen a su propio médico.

9-PROHIBICION DE LA TORTURA

10-INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO

11-INVIOLABILIDAD DE LA CORRESPONDENCIA

12-NO AUTOINCRIMINACION

13-RESPETO AL SECRETO PROFESIONAL

14-PROTECCION DE LA FAMILIA

15-IGUALDAD EN MATERIA PROBATORIA

16-COMUNIDAD DE LA PRUEBA

Al producirse, las pruebas pertenecen a la comunidad del proceso, así sean nocivas para el mismo que las pide

17-PRINCIPIO DE LA BUENA FE

18-PRECLUSION DE LA PRUEBA

Los actos procesales deben efectuarse dentro de ciertos términos

19-LIBERTAD DE LA PRUEBA

Todos los medios lícitos y que respeten la moralidad, son admisibles para probar.

20-PRINCIPIO DE LA VALORACION DE LA PRUEBA

Debe basarse en la sana crítica y no en la íntima convicción, que se acerca a la arbitrariedad.

El principio de la tarifa legal no se adapta a la justicia. Está proscrito hace mucho tiempo.

El de la íntima convicción es subjetiva del funcionario judicial.
Sana crítica permite la valoración integral de la prueba.

21-PRINCIPIO DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Una de las partes lleva sobre sí la obligación de demostrar el supuesto de hecho de las normas cuya aplicación invoca.

NO HAY LUGAR A PRUEBA en casos de normas nacionales, hechos notorios y afirmaciones indefinidas.

Ej: Si alguien dice en el proceso: No me ha pagado, es una afirmación indefinida que hace que se invierta la carga de la prueba, para que el otro sea el que demuestra que sí pagó.

A este respecto la Corte ha dicho:

1. En los términos del artículo 374 del C. de P.C., los cargos en casación deben contener la exposición de los fundamentos de cada acusación en forma clara y precisa, lo que conduce a determinar el tipo de error y las bases del mismo que se le achacan a la sentencia acusada; además, exige dicho precepto que cuando se alega la violación de la ley sustancial como consecuencia de error de hecho en la apreciación de las pruebas es necesario que el recurrente lo demuestre, actividad que debe cumplirse mediante una labor de contraste entre lo que extrajo el sentenciador de las pruebas que se tildan de erróneamente apreciadas y lo que tales pruebas dicen o dejan de decir, para ver de establecer el real efecto que dimana de la preterición o desfiguración de la prueba, siempre en el bien entendido de que no basta con relacionarla ni con ofrecer la visión del recurrente, a la manera de un alegato de instancia, sino se confronta en sus términos con la sentencia acusada; y, en fin, que si el quebranto de la ley se ha dado a consecuencia de error de derecho, se deberán indicar las normas de carácter probatorio que se consideren infringidas explicando en qué consiste la infracción, lo cual se explica dada la naturaleza del mismo .

Y en lo que se refiere a atenuar la sentencia, la misma Corte expresó en 1995:
"…los funcionarios judiciales dentro del principio de la investigación integral no sólo tendrán que dedicarse a aclarar los hechos sucedidos, sino que deberán realizar todos los esfuerzos para demostrar la veracidad o no de la versión exculpativa"..

II- RELEVANCIA Y ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA

En la misma providencia mencionada se expresó:
"…De otra parte, en el módulo IV para defensores públicos respecto de la pertinencia, admisibilidad y autenticación de la prueba se expresa:
. A fin de respetar el tiempo del juez, la evidencia no será oída a menos que primero se demuestre su relevancia y admisibilidad. .

Tres aspectos esenciales debe la evidencia demostrar para ser aceptada:
(1) pertinencia.
(2) autenticidad.
(3) admisibilidad.

1. Pertinencia

Es la correspondencia directa o indirecta entre la evidencia ofrecida y los hechos controvertidos en el proceso.
La evidencia debe pasar dos test (sic) para ser pertinente: 13
El primero relativo a la ley sustancial impone que la evidencia se refiera directa o indirectamente a:

_ Los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, y
_ A la identidad o la responsabilidad penal del acusado.
El segundo ordenado por la lógica, la experiencia y el comportamiento humano debe tender a demostrar que los hechos controvertidos sean más o menos probables.

La relevancia de la mayoría de las evidencias es generalmente clara u obvia deducida del contexto del caso, pero ocasionalmente debe ser demostrada con el establecimiento de los hechos que la fundamentan.

La pertinencia debe ponerse de presente ante el juez de conocimiento al hacer la solicitud u ofrecimiento de prueba en la audiencia preparatoria (Art 357 CPP), a fin de que este la admita y pueda practicarse en el juicio oral.

2. Autenticidad

La autenticidad se refiere a que la evidencia ofrecida es realmente lo que el proponente demanda que es. La evidencia no será admitida hasta que previamente se muestre que ésta es una “cosa real”. El juez decide cuando un ítem de evidencia ha sido suficientemente autenticado, y el criterio varía de acuerdo con la naturaleza de la evidencia involucrada.

Generalmente se piensa en la autenticación como aplicable a la evidencia física como documentos, objetos o fotografías. ¿Es este el documento que las partes firmaron? ¿Es este el vehículo que produjo el daño? ¿Muestra la fotografía justa y adecuadamente la escena del accidente? Antes de que cualquier evidencia pueda recibir fundamentación debe ser establecido que adecuadamente cumple con la petición de autenticidad del proponente.
El requerimiento de autenticidad apoya única y exclusivamente la admisibilidad de la evidencia, pero no determina per se su valor probatorio. El

oponente puede controvertir su validez, y el juez estimar o no esta evidencia para apoyar su decisión.

El requerimiento de autenticidad sin embargo no se limita a objetos tangibles. También es propio de cierta evidencia testimonial. Por ejemplo, un testigo generalmente no puede declarar sobre una conversación telefónica sin primero establecer sus bases para el reconocimiento de la voz de la persona al otro lado de la línea. Esto es que la identidad del otro conversador debe ser autenticada.

3. Admisibilidad

El tercer requisito para aceptar la prueba es que cumpla con las condiciones de admisibilidad.

La regla general es que toda evidencia pertinente es admisible (Art 376 CPP), y por lo tanto evidencia que no es pertinente no es admisible. O como resume Chiesa "La pertinencia es condición necesaria pero no suficiente para la admisibilidad de todo medio de prueba".
Normas de exclusión:

Así aunque sea pertinente no es admisible la evidencia. El artículo 376 del CPP contempla las siguientes normas de exclusión de evidencia pertinente:

a) Que la evidencia pueda causar grave perjuicio indebido. (literal a)
La finalidad de presentar evidencia en un proceso adversarial es causar perjuicio a la contraparte, pero se trata de un perjuicio debido, razón mismo, del proceso. El perjuicio indebido a que se hace mención es el que de alguna forma afecte la imparcialidad del juez por tener esa evidencia un valor objetivo menor al que se pretende presentar.
b) Que la evidencia genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto o exhiba escaso valor probatorio. (literal b))
La probabilidad de confusión de la prueba ofrecida debe observarse frente a los hechos que se pretenden probar, frente al desgaste administrativo que implica de una prueba compleja que cause confusión y frente a la dilación del procedimiento que pueda acarrear.
Esto se presenta mucho en el campo de la prueba pericial, con los dictámenes densos y cargados de terminología científica que siembran confusión en el juzgador. En este caso deben primero cumplirse estrictamente las

normas de admisibilidad de la prueba científica y precisarse exactamente el objeto de la prueba que se permite practicar. Al juez puede solicitarse la admisibilidad parcial de la evidencia frente a los puntos centrales de debate en el proceso.

La prueba que exhibe escaso valor probatorio, de otro lado, es por ejemplo la prueba superflua o acumulativa, que ni da ni quita al proceso, que es innecesaria porque ya se practicaron en el proceso suficientes pruebas para dar certeza sobre un hecho determinado.

c) Que sea injustamente dilatoria del procedimiento.

Como criterio de eficiencia en el proceso, el juez debe analizar si el proceso de formación y práctica de la prueba se compensa con el valor probatorio de la misma, o si su valor es inferior al tiempo que demora la práctica de ésta. Por ejemplo, la petición de la Fiscalía al juez para que otorgue más tiempo a fin de ubicar un testigo de cargo, frente al perjuicio que se ocasiona por la prolongación de la detención preventiva del acusado afectando sus derechos fundamentales, y el principio de eficiencia del proceso penal.

También es dilatoria del procedimiento la prueba superflua o acumulativa, es decir la que no agrega nada al proceso, es innecesaria porque lo que se pretende probar ya se tiene con otros medios de conocimiento. Ejemplo solicitar cinco testimonios sobre un hecho.

Otras normas de exclusión probatoria son:

d) Los privilegios excepciones constitucionales (385).

e) La prueba de referencia (437), por ser excepción al principio de inmediación.

f) La prueba ilícita (23 y 455). Violatoria del principio de legalidad.

III-LAS PRUEBAS EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

En la providencia 73/09 de este tribunal, con ponencia del mismo magistrado GUZMAN MORA, se menciona la sentencia de la Corte Constitucional respectiva, en la resolución de un recurso de apelación respecto de una negativa de pruebas:

Sentencia C-175/01. Referencia: expediente D-3240

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 74, parcial, de la Ley 200 de 1995 “Por la cual se adopta el Código Disciplinario Único”.

Demandante: Luis Carlos Marín Pulgarín

Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Bogotá, D.C., febrero catorce (14) de dos mil uno (2001).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribu-

ciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos por el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 241-4 de la Constitución Política, el ciudadano Luis Carlos Marín Pulgarín, demandó el artículo 74, parcial, de la Ley 200 de 1995 "Por la cual se adopta el Código Disciplinario Único".

Por auto de 20 de octubre del año 2000, el magistrado sustanciador admitió la demanda presentada, en consecuencia ordenó fijar en lista la norma acusada. Así mismo, dispuso dar traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera su concepto, y comunicó la iniciación del asunto al señor Presidente de la República, al señor Presidente del Congreso de la República y al señor Ministro de Justicia y del Derecho, con el objeto que si lo estimaban oportuno conceptuaran sobre la constitucionalidad de la norma demandada.

II. NORMA DEMANDADA

El siguiente es el texto de la norma demandada, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 41946 de 31 de julio de 1995. Se subraya la parte acusada.

Ley 200 de 1995
(julio 18)
"Por la cual se adopta el Código Disciplinario Único"
DECRETA:
"Artículo 74.- Vigencia y Oportunidad del Nombramiento de Apoderado. El defensor puede presentar pruebas en la indagación preliminar y solicitar versión voluntaria sobre los hechos. La negativa se resolverá mediante providencia interlocutoria contra la cual solo cabe el recurso de reposición":
III. DEMANDA
El ciudadano demandante considera vulnerados los principios del debido proceso y el derecho a la defensa, consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política.

Para el demandante resulta indiscutible que el defensor como representante del presunto inculpado está facultado para presentar las pruebas tendientes al esclarecimiento de los hechos que se investigan, pudiéndolo hacer en cualquier etapa del proceso, sólo de esa manera se garantiza el derecho al debido proceso, situación que está siendo conculcada por el aparte del artículo 74 de la Ley 200 de 1995 demandada, pues se niega la posibilidad de aportar las pruebas por intermedio de su apoderado, circunstancia que según el actor se desprende de una interpretación completa del artículo 74 ídem.

Aduce así mismo, que la norma demandada se encuentra en contradicción con lo preceptuado por el artículo 80 del Código Disciplinario Único, pues esa norma garantiza en forma permanente el derecho de contradicción probatoria.

Considera que la norma acusada da la posibilidad de que la recepción de la versión espontánea sea discrecional del investigador, pues se otorga total autonomía al funcionario indagador para que a su arbitrio decida si toma o no la versión que se solicita por el apoderado del presunto inculpado, con lo cual se restringe notablemente el derecho de defensa, pues la exposición voluntaria en sí misma es un acto de defensa "al poderse en ella, presentar pruebas, solicitar la práctica de las mismas y controvertir las que se alleguen en contra del disciplinado".

Finalmente, luego de citar algunas sentencias proferidas por esta Corporación, en relación con la declaratoria de inexequibilidad de algunas normas del Código Disciplinario Único y, que a su juicio, tienen conexión con el artículo 74 ahora demandado, solicita el actor que en aras de la seguridad jurídica se realice la estructuración de la unidad normativa y consecuencialmente se ajuste a la Constitución la norma acusada de inexequibilidad.

...

2. El problema jurídico

2.1. Compete a la Corte dilucidar si, como lo afirma el demandante se conculca el derecho al debido proceso y a la defensa que consagra el artículo 29 de la Constitución Política, con el aparte acusado del artículo 74 de la Ley 200 de 1995, que prevé la posibilidad de que se profiera una providencia negando la presentación de pruebas y la solicitud de versión voluntaria, por parte del defensor del servidor público en la indagación preliminar, providencia contra la cual cabe el recurso de reposición.

2.2. Las funciones que en un Estado de Derecho se desempeñan por los servidores públicos, son una actividad que en manera alguna puede ser arbitraria, ni dejarse librada al capricho del funcionario, sino que, siempre

se trata de una actividad reglada, cuyo desempeño exige el sometimiento estricto a la Constitución, la ley o el reglamento.
Sobre el particular, esta Corporación en sentencia C-725 de 21 de junio de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, expresó que : "3.3.3. Precisamente por ello, el artículo 6 de la Carta preceptúa que los servidores públicos son responsables ante las autoridades cuando infrinjan la Constitución o las leyes, o cuando incurran en omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, norma esta que guarda estrecha armonía con el artículo 124 de la misma, en cuanto este último ordena que "la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva".
3.3.4. Como tal responsabilidad puede ser de índole civil, penal o disciplinaria, ha de recordarse ahora que las modalidades de la misma son de naturaleza jurídica diferente, son independientes la una de la otra y, en virtud de ello, un mismo hecho puede generar distintas consecuencias respecto de cada uno de los tipos de responsabilidad aquí mencionados.
3.3.5. El derecho disciplinario, entendido como un conjunto de principios y de normas conforme a las cuales se ejerce la potestad sancionadora del Estado con respecto a los servidores públicos por infracción de la Constitución, de la ley o el reglamento en orden a hacer efectivos los mandatos que regulan el ejercicio de la función pública, en el Derecho Moderno ha venido adquiriendo, cada vez más, una trascendental importancia, al punto que se erige como un ramo específico de la legislación que, sin perder sus propias características ni tampoco su objeto singular, guarda sin embargo relación en algunos aspectos con el Derecho Penal, con el Procedimiento Penal y con el Derecho Administrativo, como quiera que forma parte de un mismo sistema jurídico".
Y, de la misma manera, para precisar la distinción existente entre el proceso disciplinario y el proceso penal, la Corte, en sentencia C-244 de 30 de mayo de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, señaló que "Cuando se adelanta un proceso disciplinario y uno penal contra una misma persona, por unos mismos hechos, no se puede afirmar válidamente que exista identidad de objeto ni identidad de causa, pues la finalidad de cada uno de tales procesos es distinta, los bienes jurídicamente tutelados también son diferentes, al igual que el interés jurídico que se protege. En efecto, en cada uno de esos procesos se evalúa la conducta del implicado frente a unas normas de contenido y alcance propios. En el proceso disciplinario contra servidores estatales se juzga el comportamiento de éstos frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública; en el proceso penal las normas buscan preservar bienes sociales más amplios".

En la misma dirección, cabe recordar que en sentencia C-280 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero, para explicar la razón de ser del derecho disciplinario, esta Corte, examinados los antecedentes de la Ley 200 de 1995, transcribió apartes de la exposición de motivos, en la cual se expresó entonces que "Es incuestionable que el Estado Colombiano debe tener un código o estatuto unificado para la realización del control disciplinario tanto interno como externo a fin de que la función constitucional se cumpla de manera eficaz y además, se convierta en herramienta eficiente en la lucha contra la corrupción administrativa" (Gaceta del Congreso, año IV, número 73, citada en la sentencia aludida).

2.3. Acorde con lo anterior, y en armonía con lo dispuesto por el artículo 29 de la Carta Política, según el cual el debido proceso es una garantía que ha de observarse en todos los procesos judiciales o administrativos, es claro para la Corte que en el proceso disciplinario ha de garantizarse el derecho a la defensa unitaria, continua y permanente, esto es, en todas sus etapas, sin que ello signifique que en cada una de ellas los recursos que para impugnar las providencias se establezcan por el legislador deban ser los mismos, ni tampoco, que para decidir sobre la constitucionalidad de alguno de los artículos del Código Disciplinario, pueda ser considerado aisladamente, pues, como es obvio, de esa manera la interpretación primero y el juicio de constitucionalidad después, pueden resultar equivocados.

2.4. Como es suficientemente conocido, en el proceso disciplinario existen tres etapas claramente diferenciadas, a saber, la de la indagación preliminar, la de la investigación disciplinaria y la de la decisión.

En la primera, es decir, en la indagación preliminar, no existe ni siquiera certeza sobre la procedencia de adelantar la investigación, sino una duda sobre la existencia misma de la presunta falta, e igualmente, sobre la autoría y responsabilidad de la misma, razones estas que el legislador tuvo en cuenta para que, en tal estado de perplejidad inicial, en lugar de proferir un auto ordenando la apertura directa de una investigación disciplinaria, se opte más bien por realizar una "indagación preliminar" (art. 138 Ley 200 de 1995), cuyos fines específicos serán "...verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria e identificar o individualizar al servidor público que haya intervenido en ella" (art. 139 ibidem).

Del mismo modo, si de la indagación preliminar, de la queja o del informe respectivo sobre la presunta falta quien tiene a su cargo la investigación encuentra objetivamente demostrada "la existencia de una falta disciplinaria y la prueba del posible autor de la misma ordenará la investigación

disciplinaria", según el mandato contenido en el artículo 144 del Código Disciplinario, mediante auto de trámite.

2.5. En desarrollo de principios fundamentales al debido proceso, cuales son los de la publicidad, la imparcialidad y la contradicción, se dispuso por la ley que, desde el comienzo y para garantía del derecho de defensa el investigado "tendrá derecho a conocer las diligencias tanto en la indagación preliminar como en la investigación disciplinaria" (art. 80 Ley 200/95), así como a ser oído en esta etapa para "presentar pruebas" y "solicitar versión voluntaria sobre los hechos" (art. 74 ibidem).

2.6. Desde luego, quien inicialmente asume el conocimiento de una posible irregularidad constitutiva de una presunta falta disciplinaria, si en esa etapa de averiguación administrativa, lo considera pertinente para los fines de la misma señalados por el artículo 139 del Código Disciplinario a que ya se hizo alusión, es quien tiene los elementos de juicio suficientes para decidir si accede a la petición que se le formula por alguien para que se le reciba versión voluntaria sobre los hechos, así como para examinar si la presentación de pruebas en esa etapa de la investigación preliminar es pertinente o conducente.

No obstante, para evitar la arbitrariedad o el capricho en la decisión, si se deniega la solicitud de recibir versión voluntaria, o la de presentar algunas pruebas, el legislador le impone al funcionario que adelanta la indagación preliminar, el deber jurídico de decidir sobre cualquiera de las peticiones anteriormente mencionadas, "mediante providencia interlocutoria". Ello significa, entonces que por ministerio de la ley, le corresponde motivar su decisión, esto es expresar las razones y los fundamentos de carácter fáctico y jurídico en que apoya su decisión, para que respecto de las mismas, cumplida así la publicidad, pueda entonces abrirse paso a la contradicción, haciendo uso de los medios de impugnación que al respecto se consagran por la ley.

2.7. En ese orden de ideas, y para satisfacer a plenitud el derecho de defensa, resulta claro que si en forma arbitraria se deniega la solicitud de comparecer desde el comienzo a la indagación preliminar a quien solicitó ser oído en versión libre, o se le priva en absoluto del derecho a presentar pruebas que puedan serle favorables a la indagación de los hechos en esta etapa, se vulneraría el derecho al debido proceso, razón esta por la cual el afectado con ese proceder autoritario tendría a su disposición la posibilidad de alegar la existencia de una nulidad en el proceso disciplinario, como quiera que el artículo 131 del Código Disciplinario Único establece que son, entre otras, causales de nulidad "la violación del derecho de de-

fensa", así como "la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso" (art. 131 Ley 200/95), nulidades que, aún no alegadas, deben ser declaradas de oficio, en cualquier etapa del proceso en que se adviertan por el funcionario encargado de la tramitación del mismo (art. 132 ejusdem), lo cual guarda armonía con lo dicho por la Corte en sentencia C-892 de 10 de noviembre de 1999, en la que actúo como ponente el magistrado que ahora lo es en este proceso, en la que, al analizar la constitucionalidad del artículo 119 del Código Disciplinario Único expresó que : "Tanto en la etapa de indagación preliminar antes de que se le formulen cargos y durante el término de los descargos, el investigado podrá solicitar, en aras del ejercicio del derecho de defensa, la práctica de las pruebas que considere pertinentes, es decir, las que tengan relación con el tema y que permitan esclarecer los supuestos fácticos que dan origen al inicio de la investigación".

Igualmente ha de insistirse ahora que en la sentencia C-013 de 17 de enero de 2001, reitero la Corte su doctrina en el sentido de que no es "razonable ni proporcionada" la restricción normativa que deje "a la voluntad del funcionario investigador recibir o no la exposición espontánea que solicita el investigado", pues éste si así lo solicita "deberá ser oído en versión espontánea, tanto durante la indagación preliminar como en la investigación".

De esta suerte, si la providencia interlocutoria a que se refiere el aparte final del artículo 74 acusado, resulta caprichosa o arbitraria, éste no se encuentra desprovisto de medio de impugnación adecuado para el ejercicio del derecho de defensa, pues, leído en conjunto y no en forma aislada el Código Disciplinario, puede solicitar la nulidad de lo actuado, o, más aún, en la hipótesis de que no lo solicite, tal nulidad puede ser declarada de oficio.

2.8. El legislador, para salirle al paso a una posible arbitrariedad del funcionario que adelante la investigación preliminar, contra la providencia que deniegue la recepción de la versión libre o la presentación de pruebas en esa etapa procesal, en el artículo 74 del Código Disciplinario estableció que contra la providencia interlocutoria que las deniegue, cabe el recurso de reposición. Ello por sí mismo, como salta a la vista, no hace inconstitucional el artículo 74 del Código Disciplinario.

A juicio del censor, lo que resulta vulneratorio del artículo 29 de la Carta, es que la norma deja al capricho del funcionario recibir o abstenerse de hacerlo la versión voluntaria en la indagación preliminar, lo que no es cierto, por las razones que ya se explicaron. Además, a su juicio, también es violatorio de la garantía constitucional al debido proceso que ante esa

posibilidad del proceder arbitrario de quien adelanta la investigación preliminar sólo sea procedente el recurso de reposición.

Con todo, ello no es así, por cuanto, como ya se dijo, la providencia en cuestión ha de ser motivada, como quiera que es interlocutoria por ministerio de la ley, por una parte; y, por otra, en esa etapa del proceso, en que todavía no existe ni siquiera certeza sobre la existencia de la irregularidad que presuntamente configuraría una falta, ni mucho menos sobre la autoría y responsabilidad de la misma, conserva el legislador, a plenitud, la libertad de configuración para establecer el recurso o los recursos que contra ella proceden.

Es claro, que sobre el particular, uno puede ser el tratamiento en la fase de la indagación preliminar dadas sus características, y otro distinto el que el legislador establezca en la fase de la investigación disciplinaria, como en efecto acontece. Así, al paso que en el artículo 74 de la ley demandada, para la primera dispuso la ley que la negativa a recibir versión voluntaria sobre los hechos, o a presentar pruebas ha de ser motivada y que contra la providencia respectiva sólo cabe el recurso de reposición, en el artículo 102 de la misma ley, precisamente porque la naturaleza de la etapa de la investigación disciplinaria es diferente a la primera dispuso que "El recurso de apelación es procedente contra el auto que niega pruebas en la investigación disciplinaria y contra el fallo de primera instancia".

Ciertamente, son dos tratamientos diferentes, porque diferentes son las etapas de la indagación preliminar y la de la investigación disciplinaria y, como se observa, diferente también es la fase de decisión cuando se dicta fallo de primera instancia, el que también es apelable. La razón de orden constitucional, es transparente en grado sumo, pues no se vulnera el derecho a la igualdad al tratar de manera disímil situaciones distintas (art. 13 C.P.), de un lado, y, de otro, en ninguna norma constitucional se ordena al legislador establecer que contra todas las providencias interlocutorias es procedente la apelación, pues el artículo 31 de la Constitución solamente dispone que la apelación o la consulta son propias de toda sentencia judicial, salvo las excepciones que consagre la ley, pero en manera alguna ordena que toda providencia interlocutoria deba ser objeto de apelación.

2.9. Por lo expuesto anteriormente, ha de concluirse entonces que el artículo 74 de la Ley 200 de 1995, en el aparte acusado, no es en manera alguna una autorización del legislador a desconocer el derecho del eventualmente inculpado a ser oído, pues, como se vio, en ese caso el artículo 131 ibidem, fulmina con la sanción de nulidad de toda la actuación, precisamente en guarda de la garantía constitucional al debido proceso y, la circunstancia

de que la decisión a que se refiere la parte final del artículo 74 acusado, deba ser motivada y que contra ella quepa el recurso de reposición únicamente, resulta razonable por la índole misma de la etapa de indagación preliminar y, en tal virtud, no se vulnera la Constitución.
2.10. Agrégase a lo dicho que el artículo 54 de la Ley 200 de 1995, ordena al funcionario a cuyo cargo se encuentre un proceso disciplinario, darlo por terminado, en cualquier momento, cuando aparezca demostrado que el hecho atribuido no ha existido, o que no está previsto como falta disciplinaria, o que existe causal de justificación, o que por cualquier otra circunstancia de orden legal tal proceso no podía iniciarse o proseguirse, norma que también resulta aplicable, como es obvio a la etapa de la indagación preliminar.
VII. DECISION
En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,
RESUELVE
Declarar EXEQUIBLE la expresión "La negativa se resolverá mediante providencia interlocutoria contra la cual sólo cabe el recurso de reposición", contenida en el artículo 74 de la Ley 200 de 1995 (Código Disciplinario Único).
Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.
Salvamento de voto a la Sentencia C-175/01

Con el acostumbrado respeto, los suscritos magistrados nos apartamos de la posición mayoritaria de la Corte en la presente Sentencia. Manifestamos las razones por las cuales salvamos nuestro voto, de la siguiente manera:

El problema jurídico consiste en determinar si el recurso de reposición contra el auto que niega la presentación de pruebas y/o la solicitud de rendir versión voluntaria en la indagación preliminar del proceso disciplinario es un mecanismo que garantiza suficientemente el derecho fundamental al debido proceso.

Estimamos que ello no es así, por las siguientes razones:

El debido proceso sustancial se debe garantizar, desde una perspectiva constitucional, asegurando que los procedimientos creados por el legisla-

dor otorguen a las partes los recursos y mecanismos necesarios para hacer efectivas las garantías que les confiere el ordenamiento. En particular, el procedimiento debe asegurar el principio de audiatur et altera pars, el derecho de contradicción y los principios de eficiencia y economía.

El legislador no puede restringir los mecanismos legales necesarios para hacer efectiva la garantía del debido proceso sin dilaciones injustificadas, consagrada explícitamente en la Constitución.

El recurso de reposición contra el auto que niega las pruebas en la indagación preliminar disciplinaria no constituye un mecanismo idóneo, adecuado y suficiente para preservar el debido proceso imparcial y basado en fundamentos jurídicos objetivos en esta etapa.

Si bien la negativa a recibir ciertas pruebas puede ser controvertida durante la etapa de investigación, el derecho al "debido proceso sin dilaciones injustificadas" (art. 29 C.P.) implica que el legislador, al regular el procedimiento disciplinario debe imponer a los órganos de control del Estado la obligación de resolver la situación del implicado procurando causarle el mínimo de daño posible. Esta subregla constitucional admite como única excepción que haya una causa que justifique una dilación del procedimiento, la cual no está presente en la norma demandada.

1.El debido proceso sustancial frente al debido proceso formal.

Los procedimientos judiciales y administrativos, como formas de actuación del Estado frente a los particulares, son inherentes al Estado de Derecho típicamente liberal. Son, desde una perspectiva formal, una consecuencia necesaria del principio de legalidad. La consagración legal previa de un procedimiento de acción estatal, es un requisito necesario para impedir que la acción del Estado se reduzca al arbitrio del funcionario encargado de llevarlo a cabo. Por otra parte, sin embargo, en un Estado fundamentado en la dignidad de la persona humana, calificar un determinado proceso como "debido" significa algo más que el sometimiento estatal a unas reglas y rituales consagrados en la ley, pero alejados de las garantías materiales. Aunque formalmente el debido proceso surge como una emanación del estado de derecho, desde una perspectiva constitucional, no se agota en el principio de legalidad.

Si se pretende que este derecho fundamental tenga un contenido, el juez constitucional debe asegurar que la ley otorgue a las partes los recursos de acción, defensa e impugnación en medida suficiente para que se les permita hacer efectivas todas aquellas garantías consagradas en el ordenamiento jurídico. Si tales recursos procedimentales establecidos legalmente son insuficientes para materializar las garantías respectivas, se está rompiendo la correlación que debe existir entre el proceso formal, contenido en la ley, y el debido proceso sustancial, como derecho consagrado constitucionalmente, y se le está dando prioridad a una concepción arbitraria del poder público, y se está trastocando la jerarquía de valores inmanente a la Constitución.

Por lo tanto, al fijar el conjunto de recursos y facultades procesales disponibles a las partes en un determinado procedimiento, el legislador está obligado a observar las garantías sustanciales establecidas explícitamente en la Constitución para el tipo de actuación que pretenda regular. Adicionalmente, tiene también restricciones que derivan ya no de los contenidos constitucionales explícitos del debido proceso, sino de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

2.Las fuentes constitucionales de las restricciones a la libertad del legislador para establecer procedimientos: la regulación constitucional de los contenidos sustanciales del debido proceso

Esta distinción entre las restricciones que surgen de las garantías explícitamente consagradas en un texto de la Constitución referido al tema en concreto y aquellas que son consecuencia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, aplicables a toda la actividad estatal es relevante para determinar el alcance de la potestad de configuración del legislador y, en consecuencia, también para definir la forma cómo se debe llevar a cabo el análisis de constitucionalidad. La medida en que las garantías se encuentren explícitamente desarrolladas en la Constitución determina el grado de discrecionalidad de configuración legislativa y, por lo tanto, el nivel de rigor en el análisis de constitucionalidad. Si el constituyente le dio un contenido material y un alcance determinado al debido proceso, no puede el legislador restringirlos o modificarlos, sin cambiar la Constitución.

De tal modo, la labor del juez constitucional debe ser más rigurosa en la medida en que cuente con unos parámetros explícitos para llevar a cabo su

función. Por otra parte, ante la ausencia de un referente constitucional explícito, el grado de discrecionalidad de la labor legislativa y, por consiguiente, el análisis constitucional de la razonabilidad y proporcionalidad de la norma depende del valor que la Carta le asigne a los bienes jurídicos que estén siendo ponderados, dándole siempre un margen más o menos amplio al legislador para que, como órgano de representación popular, pueda regular los procedimientos judiciales y administrativos.

Con todo, el ámbito de aplicación de las garantías del debido proceso explícitas en la Constitución puede ser general por ejemplo, el derecho a presentar pruebas, que opera tanto en los procesos judiciales, como en los procedimientos administrativos, o específico, aplicable a una especie de procedimiento particular, como el principio de favorabilidad de la ley en el proceso penal. Ahora bien, al respecto, la jurisprudencia de la Corte ha afirmado, desde sus inicios, que aun cuando las disposiciones constitucionales utilicen términos que parezcan restringir ciertas garantías procesales al ámbito penal, éstas deben interpretarse en un sentido amplio, y no puede entenderse que las mismas carezcan de asidero constitucional en otros procesos, en la medida en que sean compatiblesSentencia T-413/92 refiriéndose al término "pena", contenido en el inciso segundo del artículo 31 de la Constitución dijo: "Debe entenderse, por supuesto, que la norma constitucional hace referencia también a sanciones distintas a las penales. El término pena ha de entenderse aquí en su sentido extenso, como toda sanción que le sea desfavorable a la parte que la está apelando." Así también la Sentencia C-479/92, refiriéndose al principio del "non bis in idem": "El enunciado principio no es aplicable únicamente a la materia penal sino también a la administrativa en cuanto, según ya se dijo, forma parte de las garantías que integran el debido proceso, expresamente exigido por el artículo 29 de la Carta como de ineludible aplicación a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas"."

En aquellos casos en que la Carta no determina directa o indirectamente a qué procesos es aplicable una garantía en particular, debe entenderse que ésta se debe aplicar a todas las actuaciones judiciales y administrativas.

3.El derecho a presentar pruebas y solicitar versión voluntaria en la etapa de indagación preliminar del proceso disciplinario: la apelación como garantía

El derecho a presentar pruebas, el derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas y la imparcialidad en el procedimiento, son garantías generales, cuyo carácter sustancial se deriva del texto mismo de la Constitución y que

son aplicables a todos los procedimientos administrativos y judiciales, máxime en aquellos en que el resultado puede ser la imposición de una sanción. En tal medida, la labor del legislador consiste en garantizarlas, sin que sea posible dejar de hacerlo, so pretexto del ejercicio de su discrecionalidad política en la configuración en la regulación del procedimiento.

La Sentencia se apoya en la consideración de que al permitírsele al inculpado el recurso de reposición contra el auto que niega la versión voluntaria y la solicitud de pruebas no se está impidiendo el ejercicio del derecho a aportar pruebas. En nuestro parecer, el ejercicio de este derecho no debe limitarse a consagrarlo como una posibilidad formal, pero restringida a la voluntad de un funcionario, cuya decisión sea susceptible de controversia sólo ante él mismo. Esto no implica presumir su mala fe, ni imponerle al funcionario la obligación de aceptar las pruebas o la versión voluntaria sobre los hechos, sino asegurarle al disciplinado que su derecho a presentarlas o a controvertir las allegadas en su contra, va más allá de la voluntad del funcionario que previamente le negó tales posibilidades. La razón de ser de los recursos judiciales y administrativos, y en particular del recurso de apelación, es garantizar que el contenido del acto impugnado es conforme a derecho, superando así la concepción voluntarista y subjetiva del poder del Estado. Por lo tanto, el recurso de apelación está encaminado a asegurar que sobre las decisiones judiciales o administrativas exista un mayor grado de certeza jurídica.

4.El debido proceso sin dilaciones injustificadas en el procedimiento disciplinario: alcances

Por otra parte, es cierto que dentro de la etapa de investigación disciplinaria, el inculpado tiene una nueva oportunidad para aportar pruebas y para solicitar la nulidad del procedimiento disciplinario por violación del derecho de defensa. ¿Porqué entonces es constitucionalmente exigible el recurso de apelación contra el auto que las niega en la indagación preliminar?
En virtud de otra de las garantías que hacen parte del debido proceso sustancial, que implica que durante el procedimiento no puede haber dilaciones injustificadas. ¿Tiene esta garantía el alcance de hacer constitucionalmente exigible el mencionado recurso de apelación en la etapa de indagación previa? Sí. Esta garantía parte del supuesto de que la contingencia de los procedimientos judiciales o administrativos implica una carga, y en algunos casos una lesión para las partes, especialmente cuando se está determinando su responsabilidad penal o disciplinaria. En tal medida, por mandato de la Constitución, el legislador, al fijar el procedimiento disciplinario, debe

optar por la alternativa menos gravosa, salvo que exista una causa justificada para ello. En el presente caso, la norma niega el recurso de apelación, impidiendo el ejercicio de un recurso que podría resultar en la absolución expedita del funcionario disciplinado, sin que para ello medie justificación alguna. La Sentencia avala esto sin entrar a analizar si existe una razón constitucionalmente válida para restringir el acceso a recursos diferentes al de reposición contra el auto que niega las pruebas aportadas y la solicitud de rendir versión voluntaria. Se limita a asumir acríticamente que es al funcionario investigador a quien corresponde determinar la pertinencia y conducencia de las pruebas:

"Para la Corte, el hecho de que el funcionario investigador profiera una providencia negando las pruebas aportadas por el defensor del presunto inculpado, no vulnera el artículo 29 de la Carta Política, pues como se vio, a él le corresponde analizar la conducencia y pertinencia de la prueba en aras de preservar el ejercicio de la función pública de conformidad con los principios de eficacia, economía, celeridad e imparcialidad (art. 209 C.P.); además como lo dispone la norma acusada, se trata de una providencia susceptible de ser impugnada mediante la interposición del recurso de reposición, en el evento de que se observe restricción de las garantías que tiene el presunto inculpado a presentar pruebas y contradecir la que se alleguen en su contra …" (Fundamento 2.2)

Por otra parte, tampoco se percata de que los principios de eficacia, economía, celeridad e imparcialidad consagrados en el artículo 209 de la Constitución son a la vez principios que se predican de los procesos disciplinarios. Principios que, en el proceso disciplinario, se traducen en verdaderas garantías sustanciales del debido proceso para el funcionario disciplinado. El carácter garantista que adquieren estos principios de la función administrativa en el proceso disciplinario es un mandato constitucional que va más allá de una concepción vacía de la eficacia, la economía procesal, la celeridad y la imparcialidad, ubicando el respeto por la dignidad de la persona humana como razón de ser de la actividad estatal. Esta es la interpretación que ha venido sosteniendo la jurisprudencia de esta Corporación en cuanto al particular:

"Esta Corte en varias sentencias ha sostenido que el derecho de defensa debe asegurarse permanentemente, es decir, tanto en la etapa de la investigación previa como en la investigación y en el juiciSentencias C-150/93

M.P. Fabio Morón Díaz; C-411/93 M.P. Carlos Gaviria Díaz; C- 412/93 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz., por lo tanto, no se justifica que se restrinja el derecho a rendir exposición en la etapa de la indagación preliminar." "En las condiciones anotadas, no encuentra la Corte razonable ni proporcionada a la finalidad que pretende perseguirse -eventualmente la economía procesal o la eficiencia y la eficacia para la administración de la actuación disciplinaria- el que quede a la voluntad del funcionario recibir o no la exposición espontánea que solicita el inculpado, pues siendo ella como se dijo un acto de defensa, no existe justificación alguna valedera para su restricción." Sentencia C-430/97 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) …"

IV- LA SANA CRITICA EN EL ANALISIS DE LAS PRUEBAS

Mencionamos únicamente dos autores respectivos:

a- JORGE FÁBREGA. TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA. EDITORIAL: EDICIONES JURÍDICAS GUSTAVO IBAÑEZ, SEGUNDA EDICIÓN, 2000, BOGOTÁ. PAGINAS: 327 Y 328. 335 a la 339.

LA SANA CRÍTICA EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA

El vigente Código establece como regla para la apreciación de la prueba la sana crítica. Conviene hacer un examen de este método.
En relación con la valoración o apreciación de la prueba, se conocen tres sistemas:

a) Sistema de la prueba tasada o tarifa legal;
b) Sistema de la libre apreciación, o íntima convicción;
c) Sistema de la sana crítica.

Aunque no han faltado autores que sostengan que en realidad se trata de dos sistemas y que la diferencia entre la sana crítica y la libre convicción no es más que una ilusión óptica. H.DEVIS ECHANDÍA anota: "La libertad de apreciación no exime de someterse a las reglas de la lógica, de la sicología y a las llamadas máximas generales de la experiencia; es decir, siempre debe existir sana crítica, pero puede haber o no obligación de motivar la conclusión que se adopte. De lo anterior, se deduce: 1° que no existen sino dos sistemas; 2° que la libre convicción debe ser razonada, crítica, basada en las reglas de la lógica, la experiencia, la psicología, no arbitraria;

3° que ese proceso de convicción debe explicarse en la motivación del fallo; y 4° que el sistema de la libre apreciación presenta modalidades cuando los encargados de juzgar son los llamados jurados de conciencia". (Pruebas judiciales, compendio, t. II, No. 19). Estimamos, sin embargo, que se trata de categorías diferentes, como más adelante expondremos. 5° Al utilizar el Código las expresiones de "apreciación según la sana crítica" y "apreciación en conciencia', lo hace porque tiene en mientes estructuras distintas y distintas perspectivas de evaluación probatoria.

A mediados de siglo pasado, un autor italiano, GENNARI en su Teoría de la Prove, clasificó en tres grupos las pruebas: legal, cuando el valor aparecía previsto en la ley; convicción íntima, cuando la verdad dependía de su libre convicción; persuasión racional, si debían estimarse con justo criterio y, de tal suerte, que eliminase toda duda. Criterio que estimamos válido.

Cada uno de estos sistemas responden a distintas estructuras político-sociales. El sistema de la prueba legal corresponde a una sociedad medieval con su concepción escolástica; la libre convicción a la época posrevolución francesa, de carácter individualista, y la sana crítica a una concepción intermedia.

b- AZULA CAMACHO. MANUAL DE DERECHO PROBATORIO. EDITORIAL TEMIS, 1998, BOGOTÁ. PAGINA 48.

a) Las reglas de la sana crítica. Suele denominarse sana crítica, como lo hace nuestro ordenamiento procesal, al conjunto de reglas que el juez debe observar para determinar el valor probatorio de la prueba.

Estas reglas de la sana crítica no son otra cosa que el análisis racional y lógico de la prueba. Es racional, por cuanto debe ajustarse a la razón o el discernimiento. Es lógico, por tener que enmarcarse dentro de las leyes del cono-cimiento. Lo uno y lo otro se efectúa, por regla general, mediante un silogismo, cuya premisa mayor la constituyen las normas de la experiencia y la menor la situación en particular, para obtener una conclusión determinada. Esas reglas de la experiencia atañen a todos los campos, esto es, en el aspecto físico, social, psicológico, técnico, científico, etc.

Con lo anterior en mente, considera este Tribunal Nacional que deben concederse las pruebas testimoniales solicitadas por la defensa de la doctora

M.C.O.G.. Respecto de la prueba del polígrafo, coincidimos en su negativa, pues no se considera conducente, pertinente ni útil al proceso, hasta tanto el juez de primera instancia no tome una decisión definitiva en esta etapa del proceso investigativo.

Son suficientes las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de las facultades que le concede la Ley

RESUELVA

Artículo Primero - Revocar como en efecto revoca la decisión del 25 de agosto de 2014 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Risaralda y Quindío de negar la practica de las pruebas testimoniales de los doctores L.Q.S y J.J.T.P., en relación con el presente proceso y en su lugar ordena decretarlas para incluirlas en la investigación. **Artículo Segundo** - Negar la prueba del polígrafo solicitada por la defensa, pues no se considera conducente, pertinente ni útil al proceso, hasta tanto el juez de primera instancia no tome una decisión definitiva en esta etapa del proceso investigativo. **Artículo Tercero** - Remítase el proceso al tribunal de origen para lo de su competencia. **Artículo Cuarto** - Contra la presente decisión no caben recursos. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. FERNANDO GUZMÁN MORA, Presidente- Magistrado Ponente; FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ, Magistrado; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaría.

Bogotá, Junio nueve (09) del año dos mil quince (2015)

SALA PLENA SESIÓN No. 1275 del nueve (09)
DE JUNIO DEL AÑO DOS MIL QUINCE (2015)

REF: Proceso N 919 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas
Denunciado: Dr. G.O.E.
Denunciante: Sra. M. del S.G.J.
Presunta Victima: Señorita A.I.G.J.
Asunto: Recurso de Apelacion contra providencia de archivo

Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzman Mora.
Providencia No. 45-2015.

VISTOS

Mediante providencia de 9 de septiembre de 2014, el Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas resolvió declarar la preclusión (en este caso, luego de investigación preliminar), en relación con la actuación médica del doctor G.O.E., ocurrida en marzo de 2012, por cuanto no se encontró elemento alguno de faltas contra la Ley 23 de 1981.

La providencia fue notificada en forma personal al investigado y a la denunciante el 26 de septiembre de 2014. La quejosa interpuso recursos de reposición y en subsidio de apelación en contra de la providencia mencionada el día 26 de septiembre de 2014. Mediante providencia de marzo 3 de 2015, el tribunal seccional no repuso el recurso horizontal y concedió el recurso de alzada para ante el Tribunal Nacional de Ética Médica.

El cuaderno contentivo del expediente se envió a esta corporación el 25 de marzo de este año y, puesto para reparto , correspondió por sorteo al Magistrado FERNANDO GUZMAN MORA el 31 de marzo de los corrientes. Se procede a resolver el recurso con base en los siguientes:

HECHOS

El día 14 de junio de 2012, la señora M. DEL S.G.J., identificada con cedula de ciudadanía número … expedida …, actuando en nombre de su hermana A.I.G.J. (qepd) de 48 años de edad e identificada con la cedula de ciudadanía número …de …, elevó denuncia ante el Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas, por hechos ocurridos en el mes de marzo de ese mismo año en la ciudad de Manizales.

La paciente A.I.J. (qepd), con antecedentes de retardo mental moderado, fue intervenida por el doctor G.O.E., médico de 64 años identificado con la cédula de ciudadanía número … de …. Registro Médico …, egresado de la Universidad de Caldas en 1976 y con especialización en Ginecología Oncológica del Instituto Nacional de Cancerológica de Bogotá en 1984.

La causa de la operación fue la presencia de una masa en región baja del abdomen. Previa valoración clínica y paraclínica por parte del cirujano y del anestesiólogo, incluyendo información del procedimiento y obtención de consentimiento informado por parte de la familia y asentimiento por parte de la enferma, la masa fue extirpada y enviada a biopsia por congelación en el hospital Instituto del Corazón de Manizales, donde se efectuó el diagnostico de un endometrioma ovárico. Se solicito entonces autorización de la familia presente en la sala de espera de dicha institución para completar el manejo de la situación patológica de la enferma, en este caso histerectomía y salpingo ooforectomia bilateral, la cual fue autorizada por quien actuaba como representante de la paciente, debido a su retardo mental.

La cirugía fue llevada a cabo sin complicaciones de ningún tipo, incluidas anestésica y quirúrgicas, evolucionando adecuadamente en el postoperatorio inmediato y por espacio de dos días, cuando se decidió dar a la paciente de alta. Sale en buenas condiciones del hospital y la familia, agradecida, envía una nota a la institución y a los médicos que participaron en el tratamiento de la enferma, indicando que se encuentran satisfechos de la atención científica y humana de quienes califica como “seres maravillosos”. (folio 64 del cuaderno principal).
Continuó en recuperación otros dos días adicionales, presentando cuadro de nauseas y vomito, para lo cual solicitaron instrucciones al centro hospitalario donde había sido intervenida. Allí le ordenaron llevarla de inmediato a consulta, pues no consideraron adecuado emitir un concepto por vía telefónica. Procedieron los familiares a pedir el concepto de una médica

general, quien le formuló antieméticos, para luego llevarla a consulta de urgencias ante la persistencia de las nauseas y el vomito.

En el proceso de transporte la enferma presentó vómito en el taxi que la conducía al centro hospitalario, ante lo cual la hermana interpretó que se trataba de un paro cardiaco, efectuando "maniobras de respiración boca a boca" y acudieron al centro de salud de San Rafael de la Nueva EPS, donde no recibieron atención de ningún tipo. Ante esto se dirigieron al Hospital de Caldas, donde la paciente llegó en estado critico y posteriormente sin signos vitales detectables, por lo cual se inician maniobras avanzadas de reanimación cerebro cardio pulmonar, sin resultado positivo, luego de lo cual se declara su muerte.

Acudieron entonces a la Fiscalía Regional, donde ser ordena autopsia médico legal de la paciente fallecida, encontrando (en resumen): inflamación traqueal, congestión visceral, pulmones edematosos, congestivos y hepatizados (Dr William Escobar Vallejo. Médico forense).

El tribunal seccional procedió a efectuar investigación preliminar del caso, revisando cuidadosamente la historia clínica y los procedimientos quirúrgicos practicados, así como las condiciones postoperatorias, las cuales constan en el registro de historia clínica.

Se incluye copia de la descripción operatoria:

Diacorsas Sucursal FCV IC - Manizales
HISTORIA CLINICA ELECTRONICA
Paciente: A.I.G.J. Nro. Historia: Cédula ...
*Edad: 48 Años - Sexo Femenino -SALUDCOOP ** EPS ** Id. Paciente 46262*
EDAD: 48 Años
*HALLAZGOS CUPULAR HIGADO VESICULA, ESTOMAGO, BAZO, EPIPLONASAS INTERSTINAES, APENDICE, NORMALES. SE ENCUENTRA MASA DURA DE 4*4 CM QUE INVOLUCRA ANEXO DERECHO, UTERO DE CARACTERISTICAS NORMALES, SINDROME ADHERENCIAL DE COLON A PARED POSTERIOR DE UTERO.*
PROCEDIMIENTO: ASEPSIA Y ANTISEPCIA (sic) DEL CAMPO OPERATORIO.
INSICION (SIC) MEDIANA INFRAUMBILICAL POR PLANOS HASTA CAVIDAD CON LOS HALLAZGOS ANOTADOS.

SE PRACTICA ANEXECTOMIA DERECHA, SE ENVIA A CONGELACION Y ES REPORTADO COMO ENDOMETRIOMA OVARICO.
SE CONTINUA LA CIRUGIA Y SE PRACTICA HISTERECTOMI ABDOMINAL, SALPINGOOFORECTOMIA BILATERAL Y LIBERACION DE ADHERNCIAS. SE PRACTICA LAVADO PERITONEAL PARA ESTUDIO ADE PAPANICOLAO. SE DEJA TUBO EN T EN RETROPERITONEO CUANTA (SIC) DE COMPRESAS COMPLETAS SANGRADO MINIMO.
DOCTOR: G.O.E.
Reg. Médico: 2091

Asimismo se incluyen notas de evolución postoperatoria intra hospitalarias así:
** EXAMENES Y PROCEDIMIENTOS ORDENADOS . Orden Nro. 118525 RECUPERACION CIRUGIA (13)*
-ESTUDIO DE COLORACION BASICA EN ESPECIMEN DE RECONOCIMIENTO -LAVADO PERITONEAL PARA PAPANICOLAO, UTERO Y ANEXO IZQUIERDO.
Orden Nro. 118524 RECUPERACION CIRUGIA (13) -ESTUDIO DE COLORACION BASICA EN ESPECIMEN DE RECONOCIMIENTO -UTERO,
ANEXO IZQUIERDO Y LAVADO PERITONEAL PARA PAPANICOLAO
** Plan:*
SLN 2500CC PARA 24 HORAS.
CEFRADINA 1GR IV CAD 6 HORAS.
DIPIRONA AMP 2 GR IV CADA 6 HORAS.
ENOXAPARINA 40 MG CG UNICIAR DENTTRO DE 6 HORAS.
RANITIDINA POR 50 MG IV CADA 6 HORAS.
METOCLIPRAMIDA IV CADA 6 HORAS
INICIAR TOLERANCIA ORAL HOY A LAS 6 DE LAS TARDE
CONTROL DE LIQUIDOS INGERIDOS Y ELIMINADOS
CONTROL DE SIGNOS VITALES CADA 6 HORAS.
Destino: Ambulatorio

HISTORIA CLINICA ELECTRONICA . EVOLUCIONES
Paciente: A.I.G.J. -Cédula ... -Id. Paciente 46262
*Edad: 48 Años - Sexo Femenino -SALUDCOOP ** EPS ** <<<< Manejo IntraHospitalario Por Medicina General - 23/03/2012 08:49:51a.m. >>>>*
Doctor(a): L.M.P.G. Especialidad: Medicina General

** Diagnósticos:*
-Endometriosis del ovario (N801)
-Convalecencia consecutiva a cirugía (Z540)
obs: Pop histerectomía abdominal y salpingooforectomia bilateral, liberación de adherencias
** Subjetivo:*
sin dolor, tolerando la vía oral, no picos febriles
** Objetivo:*
FR(18) - Presión Diastolica(67) - Presión Media(75) - Presión Sistolica(100) - Pulso(99) - Temperatura(36.2)
paciente en buen estado general alerta hidratado conciente orientado cc normocefalo PINR mucosa oral
húmeda cuello móvil sin soplos sin IY cp rscs ritmicos sin soplos rsrs sin agregados abdomen blando no
doloroso a la palpación sin signos de irritación peritoneal, herida quirúrgica en buen estado sin signos de
infección local, tubo en t 12 cc en 12 horas, rsis positivos, extr sin edemas nuero sin alteración glagow (sic) 15/15
** Análisis:*
Paciente en pop día 1 de histerectomía abdominal total, salpingooforectomia bilateral y liberación de
adherencias, adecuada evolución, estable hemodinamicamente, sin sirs, tolerando la vía oral, por ahora igual manejo.
** Plan:*
dieta blanda
catéter salinizado
CEFRADINA 1GR IV CAD 6 HORAS.
DIPIRONA AMP 2 GR IV CADA 6 HORAS.
ENOXAPARINA 40 MG SC DIA
RANITIDINA POR 50 MG IV CADA 8 HORAS.

Esto muestra las condiciones muy aceptables en el postoperatorio inmediato. Con lo anterior, el Magistrado Instructor de Primera Instancia presentó un informe de conclusiones en donde no encontraba merito para iniciar investigación formal en contra de ninguno de los médicos que intervinieron en la atención quirúrgica hospitalaria de la paciente fallecida.

De otro lado, el registro de historia clínica de la atención de urgencias del Hospital de Caldas describe la forma de manejo que se le ofreció a la

paciente en condiciones de paro cardiorrespiratorio, siguiendo todos los protocolos de reanimación avanzada disponibles y aceptados en la mayor parte del mundo civilizado.

Luego de varias consideraciones la sala plena del tribunal no encuentra merito para abrir investigación formal a los médicos que participaron en los procedimientos quirúrgicos previos en la paciente A.I.G.J., por lo cual deciden "PRECLUIR" la investigación.

- EL RECURSO DE REPOSICION Y EN SUBSIDIO DE APELACION

La quejosa fundamenta su inconformidad en los siguientes dos aspectos:

1. No se investigó a todo el cuerpo de profesionales que participó en la atención de la paciente fallecida
2. Particularmente no se investigó al anestesiólogo del procedimiento quirúrgico llevado a cabo en el Instituto del Corazón de Manizales.

El tribunal seccional analizó estos aspectos y los consignó a folios 106, 107 y 108 del cuaderno principal. Allí expresan los magistrados que se analizaron todos los actos médicos de los especialistas intervinientes en el caso de la paciente fallecida, confirmando que se ajustaron a los dictados de la Lex Artis Médica

En lo que hace referencia a la negativa de atención por parte de la institución adscrita a la Nueva EPS, la cual pudo haber sido determinante en el evento final de la vida de la paciente G.J., no hay ninguna prueba de participación de algún médico en concreto, por lo cual no puede haber pronunciamiento de estas instituciones de la llamada "Justicia Médica".

Y respecto del Hospital de Caldas, los médicos atendieron una paciente que se encontraba en paro cardiorrespiratorio por espacio de varios minutos. Aun así, aplicaron las guías de manejo relacionadas con el evento, con resultados esperadamente negativos.

Luego de lo anterior concedieron el recurso de apelación para ante esta superioridad, el cual se resuelve en la siguiente forma:

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

1- RESPECTO A LA INCONFORMIDAD DE LA QUEJOSA: "No se investigó a todo el cuerpo de profesionales que participó en la atención de la paciente fallecida, en particular al anestesiólogo del caso."

A este punto contesta este tribunal que evidentemente SÍ se investigaron a los principales actores en el manejo médico, quirúrgico, anestésico y postoperatorio de la paciente en cuestión. Esta investigación se basó en análisis de historia clínica, declaraciones de personas y profesionales implicados en dicho manejo, así como en los datos de la necropsia médico legal efectuada en el cuerpo de la enferma

Y las conclusiones, razonablemente evaluadas, no dieron ninguna evidencia de falla médica y, muchísimo menos, de trasgresión ética en la conducta de los médicos investigados de manera preliminar

Adicionalmente, el procedimiento quirúrgico y su homologo anestésico fueron efectuados con tal acierto, que la enferma se recuperó rápidamente después de los mismos, tanto en el hospital como en su casa de habitación Ahora, si la quejosa piensa que la función de estos tribunales de ética es la de buscar culpables a toda costa y de manera oficiosa, transformándose de jueces disciplinarios en inquisidores medievales, nos permitimos informarle que no es nuestra obligación legal, ni disciplinaria, ni ética, ni profesional, ni humana

Jamás nos ha cohibido el hecho de condenar cuando es necesario a quien viola los principios de la ética y las normas contenidas en nuestros códigos que ahora son leyes de la Republica.

Pero este caso ni se aproxima a ese tipo de violaciones legales, ni el desenlace de la paciente se debe a errores de manejo en los procedimientos que se encontraban indicados, sustentados, consultados, consentidos y efectuados por profesionales de altas calidades científicas y humanas, quienes fueron evaluados de manera imparcial, neutral y absolutamente fría.

En toda actuación médica se pone de presente que la mayoría de las formas de manejo implican siempre algún tipo de riesgo y este se advierte

al paciente y su familia en los encuentros programados para la firma del consentimiento informado.

De otro lado, los resultados de necropsia no evidencian ninguna falla técnica de tipo humano que pudo haber sido la causa de complicación y muerte en esta paciente. Adicionalmente no hay relación de causalidad entre el acto operatorio y anestésico con el evento que llevó a la paciente a la muerte, pues en el momento de ocurrencia de la complicación principal (posible broncoaspiración secundaria a vomito), se hallaba en el interior de un taxi y bajo el cuidado de su familia.

Por ultimo, los elementos de análisis apuntan a una de dos causas de muerte: broncoaspiración de material gástrico y/o posible embolia pulmonar aguda, ambos previstos y prevenibles con las medidas farmacológicas aplicadas a la paciente, pero en ningún momento controlables de manera absoluta, pues son eventos que se presentan en cualquier paciente hospitalizado, a pesar de la aplicación de los fármacos y medidas administrados: en este caso, heparinas de bajo peso molecular, deambulación temprana y bloqueadores de receptores de acidez gástrica.

La medicina y la cirugía son obligaciones, en su mayor parte, de medio y no de resultado. Y quien insista en garantizar resultados en un cuerpo biológico sobre cuyas alteraciones siempre mediará el azar, es un imperdonable imprudente o simplemente un atrevido ignorante.

Haciendo un parangón entre la medicina y el derecho, cuyos procedimientos son de medio y no de resultado en la gran mayoría de los casos, en el gremio jurídico garantizar un resultado procesal es una falta tipificada y castigada por los códigos de estos profesionales y colegas de una profesión considerada de tipo liberal. (Ley 1123 de 2007).

Los médicos actuamos dentro de parámetros de prudencia, diligencia y pericia, para honrar el principio de confianza social, el deber de cuidado profesional y la posición de garante sobre nuestros pacientes. Y a pesar de esto se presentan y se seguirán presentando complicaciones de todo tipo, pues el cuerpo humano es también sujeto de la matemática caótica, debido a la presencia del azar en sus respuestas a cualquier agresión, incluyendo la quirúrgica.

Para finalizar: a quién más pretende la quejosa que se investigue? Porque el cirujano y el anestesiólogo fueron debidamente evaluados en sus actos con base principal en los documentos de registro de la historia clínica y, en particular, de la descripción quirúrgica, que da cuenta de lo ocurrido durante el procedimiento operatorio y, luego, en las notas de evolución clínica, donde no se evidencia error profesional de ningún tipo.

O desea quizás que se inculpe a todo el cuerpo médico de la institución Nueva EPS, cuando ni siquiera un solo médico fue llamado a atender este caso? Porque si la fuente de acusación radica en la indebida atención por parte de la institución, las entidades llamadas a evaluar y juzgar estos aspectos no son los tribunales ético disciplinarios éticos.

Y muchísimo menos a los médicos del Hospital de Caldas, donde la paciente llegó en paro cardiorrespiratorio y sin signos vitales, a pesar de lo cual intentaron arrebatarla a su muerte por todos los medios disponibles para tales efectos, aun sabiendo que el porcentaje de éxito iba a ser bajísimo.

2- RESPECTO A LA APELACION EN CASO DE PRECLUSION DEL PROCESO DISCIPLINARIO

Aquí se debe hacer una precisión de tipo técnico procesal: la diferencia entre PROVIDENCIA INHIBITORIA, PRECLUSION DEL PROCESO y ARCHIVO DE LAS DILIGENCIAS.

Debido a la confusión que se ha presentado en nuestros tribunales, debemos hacer una consideración que podría ser de tipo puramente semántico, pero que encierra implicaciones mucho mas graves.

A- LA INVESTIGACION PRELIMINAR

En lo que a este punto respecta, es necesario consignar el brillante análisis efectuado por la Doctora Gladys León, doctora en Derecho y Bioética, Secretaria Abogada del Tribunal Seccional de Ética Médica de Cundinamarca.

"…Naturaleza de la Indagación Preliminar
No toda queja necesariamente origina una actuación disciplinaria.
Si hay un autor conocido y existen motivos para investigar la posible co-

misión de una falta disciplinaria, lo procedente es abrir la correspondiente investigación y, dentro de la misma, practicar pruebas para lograr la determinación de todos los elementos necesarios para definir la responsabilidad disciplinaria. Si por el contrario, se tiene certeza de que el hecho no constituye falta disciplinaria o que la conducta no ha existido, que es atípica, o que la acción disciplinaria no puede iniciarse o que está demostrada una causal de ausencia de responsabilidad, el Tribunal debe abstenerse de abrir un proceso ético disciplinario mediante una decisión inhibitoria, ordenando el archivo de las diligencias porque no se encuentra mérito para abrir investigación. Pero habrá casos intermedios en los cuales procede la indagación preliminar.

La Indagación preliminar es un instrumento procesal muy útil en el proceso ético disciplinario que debe ser utilizado en los siguientes casos:

a.- Con el fin de individualizar e identificar el autor de una posible falta disciplinaria.
b. Cuando exista duda sobre la procedencia de la apertura del proceso, por cuanto se requiere determinar, con antelación al auto de aceptación de la denuncia (Art. 75 ley 23 de 1981) si el hecho acusado existió, si es constitutivo de falta disciplinaria, y las circunstancias en que la conducta se desarrolló.
c. Así mismo se utiliza esta figura para determinar en caso de duda la calidad de médico del acusado, atendiendo al factor subjetivo de competencia de los Tribunales.

No se trata de un requisito de procedibilidad y por lo tanto no es una etapa obligatoria del proceso.

La Sentencia C-430/97 Corte Constitucional Expediente D-1596 con ponencia del Magistrado Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL, sobre la naturaleza de la indagación preliminar señala:

La indagación preliminar disciplinaria es de carácter eventual y previa a la etapa de investigación, pues sólo tiene lugar cuando no se cuenta con suficientes elementos de juicio y, por lo tanto, existe duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria; por consiguiente dicha indagación tiende a verificar, o por lo menos establecer con cierta aproximación, la ocurrencia de la conducta, si ella es constitutiva o no de falta disciplinaria y la individualización o la identidad de su autor.

Es decir que la indagación preliminar no hace parte de todos los procesos éticos disciplinarios y tiene objetivos claramente definidos.

La aplicación analógica de la indagación preliminar.

En congruencia con los principios generales del derecho la aplicación analógica procede cuando las normas no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón.
La Ley 23 de 1981 no contempla expresamente esta figura procesal como si lo hacen el Código Disciplinario Único, Ley 734 de febrero 5 de 2002 en su artículo 150 y la Ley 911 de 2004 que regula los procesos deontológico disciplinarios, para el ejercicio de la profesión de enfermería en Colombia en sus artículos 46 y47 .

Dispone la Ley 23 de 1981: En lo no previsto en la presente Ley, se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal.

No obstante que en la Sentencia No. C-259/95 la Corte Constitucional estimó que la remisión que hace el artículo 82 de la Ley 23 de 1981 a las normas del Código de Procedimiento Penal, "en nada quebranta el artículo 29 de la Constitución Política y que al contrario, este precepto, conduce a que toda actuación del Tribunal de Ética Médica esté sometida a la observancia del debido proceso, garantizando de esa manera los derechos del profesional acusado dentro del proceso disciplinario", al expedirse la Ley 906 de 2004 ,el panorama jurídico cambia totalmente y es el momento de determinar sobre el modo de aplicar la norma, en congruencia con el proceso descrito por la Ley 23 de 1981, por cuanto el proceso penal de tipo acusatorio que introduce esta ley con las modificaciones de la Ley 1142 de 2007, no es compatible en todas sus partes, con nuestro actual proceso; aunque es claro que la fase de indagación de investigación preliminar es compatible con nuestro procedimiento, desde el punto de vista de la finalidad buscada en el procedimiento penal, como es la comprobación de si los hechos denunciados y sus circunstancias revisten las características de un delito desde la perspectiva de la tipicidad objetiva de la conducta. Si procede la acción penal y la identificación e individualización de los autores o partícipes de la conducta investigada a partir del recaudo de elementos probatorios.

El termino de duración de la indagación preliminar.

La indagación preliminar no puede tener un término indefinido.

La Corte constitucional en Sentencia C-036/03 que declaró inexequible el termino indefinido que se señalaba para la indagación preliminar regulada por el código Disciplinario único, cuando existía duda sobre la identificación o individualización por el autor presunto de una falta disciplinaria, preciso:

"la garantía constitucional del debido proceso exige que exista un término definido y preciso que ponga fin a la indagación preliminar y luego a la etapa de investigación disciplinaria"

En otras jurisprudencias constitucionales se ha establecido que la indefinición temporal de la actuación preliminar afectaba gravemente el derecho al debido proceso del indiciado.

De esta manera la investigación o indagación preliminar tiene un término definido y al vencimiento del mismo deberá dictarse auto inhibitorio, si no se han reunido los requisitos para iniciar el proceso ético disciplinario, o en caso contrario, auto de apertura de proceso.

Respecto de la duración de la indagación preliminar, en materia penal, se inicia con la noticia criminis recibida por la fiscalía y termina cuando este ente procede a formular imputación en presencia del juez de control de garantías, o se archivan las diligencias, o se solicita la preclusión de la investigación.

En un principio, la Ley 906 de 2004 no determino el plazo para que la Fiscalía adelantara la indagación preliminar, lo que llevo a la jurisprudencia constitucional a colegir que su límite temporal era el de la prescripción de la acción penal. Este problema culmina con la expedición de la Ley 1453 de 2011 que en el parágrafo de su articulo 49 reformo el artículo 175 de la Ley 906 de 2004, en la parte que atañe al tema que nos ocupa así:

"….PARÁGRAFO. La Fiscalía tendrá un término máximo de dos años contados a partir de la recepción de la noticia criminis para formular imputación u ordenar motivadamente el archivo de la indagación. Este término máximo será de tres años cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados. Cuando se trate de investigaciones

por delitos que sean de competencia de los jueces penales del circuito especializado el término máximo será de cinco años".

En el código disciplinario único se establece que La indagación preliminar tiene una duración máxima de seis (6) meses, pero que cuando se trate de violación a los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario, podrá extenderse a otros seis meses.

Por su parte la Ley 911 de 2004 que regula el proceso deontológico disciplinario profesional de enfermería, señala en el Artículo 47que la averiguación preliminar se realizará en el término máximo de dos (2)meses, vencidos los cuales se dictará resolución de apertura de investigación formal o resolución inhibitoria y que cuando no haya sido posible identificar al profesional de enfermería, autor de la presunta falta, la investigación preliminar continuará hasta que se obtenga dicha identidad, sin que supere el término de prescripción.

Derechos de imputado durante la indagación Preliminar.

Es un deber de los Tribunales garantizar el debido proceso y el derecho de defensa ciñendo sus actuaciones a la más rigurosa imparcialidad y cumplimiento de los principios que informan el arte de juzgar.

De esta manera no cabe la menor duda sobre la obligación de comunicarle, (una vez que se encuentre individualizado) al sujeto de investigación, la existencia de una indagación preliminar con el fin de que ejerza su derecho de defensa, pudiendo controvertir las pruebas que se alleguen en su contra y solicitar la práctica de pruebas dentro de las cuales se encuentra la versión libre que deberá ser recibida por el magistrado que adelanta la indagación preliminar. Bastante ilustrativas sobre el tema resultan las sentencias C-175/01 C-555/01 de la Corte Constitucional.

Tal y como lo planteaba el Dr. Edgar Saavedra Rojas en demanda conjunta de inconstitucionalidad sobre los artículos 237 (parcial), 242 (parcial), 243, 244 (parcial) y 245 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, que dio origen a la sentencia C-025/09, el efectivo ejercicio del derecho de defensa "Puede activarse antes de que se adquiera la calidad de imputado, ya que desde una perspectiva interpretativa incluyente no puede existir una limitante temporal para la materialización del derecho

a la defensa, como quiera que es una prerrogativa general y universal que surge a partir del momento mismo en que se tiene conocimiento que cursa un proceso en contra de una persona y sólo culmina cuando finalice dicho proceso."

Tal y como lo dijo la corte constitucional en la precitada sentencia refiriéndose al derecho a la defensa y a la Garantía del debido proceso "La posición de la Corte ha sido unívoca, consistente y sólida, en el sentido de sostener que, a luz de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos, no pueden consagrarse excepciones al ejercicio del derecho de defensa, esto es, no puede edificarse sobre él restricción alguna, de manera que debe entenderse que la defensa se extiende, sin distingo ninguno, a toda la actuación penal, incluida por supuesto la etapa preprocesal, conocida como investigación previa, indagación preliminar o simplemente indagación". …"
Hasta aquí el análisis de la doctora Gladys León

B- EL PRIMER ARCHIVO DE PROCESO O ANTIGUA PROVIDENCIA INHIBITORIA

En este punto el Tribunal Nacional se ha pronunciado en la siguiente forma:

LA INAPELABILIDAD DEL ARCHIVO DEL PROCESO

En Sala Plena de la sesión 1215 de 18 de marzo de 2014, analizando el Proceso 2222-13 Tribunal de Ética Médica de Antioquia, con ponencia del Magistrado Dr. Francisco Pardo Vargas (Providencia No.25-2014) se determinó lo siguiente:

"..Esta Superioridad concuerda con los considerandos que tuvo el Tribunal Seccional para decretar el Archivo de la investigación y por ello considera improcedente repetirlos. Pero estima necesario hacer algunas precisiones sobre la figura del Archivo que al parecer no han sido suficientemente asimiladas según se ha podido comprobar por la frecuencia con que llegan a esta instancia casos en los cuales se han tomado decisiones que no concuerdan con las disposiciones legales vigentes. Es precisamente lo que se observa en el punto segundo de la resolución de Sala del Tribunal Seccional del 5 de febrero de 2.014 en la cual se invoca lo dispuesto en la Ley 600 de 2.000 que hacía referencia a la interposición de recursos y fue

sustituida por la Ley 906 de 2.004 que estableció la figura del Archivo contra la cual no procede ningún Recurso, según el texto de su artículo 79 que reza así: "ARTÍCULO 79 Archivo de las diligencias. Cuando la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indique su posible inexistencia como tal, dispondrá el Archivo de la actuación.

Sin embargo si surgieren nuevos elementos probatorios la indagación se reanudará mientras no se haya extinguido la acción penal"
En el caso presente se evidencia que no han surgido nuevos elementos probatorios que justifiquen la reapertura del proceso y por lo tanto no han debido concederse los recursos aceptados por el Tribunal Seccional.

C- LA NECESARIA DISTINCION ENTRE PROVIDENCIA INHIBITORIA (DENOMINADA POR NOSOTROS COMO PRIMER ARCHIVO DEL PROCESO)

En el presente caso, la decisión del Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas es de tipo inhibitorio y no preclutorio, pues se efectúo una investigación preliminar y no una investigación formal. En el primer caso se denomina inhibitoria y en el segundo se denominaría preclutoria.

En el mismo sentido se había sostenido:

EN CUANTO AL RECURSO DE APELACIÓN COMO SUBSIDIARIO
Providencia 21-02 del l0 de septiembre de 2002. TNEM…"
El Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle resuelve no reponer ni conceder la apelación.

Con similares consideraciones se había resuelto:

"Por otro lado, ha sostenido este Tribunal Nacional reiteradamente que la providencia por la cual se formula pliego de cargos no es susceptible de recurso de apelación, pues tal recurso iría en contra de la letra y del espíritu de la Ley 23 de 1981 en su artículo 80, cuyo literal b reza:

"b) Declarar que existe mérito para formular cargos por violación de la ética médica, caso en el cual, por escrito, se le hará saber así al profesio-

nal inculpado, señalando claramente los actos que se le imputan y fijando fecha y hora para que el Tribunal en pleno lo escuche en diligencia de descargos."

El parágrafo del mismo artículo fija los plazos perentorios dentro de los cuales debe producirse dicha diligencia de descargos, plazos cuya estrechez no fue evidentemente concebida para acomodar la tramitación de recurso alguno; pero si ello fuera poco, es evidente y así se ha sostenido en numerosas providencias anteriores, que la sustentación de una apelación obligaría en ese caso a la defensa a argumentar detalladamente contra los cargos enunciados en el pliego, de manera que se haría inútil una diligencia posterior para presentar esos mismos argumentos o descargos y ante ellos, el tribunal de segunda instancia quedaría en la absurda disyuntiva de tener que aceptar los argumentos, con lo que estaría absolviendo antes de completar el debido proceso, o por el contrario, rechazarlos y configurar con tal rechazo un prejuzgamiento que sería impedimento mayor para desatar cualquier recurso en las etapas subsiguientes del proceso. La sana lógica indica, entonces, que se debe respetar la formalidad establecida en la Ley 23 de 1981 y su decreto reglamentario, procediendo a presentar ante la sala plena del tribunal de primera instancia los descargos relativos a los artículos por los cuales se haya planteado el pliego de cargos, en el caso que se analiza, el artículo 9 de la Ley 23 de 1981..".

LAS FORMAS DE FINALIZAR LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN: PLIEGO DE CARGOS O PRECLUSION DE LA INVESTIGACION

El tribunal Nacional de Ética Médica ha expresado en repetida jurisprudencia:

" En efecto, si leemos detenidamente el artículo 80, literal b), de la ley 23 de 1981, nos percataremos que al enterar por escrito al profesional inculpado de los actos que se le imputan se le señalará fecha y hora para que el Tribunal en pleno lo escuche en diligencia de descargos ".
" Esta norma es incompatible con cualquier recurso, pues su trámite haría inoficioso tal señalamiento.
" Además, el implicado al sustentar los recursos, de una vez está respondiendo los cargos, con lo que se desconocerá la letra y el espíritu de la norma citada que quiere que los descargos sean rendidos ante el Tribunal en pleno.

“ Si los recursos no le prosperan, y por tanto se confirman los cargos, la diligencia de descargos se volverá inoficiosa, pues el acusado se limitará a repetir los argumentos que ya le fueron rechazados al decidirle los recursos.

“ Al concederle recursos al pliego de cargos, quien los decide está prejuzgando, pues si los confirma y, por lo mismo, hace un gran esfuerzo dialéctico para ese efecto, le va a quedar muy difícil proferir posteriormente una decisión absolutoria”.

“ Esta afirmación aparece particularmente válida con relación al Tribunal de segunda instancia, pues si confirma los cargos prácticamente está condenado anticipadamente, pues el inferior, salvo que aparezcan pruebas contundentes en la etapa de juzgamiento, quedará atado por el criterio del superior y éste a su vez en el fallo definitivo se limitará a repetir los argumentos con los cuales confirmó tal proveído de cargos ”.-

“ Uno de los criterios buscados por el Constituyente de 1991, al establecer la Fiscalía General de la Nación, fue el de consagrar el sistema acusatorio, separando claramente las funciones acusatoria y decisoria, es decir, que quien formula el pliego de cargos no sea el mismo que juzga y decide, para evitar que en una misma persona o entidad se confundan las calidades de juez y de parte acusadora ”.

“ Esta confusión solo se presenta en el llamado sistema inquisitivo, hoy superado por la mayoría de las legislaciones del mundo. En nuestro país solo subsiste para el juzgamiento de los parlamentarios ante la Corte Suprema de Justicia (art. 235-3 de la Constitución Nacional) ”

“ Desde luego que la justicia ético-disciplinaria está aún lejos de este ideal, pero por lo menos en tratándose del Tribunal Nacional o Tribunal de Segunda Instancia, es preciso quitarle la facultad, que la costumbre y no la ley le atribuyó, de decidir sobre el pliego de cargos, pues, reiteramos, será acusador y juez y, por lo mismo, perderá la imparcialidad necesaria para juzgar, cuando se apela el fallo definitivo”

“ Todo ser humano tiene derecho a ser juzgado con absoluta imparcialidad, la que solo se logra cuando quien adelanta la investigación y formula los cargos no es el mismo que juzga y decide. Y aunque tal principio aún no lo podemos aplicar con relación a los tribunales seccionales, si es posible con relación al Tribunal Nacional, máxime si se tiene en cuenta que de la propia letra del artículo 80 se deduce que el legislador no quiso darle recursos al tan mentado pliego ”

“ A lo anterior debemos agregar, que en los sistemas procesales modernos, la acusación, como la defensa, son atribuciones de la parte, en tanto que la

decisión es potestativa del juez. Dentro de la lógica del proceso lo único que puede ser recurrible, como es obvio, son las decisiones judiciales. Por lo mismo, si la acusación es facultad de la parte no debe ser recurrible, pues resulta un contrasentido el que existan acusadores de primera y de segunda instancia.-

" Además, en los procedimientos disciplinarios no se ha consagrado el recurso de alzada para el pliego de cargos y para corroborarlo nos permitimos citar los siguientes estatutos : " Decreto 250 de 1970 " por el cual se expide el estatuto de la Carrera Judicial y del Ministerio Público", artículos 92, 115 y subsiguientes; Decreto 196 de 1971 " por el cual se dicta el estatuto de la abogacía ", en donde ni siquiera existe resolución acusatoria, sino que se corre traslado es de la denuncia y de los documentos que la acompañan, por el término de 10 días (art. 74); Decreto 1660 de 1978 " por el cual se reglamentan parcialmente las leyes 15 y 20 de 1972, los Decretos 250 y 762 de 1970, 546 de 1971 y 717 de 1978, y otras disposiciones sobre administración del personal de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de las Direcciones de Instrucción Criminal ", artículo 180; y Decreto 1888 de 1989 " por el cual se modifica el régimen disciplinario de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, artículos 37 y siguientes.

Esta jurisprudencia ha sido reiterada posteriormente en varias decisiones como la que se produjo el 4 de septiembre de 1995.- Si no se han producido desde aquella época cambios constitucionales ni legislativos que hagan cambiar el criterio de la Corporación, necesario es concluir que se ha de mantener la jurisprudencia de manera inalterable, y todavía con mayor razón, cuando las consideraciones que allí se hacen son precisamente a favor de los intereses del acusado, para efectos de garantizarle una mayor imparcialidad de la segunda instancia y para efectos de tutelar de manera efectiva su derecho a la defensa.-

En resumen, el pliego de cargos, en el proceso ético disciplinario, es inapelable. De igual manera aplica para la preclusión de la investigación.

Las facultades procesales del quejoso.

En el sistema procesal de la ley 600, el quejoso solo podía interponer el recurso de apelación contra el auto inhibitorio, porque cuando se abría formalmente proceso, el denunciante al no ser sujeto procesal le estaba vedada su participación dentro del proceso y por tanto no podía interponer recursos en el transcurso del mismo.

Hoy la situación es diversa, porque en el sistema procesal acusatorio, Ley 906 de 2004 la víctima tiene derecho de participación en el proceso.

Así se dispone:

ARTÍCULO 11. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS. El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia, en los términos establecidos en este código.

En desarrollo de lo anterior, las víctimas tendrán derecho:

a) A recibir, durante todo el procedimiento, un trato humano y digno;
b) A la protección de su intimidad, a la garantía de su seguridad, y a la de sus familiares y testigos a favor;
c) A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código;
D) a ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas;
E) a recibir desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en este código, información pertinente para la protección de sus intereses y a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del injusto del cual han sido víctimas;
F) a que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto;
G) a ser informadas sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal; a acudir, en lo pertinente, ante el juez de control de garantías, y a interponer los recursos ante el juez de conocimiento, cuando a ello hubiere lugar;
h) <Aparte tachado INEXEQUIBLE> A ser asistidas durante el juicio y el incidente de reparación integral, si el interés de la justicia lo exigiere, por un abogado que podrá ser designado de oficio;
i) A recibir asistencia integral para su recuperación en los términos que señale la ley;
j) A ser asistidas gratuitamente por un traductor o intérprete en el evento de no conocer el idioma oficial, o de no poder percibir el lenguaje por los órganos de los sentidos. (Lo destacado no lo es en el texto).
En las circunstancias precedentes, habría de concluirse el derecho de las víctimas de interponer recursos y entre ellos, por ejemplo, el de apelar el auto de preclusión en el momento de la calificación del mérito de la investigación.

Un conflicto de derechos y su solución.
En las circunstancias normativas precedentes estamos en presencia de un conflicto de derechos, de un lado, el de garantizar el principio del juez

natural y de manera concreta la imparcialidad judicial y de otro lado, el velar por la preservación de las dos instancias en relación con el auto que califica el mérito del sumario.

Frente este conflicto, la Sala se inclina por la preservación de la imparcialidad por ser un principio de rango constitucional (imparcialidad, juez natural, debido proceso) y de otro lado, el principio de las dos instancias para los autos interlocutorios. Ya se había anticipado que el principio Constitucional de las dos instancias es únicamente para las sentencias, razón por la cual se había concluido que la concesión de la apelación para los autos interlocutorios quedaba dentro del amplio margen de libertad en la conformación legislativa que tiene el Congreso de la República. En tales circunstancias, ante dos principios que entran en aparente conflicto habrá de darse primacía al de orden superior, esto es al principio constitucional, que en este caso no es otro que el de la imparcialidad judicial.

Es por las razones precedentes, que pese al cambio de la normatividad procesal, la Corporación decide reiterar su vieja jurisprudencia, según la cual, para efectos de consagrar y garantizar la imparcialidad judicial, el auto de calificación – pliego de cargos o preclusión -, no tiene apelación…"

D- UTILIDAD DE LA APELACION DE DECISION INHIBITORIA(O PRIMER ARCHIVO DE INVESTIGACION) Y SU DIFERENCIACION DE LA VERDADERA PRECLUSION (O SEGUNDO ARCHIVO DE INVESTIGACIÓN

Para este tribunal es claro que la apelación de la providencia inhibitoria, o primer archivo posible de investigación, es útil para detener errores procesales en los actos iniciales de la primera instancia.

Ofrecemos dos lamentables ejemplos de este tipo de errores en las siguientes providencia de esta superioridad.

En el proceso 719 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Norte de Santander, se expresó:

"…En este caso especifico no queda esta superioridad satisfecha con lo que el tribunal de primera instancia concluye como finalizado con la investigación preliminar

En donde están elementos probatorios de peso como la versión libre y espontánea del médico inculpado? En donde se encuentra tan siquiera la opinión de un experto en el tema de trauma ocular que certifique que las guías de manejo fueron respetadas (sin que esto obviamente sea un camisa de fuerza para la actuación médica). En fin, no le queda a este tribunal de segunda instancia la solidez en el raciocinio del Tribunal Seccional.

Por lo tanto, en uso y necesaria aplicación de la racionalidad de las providencia y sin tomar una posición especifica respecto a la actuación del médico encartado, considera el TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA que la decisión del TRIBUNAL SECCIONAL DE ÉTICA MÉDICA DE NORTE DE SANTANDER no se encuentra suficientemente sustanciada y por lo tanto deberá revocar la providencia inhibitoria, para que se continúe con la etapa de investigación formal, basada en la ratificación de la queja, la versión libre del médico encartado y la opinión de expertos en el tema del manejo de trauma ocular.

En este caso, se resolvió: Revocar la decisión de archivo de las diligencias (o providencia inhibitoria) y en su lugar ordenó la apertura de una investigación formal que aclare los hechos que permitan llegar a decisiones sustentadas en pruebas de todo tipo.

- En otro proceso del Tribunal Seccional de Ética Médica de Norte de Santander. ejemplo de inhibitoria con lamentable decisión de archivo.

"El Juez acquo, en providencia de 24 de septiembre de 2013, luego de un análisis no basado en las pruebas testimoniales solicitadas, sino solamente en las notas de historia clínica, decidió que "…los médicos que atendieron a la paciente S.J.J. en las diversas fases de la enfermedad actuaron con beneficencia, aportando sus conocimientos, para superar las dolencias que la aquejaban…"
Además efectúan afirmaciones tan sorprendentes como : "…las complicaciones que puedan surgir en cualquier evento médico no pueden ser reprochadas éticamente…"
Concluye además, sin haber siquiera oído las versiones de los médicos acusados, que su actuación fue correcta. Habla asimismo de "autonomía responsable", de seguimiento de la Lex Artis y expresa que el Tribunal no puede establecer reproches en el actuar de los médicos implicados.

Además dice en el folio 36 que el tribunal seccional ordeno oír en declaración a los tres médicos ya mencionados y que "analizadas estas, se desprendieron las motivaciones con certeza que informan esta resolución y el actuar de los profesionales, haciéndose innecesario la practica de tales pruebas".
Decidió, en fin, archivar las diligencias del caso.

Ante los recursos presentados negó la reposición y concedió la apelación por ante esta superioridad.

En esa providencia se dijo:

"Para conservar la objetividad que debe mantener el juez a cualquier nivel, no procedemos a analizar las actuaciones médicas, pues no deseamos caer en ninguna forma de prejuicio.

Lo que sí es INACEPTABLE, es que habiendo solicitado expresamente la quejosa que se investigara una actuación especifica de dos médicos que se encontraban equivocados en el diagnostico de la enfermedad maligna y habiéndose decretado las pruebas testimoniales respecto de los mismos, el Tribunal Seccional de Ética Médica del Norte de Santander NO PRACTICO LAS PRUEBAS y además, únicamente con las notas de historia clínica, efectuó una elucubración sobre el actuar de los médicos, concluyendo que sus actos se ajustaban a la Lex Artis y a la practica de un correcto ejercicio médico.

Con los elementos de juicio procesales y probatorios de los cuales se dispone en el presente caso NO ES POSIBLE CONSTRUIR UNA IDEA CLARA RESPECTO DE LO OCURRIDO EN LA ATENCION INICIAL DE LA ENFERMA S.J.S. La actuación procesal fue, por decir lo menos, laxa y no soportada en pruebas mínimas esenciales…"

Por lo anterior, no considera este TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA que pueda emitirse un concepto adecuado respecto de la actuación de los médicos implicados. Respecto de la curiosa afirmación del tribunal seccional cuando determina que "…las complicaciones que puedan surgir en cualquier evento médico no pueden ser reprochadas éticamente…", este concepto se rechaza con enérgica autoridad, debido a que constituye una afirmación gratuita desde el punto de vista ético disciplinario

y jurídico médico, pues de entrada afirma que ninguna actuación médica en la que aparezcan complicaciones de cualquier tipo, podría ser juzgada éticamente. Para qué se crearon entonces los tribunales de ética médica del país? O es que las complicaciones jamás surgen de conductas inadecuadas por parte de los médicos en cualquier parte del mundo?

En este caso se revocó la decisión de primera instancia y se ordenó llevar a cabo una investigación mucho más adecuada y completa, practicando por lo menos las pruebas testimoniales que el mismo Tribunal Seccional ordenó.

Por todo lo anterior en mente, el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de las facultades que le confiere la Ley

RESUELVE:

Artículo Primero - Confirmar, como en efecto confirma, la decisión del TRIBUNAL SECCIONAL DE ÉTICA MÉDICA DE CALDAS, mediante la cual declaró el archivo de la queja, contra el doctor G.O.E., identificado con la cédula de ciudadanía … de ..... y Registro Médico número …. de .....**Artículo Segundo** - Contra la presente providencia no procede recurso alguno.**Artículo Tercero** - Devolver el expediente al tribunal de origen para su archivo. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ, Magistrado -Presidente; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado Ponente; GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado, EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico, MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaría.

Bogotá Diciembre once (11) del año dos mil doce (2012)

SALA PLENA SESIÓN No. 1159 DEL ONCE (11) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL DOCE (2012)

REF: Proceso No. 777 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas
Contra: Doctor C.A.C.Q.
Denunciante: Señor R.H.T.
Asunto: Sancion superior a seis meses

Providencia No. 103-2012
Magistrado ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora

VISTOS

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas en providencia de 9 de octubre de 2012, decidió sancionar al doctor C.A.C.Q. , identificado con cedula de ciudadanía número … de …, con SUSPENSION MAYOR DE SEIS MESES EN EL EJERCICIO PROFESIONAL, por los hechos descritos en el proceso, el cual fue enviado a esta superioridad el 10 de octubre de 2012 y se recibieron el 6 de noviembre del mismo año. Puesto para reparto correspondió por sorteo al Magistrado FERNANDO GUZMAN MORA, quien procede a resolver el recurso con base en los siguientes:

HECHOS

Por denuncia efectuada por el señor R.H.T. de 21 años de edad, cc …, se conoce su versión de los hechos que tuvieron efecto el 19 de junio de 2010, cuando el médico C.A.C.Q. le atendió medicamente. De acuerdo con su denuncia expresa:

"…el 19 de junio de 2010 consulte a urgencias del Hospital San Marcos por presentar una gripa muy fuerte. Me atendió el doctor C.A.C.Q.. El procedimiento fue normal, pero me llamo la atención que me pidiera bajarme los pantalones y calzoncillos para revisarme la zona de la ingle. Al notar un

problema, al parecer un hidrocele, examino con cuidado el pene, los testículos y la zona entre estos y el ano yo estando boca arriba, boca abajo y de pie. Terminó la consulta. Me pusieron suero y espere a que salieran los resultados de los exámenes. Fui llamado cuando estuvieron los resultados. El doctor me dio su diagnostico, recetó medicamentos y una enfermera me inyectó. Ella salió y el doctor cerro la puerta. Me pidió que me acostara de nuevo en la camilla y bajara mis pantalones por segunda vez. Me dijo que abriera las piernas y reviso éntrelos testículos y el ano. Me dijo que iba a hacer un tacto rectal al que yo accedí por su afirmación que podía tener un problema en la próstata derivado del hidrocele. No se si el procedimiento táctil fue normal: el doctor C.... toco alrededor y después se enfocó en un punto muy sensible que el denominó Punto G de los hombres en varias oportunidades mientras me preguntaba como me sentía. Yo no estaba nada cómodo y terminó el tacto. Bromeo en cuanto a lo pequeño que era su dedo comparado con un pene y que este entraba cómodamente por el ano. Una vez más me hizo pararme y me reviso los testículos y el pene. Me pidió que tuviera una erección a lo que respondí que no creía que eso fuera posible en ese momento. Pregunto si yo veía otros testículos, respondí que no. Volvió a preguntar algo asombrado que si en serio no había visto los testículos de otros hombres, respondí que no. Entonces me dijo que me iba a mostrar sus testículos para que tuviera un punto de comparación. Acepte muy incomodo, haciéndolo evidente para que se detuviera, pero continuó poniéndole seguro a la puerta. Para asombro y molestia mía, al descubrir sus genitales el estaba erecto y me invito repetidamente a que tocara sus testículos, a lo que por supuesto me rehusé….durante unos cuantos segundos fijó una mórbida mirada en mis ojos y al ver que yo estaba muy incomodo y que miraba continuamente mi ropa, puesta detrás suyo en una silla, me invitó a que me vistiera. Busque terminar la consulta preguntándole por mi situación. Esta vez se mostró parco, de pocas palabras. Me pidió que regresara el lunes 21 en la noche para una mejor revisión y por una orden para Coomeva. Fui dado de alta y Salí del hospital…”

La denuncia de estos hechos a las autoridades de la institución hospitalaria motivaron reuniones entre los directivos, la presunta víctima, su padre y el médico C..... quien luego de la segunda de dichas reuniones fue desvinculado de la institución y denunciado ante el Tribunal Seccional de Ética Medica de Caldas.

En las declaraciones de la reunión hospitalaria, admite haberse desnudado ante su paciente y lo consideró normal y justificable, porque con ello "pretendo confrontar al paciente de una manera real".

Posteriormente, en la versión injurada afirma que uno de los motivos por los cuales se desnudo frente al paciente fue "…que el viera las diferencias entre un escroto sin alteraciones y otro con alteraciones y segundo que tomara conciencia de las patologías que se podían presentar ya que los hombres parecemos que a nosotros no nos da nada y hasta que las patologías no están bien complicadas no consultamos…"

Una vez analizado el caso se decidió que la sanción a que se hacia acreedor el doctor C.A.C.Q. era la de suspensión en el ejercicio de la medicina por lapso superior a seis meses. Por eso se envió el proceso a este Tribunal Nacional de Ética Medica

En el fallo de fondo afirma el tribunal seccional que el encartado:

- No desvirtúa los cargos imputados, sino que los confirma con sus declaraciones y con el envío de escritos al tribunal seccional acerca de la desnudez.
- No parece tener conciencia de los graves actos por el realizados
- Violo la intimidad del paciente
- Atento gravemente contra su pudor y libertad sexuales

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MEDICA.

Una de las situaciones más delicadas y denigrantes para la profesión médica es la producida cuando un profesional, abusando de su posición de autoridad y dominancia sobre un paciente, resquebraja la confianza del mismo y manipula su cuerpo y su mente para obtener alguna forma de acercamiento sexual con quien se encuentra en franca posición de desventaja frente a su agresor, en este caso un médico infractor.
Porque no solamente se transgrede la barrera de su pudor, sino que se irrumpe en lo más sagrado de una persona: Su intimidad.
Intimidad es la parte interior que solamente cada uno conoce de sí mismo. Es el máximo grado de inmanencia, es decir, aquello que se almacena en el interior. Lo íntimo está protegido por el sentimiento del pudor. Por su

parte, en la expresión de la intimidad se colocan en juego la capacidad de dar y la posibilidad de dialogar con otra intimidad diferente. La capacidad de dar consiste en entregar algo de la intimidad y lograr que otra persona lo reciba como propio. Esta expresión se obtiene a través del lenguaje, el cual puede ser verbal, corporal y expresivo. El hombre necesita expresarse con los demás.

La dignidad humana, dentro de la esfera de lo social, se garantiza en la medida en que se tenga la posibilidad de conservar su privacidad, entendida como aquel fuero interno que sólo puede interesar al ser humano como individuo o dentro de un contexto reducido de personas que en últimas está determinada por el consentimiento de quien es depositario de su existencia.

El diccionario de la Real Academia define intimidad como "zona espiritual, íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia." Esta zona reservada de la persona humana y de la familia la protege en forma clara el artículo citado al prescribir que "Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar.

La vida privada está constituida por aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídos al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por éstos puede molestarla moralmente por afectar su pudor o su recato a menos que esa misma persona asienta a ese conocimiento.

La Corte Constitucional, mediante el fallo T-413-93, sobre el derecho a la intimidad, a propósito de la violación de reserva de la Historia Clínica, manifestó lo siguiente:

"El derecho a la intimidad, inicialmente, se concreta, en la vida social de los individuos, en el derecho a estar solo. Sin importar el lugar en que la persona se encuentre, nadie puede imponerle su compañía y ser testigo de su vida íntima o inmiscuirse en ella; en este ámbito privado, el ser humano ejerce la libertad (artículo 13 de la Constitución) y se hace protagonista de su propio destino, al decidir y realizar libremente el desarrollo de su personalidad, "sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico." (Artículo 16 de la carta)."

En la sentencia T-261 de 1995, la Corte Constitucional expresó:

"Este terreno –se refiere al de la intimidad- no puede ser invadido por los demás miembros de la comunidad a la que se integran la persona o la familia, ni por el Estado. Aún dentro de la familia, cada uno de sus componentes tiene derecho a demandar a los demás el respeto a su identidad y privacidad personal."

Para Olano García la intimidad es: "un derecho que se proyecta en dos dimensiones a saber: Como secreto de la vida privada y libertad. Concebida como secreto, atentan contra ella todas aquellas divulgaciones ilegítimas de hechos propios de la vida privada o familiar o las investigaciones también ilegítimas de hechos propios de la vida privada. Concebida como libertad individual, en cambio, trasciende y se realiza en el derecho de toda persona de tomar por sí sola decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada. Es claro que los atentados contra la intimidad pueden entonces provenir tanto de los particulares como del Estado. Se ha creído necesario proteger la intimidad como una forma de asegurar la paz y tranquilidad que exige el desarrollo físico, intelectual y moral de las personas, vale decir, como un derecho de la personalidad."

Intimidad es, entonces, el ser interior cuyo conocimiento es patrimonio de la persona misma. Es el grado máximo de inmanencia, es decir, lo que se guarda y permanece en el interior.

La intimidad es el santuario de lo humano. Es algo que solamente pertenece a quien lo posee. Esta intimidad puede manifestarse o revelarse ante otros individuos. Es decir, tiene la posibilidad de mostrar a otro algo de lo que la persona lleva en sí misma. Se encuentra fuertemente protegida por el sentimiento de vergüenza o pudor. Este se hace manifiesto cuando la intimidad propia se descubre sin el consentimiento de la persona.

"...la intimidad es... elemento esencial de la personalidad y como tal tiene una conexión inescendible con la dignidad humana. En consecuencia, ontológicamente es parte esencial del ser humano. Sólo puede ser objeto de limitaciones en guarda de un verdadero interés general que responda a los presupuestos establecidos por el artículo 1 de la Constitución. No basta, pues, con la simple y genérica proclamación de su necesidad: es necesario que ella responda a los principios y valores fundamentales de la nueva Constitución entre los cuales, como es sabido, aparece en primer término el respeto a la dignidad humana." (Corte Constitucional, Sentencia T-022 de 1993, M.P. Dr. Ciro Angarita Barón).

Por lo anterior, nada puede ser mas violatorio de la inmanencia humana que la intromisión indebida en la intimidad de la persona. Es invadir lo más interno y sagrado de la persona. La posición del médico que delinque en este sentido, es similar a la de cualquiera en posición de garante que abusa de condición: El confesor que accede sexualmente a los menores de edad; el jefe laboral que acosa sexualmente a sus dependientes, el padre de familia que abusa de su hija; en fin, cualquiera de este grupo de verdaderos sociópatas que pululan en nuestra sociedad.

La LIBERTAD la entendemos en dos sentidos: Cuando lo consideramos atributo de la voluntad del hombre; tiende a significar la facultad de autodeterminación de las personas, la facultad de obrar por sí mismos sin obedecer a un motivo determinante externo. En sentido estricto frente al derecho (es un derecho). Es la facultad de hacer o no hacer algo que está permitido y que desde luego no está prohibido por la ley.

LIBERTAD SEXUAL es la facultad de autodeterminación sexual de las personas, o sea la capacidad, la aptitud de ejercer, de realizar, tener relaciones o actos de índole sexual con la persona elegida para ello.

Desde el punto de vista penal, hay violencia física y violencia moral. Los actos sexuales abusivos hacen referencia a circunstancias biológicas de las personas por ejemplo la edad: menores de 14 años.

Estos delitos siempre son cometidos a título doloso, no pueden ser culposos. Además, pueden concursar con otros hechos punibles. En el concurso ideal de delitos o formal solo se comete un hecho pero se están violando dos tipos penales, por ejemplo: Padre de familia violenta sexualmente a uno de sus hijos, entonces tenemos acceso carnal e inceso.

Existen varias formas de acceso con connotaciones sexuales:

Acceso Carnal Violento: Artículo 205 Código Penal) El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, incurrirá en prisión de 8-15 años. Lo comete cualquier persona, es un sujeto activo indeterminado. Hoy en día, la mujer también lo puede cometer.

Acto Sexual Violento: Artículo 206: El que realice en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal, mediante violencia, incurrirá en prisión

de 3-6 años. No define en sí que es un acto sexual violento, solo dice que son los actos totalmente diferentes al acceso carnal, realizados a través de fuerza física o moral.

Acto Carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir: Artículo 207: El que realice acceso carnal en persona a la cual haya puesto en incapacidad de resistir, o en estado de inconciencia o en condiciones de inferioridad psíquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento incurrirá en prisión de 8-15 años. Aquí no hay actitud volutiva para discernir por sí mismo. Incluye:
Uso de Psicofármacos
Uso de bebidas alucinantes
Uso de bebidas embriagantes
En estado de inconciencia
Condiciones de inferioridad psíquica (No física).

La persona no puede autodeterminarse y comprender lo que es la relación sexual o dar un consentimiento completamente válido.

Debe hacerse una precisión en el sentido de que el acceso carnal es diferente a actos sexuales diversos. ACCESO CARNAL es la intromisión completa o incompleta del asta viril o miembro viril en la vagina o en la cavidad anal.

El DECRETO LEGISLATIVO DE AGOSTO 10 DE 1.994 define cuando hay un acceso carnal violento. “penetración del miembro viril por vía vaginal, oral o anal o de cualquier otra parte del cuerpo o de objetos con fines sexuales”.

Para 1.994 la denominación de violencia carnal o acceso carnal violento; tenía una pena de 2-8 años y los jueces eran muy benevolentes y aplicaban la menor pena . Pero esto dejaba unos traumatismos psicológicos de innarrables consecuencias por lo que se subió a 8-20 años y si era menor de 12 años 20-40 años. Hoy la pena quedó de 8-15 años.

Se recogen otras situaciones que no tenían la connotación de sexual como cavidad oral o anal (felatio in ore) antes se colocaban como actos sexuales, hoy en el acceso carnal.

Se eliminó la frase: “ con fines sexuales” porque ya se volvió un delito de lesiones personales o delito contra la autonomía de las personas.

El decreto fue declarado inconstitucional. No define actos sexuales: pero la doctrina si los define. Son actos de carácter sexual que tienden a satisfacer las apetencias sexuales de una persona y que se realizan sobre el cuerpo de otras personas. (contactos físicos, roces de órganos sexuales, tocamiento de órganos sexuales, palpaciones, apretamiento de los dedos, etc).

Acceso carnal abusivo en menor de 14 años: Artículo 208: El que acceda carnalmente a persona menor de 14 años, incurrirá en prisión de 4-8 años. En este caso el consentimiento es inválido.

Acto sexual con menor de 14 años: Artículo 209: El que realice actos sexuales diversos del acceso carnal, con persona menor de 14 años, o en su presencia, o lo induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de 3 a 5 años.

Acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz: Artículo 210:El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de 4-8 años. Si se realizan actos sexuales diversos del acceso carnal, la pena será de 3-5 años y menor de 14 años.

Circunstancias de agravación punitiva: Artículo 211:Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando:

La conducta se cometiera con el concurso de otra u otras personas.

El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le de particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza.

Se produjere contaminación de enfermedad de transmisión sexual.
Se realizare en persona menor de 12 años.

Se realizare sobre el cónyuge o sobre con quien se cohabite o se haya cohabitado, o con la persona de quien se haya procreado un hijo. Se produjere embarazo.

LA CONDUCTA ÉTICA DEL MÉDICO INFRACTOR

Desde el punto de vista ético, la situación de este profesional infractor es tan grave, que basta mirar un aparte de una sentencia del Tribunal Nacional de Ética Médica en este sentido:

"..Es tan grave la conducta realizada por el médico disciplinado que la misma es constitutiva de infracción a la ley penal, pues ésta reprochable conducta es constitutiva del delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir[1] *y sería el caso de compulsar copias para que los organismos competentes de la Fiscalía determinaran la posibilidad de abrir el correspondiente proceso penal contra el aquí acusado, pero de manera lamentable el tiempo transcurrido, mas de seis años desde la ocurrencia de los hechos, hace imposible esta apertura por la prescripción de la acción penal.*[2]

La relación sexual debe ser la culminación del amor como máxima expresión de solidaridad entre seres humanos de distinto sexo, razón por la cual, toda actividad sexual debe estar regida por los principios de conciencia y libertad de los participantes y toda conducta sexual que vulnere la conciencia o la libertad del otro participante en la relación sexual es digno del máximo reproche, puesto que no solo se afecta su libertad sexual, sino que se vulnera su intimidad y los sentimientos más sagrados que se encuentran relacionados con la práctica sexual.

El médico en la realización del acto médico se encuentra en situación de supremacía sicológica respecto del paciente, quien llega confiado a la espera de un tratamiento científico que lo debe mejorar y es obvio que no espera bajo ninguna circunstancia que abusivamente se aprove-

---

[1] Art 304 Código Penal. Modificado por la ley 360 del 7 de febrero de 1997 art. 6.- Acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.- El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental, o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de tres (3) a (10) años.
Si no se realizare el acceso sino actos sexuales diversos de él, la pena será de dos (2) a cuatro (4) años de prisión.

[2] Art 80 Código Penal.- Término de prescripción de la acción.- La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad pero, en ningún caso, será inferior a cinco (5) años ni excederá de veinte (20). Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes. En los delitos que tengan señalada otra clase de pena, la acción prescribirá en cinco (5) años.

che de un acto tan trascendental y digno para que el galeno de rienda suelta a sus mas bajas pasiones.

Este tipo de conductas afectan gravemente la dignidad de la persona humana en lo más profundo de sus sentimientos, pero igualmente causa grave deterioro a la profesión médica, porque es claro que con éste tipo de actuaciones, la comunidad pierde confianza en sus médicos y la dignidad, seriedad y moralidad de la profesión queda por tierra.

La situación es todavía mas reprochable, cuando el profesional de la medicina aprovechando no solo la confianza que el paciente le ha depositado al someterse a su examen, sino que mal utilizando sus conocimientos médicos, proporciona sustancias químicas para poner en situación de inconsciencia e indefensión a sus víctimas, que no sus pacientes, para dar rienda suelta a sus mas reprochables manifestaciones de la líbido…"

El doctor C.A.C.Q. es un trasgresor de la Ética Médica. Es un sujeto que debemos considerar de alta peligrosidad por la gravedad y convicción de sus acciones aberrantes. Es un ejemplo de lo que no debe ser un médico honesto y decente.

Son suficientes las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de las facultades que le confiere la Ley

RESUELVA

Artículo Primero - Imponer al doctor C.A.C.Q. , identificado con cédula de ciudadanía número …de …, sanción de SUSPENSIÓN EN EL EJERCICIO DE LA MEDICINA por el término de CINCO (05) AÑOS, por violación a los artículos 1, numeral 9, 33 y 34 de la Ley 23 de 1981. **Artículo Segundo** - En contra de esta resolución son procedentes los recursos de reposición para ante el Tribunal Nacional, dentro de los treinta días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la sanción, o el subsidiario de apelación para ante el Ministerio de salud y Protección Social, dentro del mismo término. **Artículo Tercero** - Una vez en firme la presente providencia, comuníquese el contenido de esta decisión al Ministerio de la Protección Social, a los Tribunales de Ética Médica y a la Federación Médica Colombiana para que sea fijada en lugares visibles de conformidad con lo

establecido en el artículo 53 del decreto 3380 de 1981. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. FRANCISCO PARDO VARGAS, Presidente –Magistrado; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado Ponente; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; EFRAÍM OTERO RUÑIZ, Magistrado; LILIAN TORREGROSA ALMONACID, Magistrada; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaría.

Bogotá, Abril veintiuno (21) del año dos mil quince (2015)

SALA PLENA SESIÓN No. 1268 DEL VEINTIUNO (21) DE ABRIL DEL AÑO DOS MIL QUINCE (2015).

REF: Proceso No. 1713 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia
Denunciados: Dres. C.E.M.S., J,L.P.Z., C.A.M. Y C.A.R.C.
Denunciante: Señora L.E.G.T.
Asunto: Recurso de apelación contra negativa a solicitud de prescripción de la acción disciplinaria

Magistrado ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora. MD
Providencia No. 28-2015

VISTOS

Mediante providencia de 23 de abril de 2014, el Tribunal Seccional de Ética Medica de Antioquia decidió archivar la investigación disciplinaria en contra del doctor C.E.M.S..
A su vez, ordenó apertura de investigación en contra de los doctores J,L.P.Z., C.A.M. y C.A.R.C..
Luego de las respectivas notificaciones y de las declaraciones, mediante providencia de 10 de diciembre de 2014, el Tribunal seccional decreta la Preclusión de la investigación en favor de los doctores J,L.P.Z. y C.A.M..
Por último, formula pliego de cargos en contra del doctor C.A.R.C. por posible violación del articulo 56, literal b de la Ley 23 de 1981, fijando fecha para la diligencia de descargos.

El 29 de enero de 2015, el apoderado del implicado solicita al tribunal seccional declarar la prescripción de la acción, solicitud que fue negada el 4 de febrero de 2015 y notificada el 10 de febrero de este año.

El 13 del mismo mes, el apoderado del investigado, interpone recursos de reposición y en subsidio apelación contra la negativa a declarar el fenecimiento de la potestad disciplinaria.

El 25 de febrero el tribunal seccional no repone dicho recurso y concede la apelación para ante el Tribunal Nacional de Ética Medica.

El expediente es recibido en esta superioridad el 16 de marzo y, puesto para reparto correspondió por sorteo al Magistrado FERNANDO GUZMAN MORA, quien lo recibe el 17 de marzo y procede a resolver la alzada con base en los siguientes

HECHOS

El 10 de febrero de 2010 se recibe queja de la señora L.S.G.T. en contra del doctor C.E.M.S. por hechos ocurridos el 22 de diciembre de 2009 en la UNIDAD INTERMEDIA DE MANRIQUE.

La paciente informa que desde septiembre de 2009 venia presentando hemorragias vaginales. Fue evaluada por el médico mencionado con un pobre examen general y ginecológico y recibió formulación de acetato de medroxiprogesterona 50 mg, solicitud de ecografía transvaginal y exámenes de laboratorio. La inyección se la aplicó el 28 de diciembre de 2009, presentando a los tres días hemorragia vaginal abundante y expulsión de un feto.

Le practicaron legrado uterino en la UNIDAD HOSPITALARIA MANRIQUE por parte de la doctora C.A.M..

Después de numerosos actos procesales que incluyeron declaraciones, revisión de historias clínicas y otros, se incluyó en la investigación a los doctores J,L.P.Z., C.A.M. y C.A.R.C..

Durante la fase de interrogatorios se encontró que el doctor C.A.R.C. no era especialista sino residente de ginecología del Hospital San Vicente de Paul. Este médico negó haberse presentado como ginecólogo e informó que su actividad se había desplegado en calidad de médico general.

Sin embargo, el tribunal encontró varias pruebas de los actos médicos ejercidos en calidad de ginecólogo del mencionado doctor,, incluyendo notas de historia clínica, practica de ecografía ginecológica y atención obstétrica durante los desafortunados eventos.

Después de una serie de análisis y consideraciones, se concluye que los médicos C.E.M.S., J,L.P.Z. y C.A.M. no infringieron con su conducta ningún postulado ético médico y por lo tanto los excluyó de la investigación. Al requerir información de la Universidad de Antioquia respecto del médico C.A.R.C., se encontró que sus estudios culminarían el mes de septiembre de 2010, por lo que se encontraba fungiendo como especialista en ginecología sin aun haberse graduado como tal.

Por lo anterior eleva pliego de cargos al doctor R.C. por violación del articulo 56 literal b de la Ley 23 de 1981 que a la letra dice:

Artículo 56. El anuncio profesional contendrá únicamente los siguientes puntos:

a) Nombre del médico;
b) Especialidad, si ésta le hubiere sido reconocida legalmente;
c) Nombre de la universidad que le confirió el título;
d) Número de registro en el Ministerio de Salud;
e) Dirección y teléfono del consultorio y de su domicilio.

Parágrafo. Cuando el anuncio de que se trata el presente artículo se refiere a un centro médico o a una asociación de profesionales, en él debe aparecer el nombre del gerente, administrador o responsable del grupo, con los datos correspondientes a los numerales a), c) y d) del presente artículo.

El 29 de enero de 2015, el defensor del médico C.A.R.C., abogado JUAN JOSE CORREA ALCARAZ elevó solicitud de prescripción del proceso ético disciplinario en favor de su defendido, pues los hechos habían ocurrido el 2 de enero de 2010, habiendo transcurrido por lo tanto cinco años, con lo cual se había cumplido el termino prescriptivo ordenado por la ley. El Tribunal seccional contestó a esta solicitud diciendo que el profesional de la medicina había actuado en calidad de Gineco Obstetra por todo el espacio transcurrido hasta el mes de septiembre de 2010, habiendo ejercido la especialidad de manera irregular durante todo este tiempo.

El defensor del médico encartado argumentó entonces que entre la fecha de ocurrencia de los hechos y el 9 de septiembre de 2010, fecha de graduación del médico R.C., no se habían demostrado actos médicos de ninguna índole que se relacionaran con el ejercicio de la Ginecología.

El tribunal seccional, en respuesta adicional (folio 295 del cuaderno principal), dice que: "…plantea el señor defensor que para que subsista la opción de emitir un fallo disciplinario ético profesional debe demostrarse un acto médico posterior al de enero 2 de 2010. Sin embargo, esta tesis no es compartida por este Tribunal, puesto que no necesariamente debe existir en la probanza un acto médico para que pueda emitirse sentencia…"

Además menciona el juez acquo que se trata de una conducta de tracto sucesivo y que la falta ético disciplinaria del médico acusado se prolongó hasta la fecha de su graduación en septiembre de 2010.

El defensor insiste en su punto de no haberse demostrado ningún acto médico relacionado con la especialidad de la gineco obstetricia entre enero y septiembre de 2010.

Por último, efectúa un cuidadoso análisis respecto de la tipicidad de las faltas disciplinaria, necesaria para limitar la subjetividad del juez ético médico.

Refiriéndose al aspecto probatorio, menciona que tampoco se ha probado ningún tipo de anuncio profesional, utilización de sellos o acto médico gineco obstétrico entre enero y septiembre de 2009.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MEDICA

I- CADUCIDAD Y PRESCRIPCION

Este Tribunal Nacional de Ética, en Noviembre de 2013, con ponencia del Magistrado Dr. Efraím Otero Ruíz , en la Providencia No.92-2013 expresó:

" La Corporación debe precisar al solicitante que la caducidad y la prescripción desde la perspectiva penal, son dos fenómenos diferentes, porque la caducidad es el tiempo que el legislador le concede al ciudadano para que acuda ante la jurisdicción penal para solicitarle de inicio a la acción penal, en aquellos delitos que requieren querella. Vencido ese plazo caduca ese derecho y por tanto el ciudadano pierde la facultad o derecho de solicitarle al Estado el inicio de una investigación penal en la que hubiera podido ser afectado En tal sentido se concibe la caducidad en la Ley 906 de 2004, código procesal penal actualmente vigente:

“ ARTÍCULO 73. CADUCIDAD DE LA QUERELLA. La querella debe presentarse dentro de los seis (6) meses siguientes a la comisión del delito. No obstante, cuando el querellante legítimo por razones de fuerza mayor o caso fortuito acreditados no hubiere tenido conocimiento de su ocurrencia, el término se contará a partir del momento en que aquellos desaparezcan, sin que en este caso sea superior a seis (6) meses.

Por el contrario, la prescripción es el tiempo que el legislador le señala al Estado para que pueda ejercer el ius puniendi, es decir la potestad persecutora y sancionatoria del delito y de los delincuentes. Una vez transcurrido dicho tiempo, el Estado pierde la competencia y capacidad para perseguir los delitos y los delincuentes. En tal sentido la prescripción de la acción está concebida en el Código Penal, Ley 599 de 2000:

“ ARTICULO 83. TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo.

El término de prescripción para las conductas punibles de genocidio, desaparición forzada, tortura y desplazamiento forzado, será de treinta (30) años.

(Articulo adicionado por la ley 1154 del 4 de septiembre de 2007). Cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o el delito consagrado en el artículo 237, cometidos en menores de edad, la acción penal prescribirá en veinte (20) años contados a partir del momento en que la víctima alcance la mayoría de edad.

En las conductas punibles que tengan señalada pena no privativa de la libertad, la acción penal prescribirá en cinco (5) años.
…..
Cabanellas en su incomparable Diccionario nos enseña en relación con los vocablos que son objeto de análisis:

“ PRESCRIPCIÓN. Consolidación de una situación jurídica por efecto del transcurso del tiempo; ya sea convirtiendo un hecho en derecho, como la posesión en propiedad; ya perpetuando una renuncia, abandono, desidia, inactividad o impotencia. || Usucapión o prescripción adquisitiva (v.).

Caducidad de derecho o facultad no ejercidos durante largo lapso o prescripción extintiva (v.) || Cesación de la responsabilidad penal por el transcurso de cierto tiempo sin perseguir el delito o la falta, o ya quebrantada la condena. || Precepto, orden mandato. || ant. Proemio, prólogo, introducción de un escrito u obra.

“ PRESCRIPCIÓN DEL DELITO. Extinción que se produce, por el solo transcurso del tiempo del derecho estatal o social a perseguir o castigar a un delincuente, cuando desde la comisión del hecho punible hasta el momento en que se trata de enjuiciarlo se ha cumplido el lapso mercado por la ley.

1. Diversidad institucional. La prescripción del delito es institución muy distinta de la prescripción de la pena (v.). Esta última exige que se haya seguido un juicio y pronunciado una condena, tras la cual el sentenciado la elude por no ser habido o desaparecer. Por el contrario, la prescripción del delito se produce cuando no se ha juzgado todavía al culpable; bien por estar el reo en rebeldía, bien por no conocerse quién sea el autor e incluso por ignorar en absoluto la justicia que se ha producido la transgresión jurídica, hasta que llega a su noticia tras el lapso legal que impide el procedimiento o que lo toma ineficaz penalmente.

“ CADUCIDAD. Lapso que produce la extinción de una cosa o de un derecho. || Pérdida de la validez de una facultad por haber transcurrido el plazo para ejecutarla. || Efecto que en el vigor de una norma legal o consuetudinaria produce el transcurso del tiempo sin aplicarlas, equiparable en cierto modo a una derogación táctica. || Ineficacia de testamento, contrato y otra disposición, a causa de no tener cumplimiento dentro de determinados plazos. || Cesación de derecho a entablar o proseguir una acción o un derecho, en virtud de no haberlos ejercitado dentro de los términos para ello.

1. Causas. De acuerdo con las instituciones, las fuentes del Derecho o las potestades, la caducidad presenta orígenes distintos. Así, la de las leyes, proviene del desuso (v.); la de la costumbre, por práctica distinta, o por simple falta de aplicación durante mucho tiempo; la de acciones y recursos, por no tramitarlos; en otros casos, por el cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes. En esta última hipótesis resulta más propio hablar de prescripción extintiva (v.). En cuanto a los otros supuestos, la caducidad es concepto de aplicación muy restringida en el Derecho actual,

donde el desuso no deroga las leyes; lo cual cabe extender, por similitud, a la costumbre, "ley de hecho".

2. Caducidad y prescripción extintiva. Se trata de dos conceptos jurídicos de deslinde muy complejo, al punto de discrepar fundamentalmente los autores, en su caracterización y en su diferencia. Cortés Giménez, resumiendo puntos de vista de Alas, De Buen, Castán, Ennecerus y otros declara que: "La caducidad o decadencia puede ser convencional o legal; mientras que la prescripción tiene siempre su origen en la última. En la prescripción, el derecho nace con duración indefinida y sólo se pierde cuando haya negligencia en usarlo; en la caducidad nace el derecho sometido a un término fijo de duración, prescindiéndose de toda consideración de negligencia en el titular. La prescripción opera generalmente a través de una excepción; en cambio la caducidad produce sus efectos de manera directa y automática. Por ello dice Ennecerus que el plazo de caducidad ha de tomarse en cuenta por el Juez, aunque sólo se desprenda su transcurso de la exposición del demandante; la prescripción se aplica únicamente a los derechos llamados potestativos. En la caducidad, a diferencia de lo que ocurre con la prescripción, no se admiten generalmente causas de interrupción o suspensión". (v. Cláusula de caducidad.) . (Lo destacado no lo es en el texto).

Siendo dos fenómenos perfectamente distintos, desde la perspectiva del Derecho penal, y siendo el derecho una derivación de éste último, es claro que se debe hablar entonces es de la prescripción de la acción penal, como la pérdida de la facultad o competencia que tiene el Estado de realizar la acción persecutoria y sancionatoria contra los delitos y los delincuentes y no de caducidad de la acción como equivocadamente aluden el peticionario y la normatividad que se aplique por remisión.

Igualmente argumentó ésta Corporación que no se podía aplicar cualquier norma, considerando aplicable de manera general el principio de analogía, sino que era indispensable, que la interpretación analógica se hiciera con normas de la misma naturaleza o características. En tal sentido se plasmó: " El legislador consciente de la naturaleza o característica penal del derecho disciplinario quiso que en los vacíos existentes en la legislación disciplinaria se acudiese a normas de naturaleza penal para llenar sus vacíos y esta voluntad del legislador es entendible, porque siendo el objetivo y las características del proceso penal muy especiales, en cuanto a tratarse

de una acción de carácter personal, y teniendo como su función fundamental el análisis y valoración de la conducta humana, era necesario, que las disciplinas derivadas del derecho penal, entre ellas, el disciplinario, llenaran sus vacíos con normas de naturaleza igualmente penal, porque ellas conservan la necesaria filosofía que caracteriza al derecho penal, de una manera diferente a las otras ramas que integran la enciclopedia de las ciencias jurídicas.

En relación con la aplicación analógica de la ley penal, la Ley 153 de 1887, dispone que en el caso de éstos vacíos, se apliquen las normas que regulen casos o materias semejantes. En tal sentido se dispone:

" Ley 153 de 1887. Artículo 8. Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.

La aplicación analógica de la ley, tiene límites y no puede tratarse de aplicar cualquier tipo de ley, sino solo aquellas que traten casos o materias semejantes.

La Corporación igualmente consideró que era imposible la remisión al Código Contencioso Administrativo, porque una ley general, como es ésta codificación no podía prevalecer sobre las previsiones de una ley especial, como lo es la Ley 23. En tal sentido se dispuso:

" El otro principio que debe aplicarse en los casos de aplicación analógica de la ley penal es la contenida en el numeral 1º del artículo 5º de la ley 57 de 1887, al disponerse que las leyes que tratan asuntos especiales deben aplicarse preferencialmente sobre las que contengan principios de carácter general, en tal sentido se dispone:
" ARTICULO 5o. Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla.
Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:
1) La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general;
2) Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada

en artículo posterior; y si estuvieren en diversos Códigos preferirán, por razón de éstos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal. Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública. (Lo destacado no lo es en el texto).

Si se tiene en cuenta que la normatividades sancionatorias (penal material, procesal penal, disciplinario), son materias especiales, respecto de las normas procedimentales de carácter administrativo, habrá de concluirse que en éste caso particular el vacío existente en la ley debe llenarse con la remisión al Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002, pues reúne una doble connotación, que tiene la misma naturaleza de la Ley 23 de 1981, por regular ambas procesos disciplinarios y en segundo lugar, por ser ambas de naturaleza penal y sancionatoria. La mencionada ley en relación con la prescripción de la acción disciplinaria dispone:

" ARTÍCULO 30. TÉRMINOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA. La acción disciplinaria prescribe en cinco años, contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación y para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último acto.

En el término de doce años, para las faltas señaladas en los numerales 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 del artículo 48 y las del artículo 55 de este código.

Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un solo proceso, la prescripción de las acciones se cumple independientemente para cada una de ellas.

II-LA PRESCRIPCION ETICO DISCIPLINARIA

RESPECTO DE LA PRESCRIPCION, en providencia numero 42-2003, con ponencia del Magistrado FERNANDO GUZMAN MORA se expreso lo siguiente

…

"…Este Tribunal Nacional de Ética médica, en reiteradas jurisprudencias ha dicho:

En efecto, por no tener la Ley 23 de 1981 disposiciones referentes a la prescripción, es necesario acudir a lo que disponga el Código de Procedimiento Penal, según taxativa norma contenida en el artículo 82 de dicha Ley y en el 47 del decreto reglamentario 3380 de 1981 . Pero el Código de Procedimiento Penal tampoco tiene disposiciones relativas a prescripción de la acción, de modo que se hace necesario aplicar el principio de analogía para cumplir con las condiciones del debido proceso; así las cosas, se

puede hacer remisión a dos estatutos diferentes que contemplan el asunto de la prescripción y que son el Código Penal y el Código Disciplinario o Ley 734 de 2002.
…
En reciente decisión esta Corporación frente a un fenómeno de prescripción sostuvo lo siguiente:
“ La ley 23 de 1981 no determina el término de prescripción para las faltas disciplinarias en el ejercicio profesional médico.-
El nuevo Régimen Disciplinario de los Servidores Públicos (Ley 734 de 2002) contempla para los casos ordinarios de prescripción un término de cinco años .-
El artículo 34 de la Ley 200 de 1995 tenía una forma diferente a la del código penal para concebir los períodos prescriptivos y es así como en el artículo 34 se disponía:
“ Términos de prescripción de la acción y de la sanción.- La acción disciplinaria prescribe en el término de cinco (5) años. La prescripción de la acción empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de la consumación y, desde la realización del último acto, en las de carácter permanente o continuado.-
…….

La prescripción de la acción es un instituto jurídico liberador, en virtud del cual por el transcurso del tiempo se extingue la acción o cesa el derecho del Estado a imponer una sanción.

Este fenómeno tiene operancia en materia disciplinaria, cuando la Administración o la Procuraduría General de la Nación, dejan vencer el plazo señalado por el legislador, -5 años-, sin haber adelantado y concluido el proceso respectivo, con decisión de mérito. El vencimiento de dicho lapso implica para dichas entidades la pérdida de la potestad de imponer sanciones, es decir, que una vez cumplido dicho período sin que se haya dictado y ejecutoriado la providencia que le ponga fin a la actuación disciplinaria, no se podrá ejercitar la acción disciplinaria en contra del beneficiado con la prescripción.

El fin esencial de la prescripción de la acción disciplinaria, está íntimamente ligado con el derecho que tiene el procesado a que se le defina su situación jurídica, pues no puede el servidor público quedar sujeto indefinidamente a una imputación. Si la acción disciplinaria tiene como objetivo

resguardar el buen nombre de la administración pública, su eficiencia y moralidad, es obvio que ésta debe apresurarse a cumplir con su misión de sancionar al infractor del régimen disciplinario, pues de no hacerlo incumpliría una de sus tareas y, obviamente, desvirtuaría el poder corrector que tiene sobre los servidores estatales. "La defensa social no se ejerce dejando los procesos en suspenso, sino resolviéndolos....

Si el proceso no se resuelve, no será por obra del infractor, sino, ordinariamente, por obra de la despreocupación o de la insolvencia técnica de los encargados de juzgar".

El término de cinco años fijado por el legislador, en el inciso primero del artículo 34 de la ley 200 de 1995, para la prescripción de la acción disciplinaria, fue considerado por éste como suficiente para que se iniciara por parte de la entidad a la cual presta sus servicios el empleado o la Procuraduría General de la Nación la investigación, y se adoptara la decisión pertinente, mediante providencia que ponga fin al proceso.

Así las cosas, no encuentra la Corte justificación razonable para que se extienda dicho término de prescripción, más allá de los cinco años señalados, para los casos en que se haya notificado fallo de primera instancia, como se hace en el parágrafo 1o. objeto de demanda, disposición que configura una clara violación de los artículos 29 y 13 de la Constitución, como se verá enseguida.

Según el parágrafo demandado, si el fallo de primera instancia se ha notificado al procesado, el término prescriptivo se prorroga por seis meses más, lo cual quiere decir, que si a un empleado estatal a quien se le ha iniciado investigación disciplinaria en la que se ha dictado providencia de primera instancia, la cual le ha sido debidamente notificada, el lapso de prescripción de la acción será de 5 años y seis meses, mientras que para los demás empleados, esto es, a quienes no se les haya notificado la providencia de primera instancia, el término prescriptivo es tan sólo de cinco años. Discriminación a todas luces contraria al Estatuto Máximo, pues si el Estado no ejercita el derecho que tiene de adelantar y fallar la investigación disciplinaria en el tiempo fijado por el legislador, ya sea por desinterés, desidia o negligencia no puede el empleado público sufrir las consecuencias que de tales hechos se derivan, sino la misma Administración por incuria, incapacidad o ineficiencia.

Es que si el Estado no ejercita su potestad disciplinaria dentro del término quinquenal señalado por el legislador, no puede después, invocando su propia ineficacia, desinterés o negligencia, ampliar dicho lapso prescriptivo sin violar el derecho del infractor, de exigir una pronta definición de su conducta. Es que la potestad sancionatoria no puede quedar indefinidamente abierta, hasta cuando la autoridad respectiva la quiera ejercer, de ahí que el legislador haya establecido un límite en el tiempo 5 años.
…
Si el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones, la obligación de adelantar los procesos sin dilaciones injustificadas también lo es. La justicia impartida con prontitud y eficacia no sólo debe operar en los procesos penales -criminales-, sino en los de todo orden, administrativos, contravencionales, disciplinarios, policivos, etc.
Con fundamento en lo expuesto, la Corte declaró inexequible el parágrafo 1o. del artículo 34 de la ley 200 de 1995, por infringir los artículos 29 y 13 de la Constitución…"

III- EL DEBIDO PROCESO EN LA PRUEBA

1-DERECHO A PROBAR

Es el derecho al proceso mismo.
Si se señalan unos hechos que argumentan unas pretensiones, nace el derecho a probar los hechos sobre los cuales se soportan estas pretensiones.
Negar el derecho a probar es negar el derecho mismo.
El juez escucha a las dos partes y revisa las pruebas que soportan cada versión. La balanza de la justicia se inclina a quien prueba mejor.

2-DERECHO A POSTULAR LA PRUEBA

Tratar de lograr un pronunciamiento del juez respecto del decreto de pruebas.
Es el derecho a peticionar la prueba.
A ambas partes le asiste el derecho a peticionar las pruebas que conduzcan a probar los hechos que cada uno ha narrado.

3-DERECHO AL PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRUEBAS PEDIDAS

No se admite silencio judicial.
Es obligar a un pronunciamiento del juez. Si el juez las niega las pruebas, es viable el recurso de apelación.

Si el juez no se pronuncia es viable la acción de tutela para obligar a que el juez se manifieste sobre el decreto de pruebas.
Ahora, cuando el juez aprecia la demanda, mira las pruebas que van a demostrar acerca del motivo de controversia- Por lo tanto, puede desechar aquellas pruebas que se relacionen con la sustancia de los hechos.

4-DERECHO A LA CONSERVACION DE LA PRUEBA

Inclusive con pruebas anticipadas.
Por ejemplo, el testimonio de personas con una expectativa corta de vida
O proteger pruebas que pueden desaparecer dolosamente.
Respecto del testimonio, entre más tarde se rinda, más posibilidad de alteración hay, pues se pierde la dinámica de la percepción de las cosas.
Por lo tanto, la prueba debe allegarse en el proceso en un término prudencial.
La prueba preconstituida es otro mecanismo. Consiste en que sin que haya proceso, se puede peticionar la recepción de un testimonio, de un interrogatorio de parte o una inspección judicial o un peritaje.
En muchos procesos es mas viable hacer la inspección judicial. La prueba preconstituida no se notifica. Algunos laboralistas acuden a la empresa demandada antes de decretar las pruebas para evitar que se alterna las pruebas esenciales.
La prueba preconstituída está manifiesta en el texto de la demanda y puede, por lo tanto, ser sujeto de contradicción de la contraparte.

5-DERECHO A LA CONTRADICCION DE LA PRUEBA

La prueba existe antes del proceso, excepto de las que se refieren a dictámenes periciales e informes técnicos.
Existe el derecho a contrainterrogar testigos, objetar dictámenes, rebatir documentos, etc.
Es el derecho a la réplica. Cómo contradecir un testimonio cuando se es demandante y se tienen varios testigos? Ambos apoderados pueden interrogar a los testigos y contrainterrogarlos.
En esa forma se puede controvertir la prueba
Un peritaje, que rinde un dictamen, se coloca a disposición de las partes, para que si alguien quiere objetar, ampliar o aclaración lo pueda hacer. Aquí existe la posibilidad de contradecir.
Art 146: Las pruebas practicadas, así sean decretadas de nulidad, tienen pleno valor. Se anula la actuación en ruptura del debido proceso, las prue-

bas de todos modos tienen validez.
Si la nulidad es de la etapa probatoria, cobija a todas. Pero si no, afecta solo a una prueba que rompa el debido proceso
La prueba que sea causa de ruptura del debido proceso, se anula.

6-PUBLICIDAD DE LA PRUEBA

Todas las pruebas deben estar a la vista de los sujetos procesales
Se decretan mediante auto o resolución.
Se debe notificar las pruebas a las partes.
La publicidad se surte con el hecho de la notificación. Si una de las partes no está al tanto y se deja pasar la oportunidad, habrá perjuicios de índole procesal.

7-NECESIDAD DE LA PRUEBA

Deben cumplirse ciertos requisitos para ser aceptadas
No pueden reposar solo en la mente del juez, sino a disposición de las partes

8-RESPETO A LA DIGNIDAD HUMANA

Tratamiento decoroso a todos
El Estado Social de Derecho protege los derechos fundamentales. El Legislador es garantista de la persona y su dignidad. Que no haya circunstancias que lo demeriten de manera intelectual o física, aún en presencia de crímenes gravísimos.
Por encima de todo, se rodea al acusado de garantía. No se somete al escarnio público, incluyendo la salida en noticieros y prensa, que muchas veces los condena antes de comenzar el proceso.
Eso contamina el proceso antes de iniciarse, porque fabrica una disposición contra la persona.
Esto también incluye a las víctimas del delito, por ejemplo los casos de violación, que deberían remitirse para examen a su propio médico.
OTROS PRINCIPIOS RELACIONADOS CON ESTE CASO

* PRINCIPIO DE LA VALORACION DE LA PRUEBA
Debe basarse en la sana crítica y no en la íntima convicción, que se acerca a la arbitrariedad.

El principio de la tarifa legal no se adapta a la justicia. Está proscrito hace mucho tiempo.
El de la íntima convicción es subjetiva del funcionario judicial.
Sana crítica permite la valoración integral de la prueba.

* PRINCIPIO DE LA CARGA DE LA PRUEBA
Una de las partes lleva sobre sí la obligación de demostrar el supuesto de hecho de las normas cuya aplicación invoca.
En materia penal, la carga de la prueba corresponde al Estado.
NO HAY LUGAR A PRUEBA en casos de normas nacionales, hechos notorios y afirmaciones indefinidas.
Ej: Si alguien dice en el proceso: No me ha pagado, es una afirmación indefinida que hace que se invierta la carga de la prueba, para que el otro sea el que demuestra que sí pagó.
A este respecto la Corte ha dicho:

1. En los términos del artículo 374 del C. de P.C., los cargos en casación deben contener la exposición de los fundamentos de cada acusación en forma clara y precisa, lo que conduce a determinar el tipo de error y las bases del mismo que se le achacan a la sentencia acusada; además, exige dicho precepto que cuando se alega la violación de la ley sustancial como consecuencia de error de hecho en la apreciación de las pruebas es necesario que el recurrente lo demuestre, actividad que debe cumplirse mediante una labor de contraste entre lo que extrajo el sentenciador de las pruebas que se tildan de erróneamente apreciadas y lo que tales pruebas dicen o dejan de decir, para ver de establecer el real efecto que dimana de la preterición o desfiguración de la prueba, siempre en el bien entendido de que no basta con relacionarla ni con ofrecer la visión del recurrente, a la manera de un alegato de instancia, sino se confronta en sus términos con la sentencia acusada; y, en fin, que si el quebranto de la ley se ha dado a consecuencia de error de derecho, se deberán indicar las normas de carácter probatorio que se consideren infringidas explicando en qué consiste la infracción, lo cual se explica dada la naturaleza del mismo .
Y en lo que se refiere a atenuar la sentencia, la misma Corte expresó en 1995:
"…los funcionarios judiciales dentro del principio de la investigación integral no sólo tendrán que dedicarse a aclarar los hechos sucedidos, sino que deberán realizar todos los esfuerzos para demostrar la veracidad o no de la versión exculpativa"..

IV- ALGUNAS CARACTERISTICAS DE LA PRUEBA JUDICIAL

De otra parte, en el módulo IV para defensores públicos respecto de la pertinencia, admisibilidad y autenticación de la prueba se expresa:
. A fin de respetar el tiempo del juez, la evidencia no será oída a menos que primero se demuestre su relevancia y admisibilidad. .
Tres aspectos esenciales debe la evidencia demostrar para ser aceptada:
(1) pertinencia.
(2) autenticidad.
(3) admisibilidad.

1. Pertinencia

Es la correspondencia directa o indirecta entre la evidencia ofrecida y los hechos controvertidos en el proceso.
La evidencia debe pasar dos test (sic) para ser pertinente: 13
El primero relativo a la ley sustancial impone que la evidencia se refiera directa o
indirectamente a:
_ Los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, y

_ A la identidad o la responsabilidad penal del acusado.
El segundo ordenado por la lógica, la experiencia y el comportamiento humano debe tender a demostrar que los hechos controvertidos sean más o menos probables.

La relevancia de la mayoría de las evidencias es generalmente clara u obvia deducida del contexto del caso, pero ocasionalmente debe ser demostrada con el establecimiento de los hechos que la fundamentan.

La pertinencia debe ponerse de presente ante el juez de conocimiento al hacer la solicitud u ofrecimiento de prueba en la audiencia preparatoria (Art 357 CPP), a fin de que este la admita y pueda practicarse en el juicio oral.

2. Autenticidad.

La autenticidad se refiere a que la evidencia ofrecida es realmente lo que el proponente demanda que es. La evidencia no será admitida hasta que pre-

viamente se muestre que ésta es una "cosa real". El juez decide cuando un ítem de evidencia ha sido suficientemente autenticado, y el criterio varía de acuerdo con la naturaleza de la evidencia involucrada.

Generalmente se piensa en la autenticación como aplicable a la evidencia física como documentos, objetos o fotografías. ¿Es este el documento que las partes firmaron? ¿Es este el vehículo que produjo el daño? ¿Muestra la fotografía justa y adecuadamente la escena del accidente? Antes de que cualquier evidencia pueda recibir fundamentación debe ser establecido que adecuadamente cumple con la petición de autenticidad del proponente.

El requerimiento de autenticidad apoya única y exclusivamente la admisibilidad de la evidencia, pero no determina per se su valor probatorio. El oponente puede controvertir su validez, y el juez estimar o no esta evidencia para apoyar su decisión.

El requerimiento de autenticidad sin embargo no se limita a objetos tangibles. También es propio de cierta evidencia testimonial. Por ejemplo, un testigo generalmente no puede declarar sobre una conversación telefónica sin primero establecer sus bases para el reconocimiento de la voz de la persona al otro lado de la línea. Esto es que la identidad del otro conversador debe ser autenticada.
3. Admisibilidad.

El tercer requisito para aceptar la prueba es que cumpla con las condiciones de admisibilidad.

La regla general es que toda evidencia pertinente es admisible (Art 376 CPP), y por lo tanto evidencia que no es pertinente no es admisible. O como resume Chiesa "La pertinencia es condición necesaria pero no suficiente para la admisibilidad de todo medio de prueba".
Normas de exclusión:

Así aunque sea pertinente no es admisible la evidencia. El artículo 376 del CPP contempla las siguientes normas de exclusión de evidencia pertinente:

a) Que la evidencia pueda causar grave perjuicio indebido. (literal a).
b) La finalidad de presentar evidencia en un proceso adversarial es causar perjuicio a la contraparte, pero se trata de un perjuicio debido, razón

mismo, del proceso. El perjuicio indebido a que se hace mención es el que de alguna forma afecte la imparcialidad del juez por tener esa evidencia un valor objetivo menor al que se pretende presentar.
b) Que la evidencia genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto o exhiba escaso valor probatorio. (literal b)).

La probabilidad de confusión de la prueba ofrecida debe observarse frente a los hechos que se pretenden probar, frente al desgaste administrativo que implica de una prueba compleja que cause confusión y frente a la dilación del procedimiento que pueda acarrear.

Esto se presenta mucho en el campo de la prueba pericial, con los dictámenes densos y cargados de terminología científica que siembran confusión en el juzgador. En este caso deben primero cumplirse estrictamente las normas de admisibilidad de la prueba científica y precisarse exactamente el objeto de la prueba que se permite practicar. Al juez puede solicitarse la admisibilidad parcial de la evidencia frente a los puntos centrales de debate en el proceso.

La prueba que exhibe escaso valor probatorio, de otro lado, es por ejemplo la prueba superflua o acumulativa, que ni da ni quita al proceso, que es innecesaria porque ya se practicaron en el proceso suficientes pruebas para dar certeza sobre un hecho determinado.

c) Que sea injustamente dilatoria del procedimiento.

Como criterio de eficiencia en el proceso, el juez debe analizar si el proceso de formación y práctica de la prueba se compensa con el valor probatorio de la misma, o si su valor es inferior al tiempo que demora la práctica de ésta. Por ejemplo, la petición de la Fiscalía al juez para que otorgue más tiempo a fin de ubicar un testigo de cargo, frente al perjuicio que se ocasiona por la prolongación de la detención preventiva del acusado afectando sus derechos fundamentales, y el principio de eficiencia del proceso penal.

También es dilatoria del procedimiento la prueba superflua o acumulativa, es decir la que no agrega nada al proceso, es innecesaria porque lo que se pretende probar ya se tiene con otros medios de conocimiento. Ejemplo solicitar cinco testimonios sobre un hecho.
Otras normas de exclusión probatoria son:

d) Los privilegios excepciones constitucionales (385).
e) La prueba de referencia (437), por ser excepción al principio de inmediación.
f) La prueba ilícita (23 y 455). Violatoria del principio de legalidad.

V- EL USO FRAUDULENTO DE SELLOS Y CONDICIONES PERSONALES

En reciente análisis de la conducta de unos médicos en relación con estos aspectos se produjo un documento ante la Dirección de la institución donde ocurrieron los hechos en el siguiente sentido:
"…
1- En caso de tomarse una decisión medica que afecte o pueda afectar la vida o la integridad personal de los enfermos y se utilice el nombre o el sello del médico legalmente a cargo sin encontrarse presente, se puede incurrir en las siguientes faltas tipificadas en el código penal (Ley 599 de 2000):

a- ART. 286.—Falsedad ideológica en documento público. El servidor público que en ejercicio de sus funciones, al extender documento público que pueda servir de prueba, consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años.
b- ART. 287.—Falsedad material en documento público. El que falsifique documento público que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años. Si la conducta fuere realizada por un servidor público en ejercicio de sus funciones, la pena será de cuatro (4) a ocho (8) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años.
c- ART. 289.—Falsedad en documento privado. El que falsifique documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá, si lo usa, en prisión de uno (1) a seis (6) años.
d- ART. 291.—Modificado. L. 1142/2007, art. 54.Uso de documento falso. El que sin haber concurrido a la falsificación hiciere uso de documento público falso que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años.
e- ART. 296.—Falsedad personal. El que con el fin de obtener un provecho para sí o para otro, o causar daño, sustituya o suplante a

una persona o se atribuya nombre, edad, estado civil, o calidad que pueda tener efectos jurídicos, incurrirá en multa, siempre que la conducta no constituya otro delito.

De otro lado, si se presenta una acción legal en contra del hospital o de un médico adscrito al mismo y el residente o cualquier otro funcionario fuese llamado a declarar y, al hacerlo, rinda un testimonio falso, debe recordarse que incurriría en el siguiente delito también tipificado por el Código Penal vigente.

* Art 442.—Modificado. L. 890/2004, art. 8º. Falso testimonio. El que en actuación judicial o administrativa, bajo la gravedad del juramento ante autoridad competente, falte a la verdad o la calle total o parcialmente, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años.

Adicionalmente, puede presentarse la figura del fraude procesal, cuyo respectivo articulo dice.

* ART. 453.—Modificado. L. 890/2004, art. 11. Fraude procesal. El que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un servidor público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años, multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.

Por último, puede aparecer la figura de la alteración de material probatorio en la siguiente forma:

* ART. 454B.—Adicionado. L. 890/2004, art. 13. Ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio. El que para evitar que se use como medio cognoscitivo durante la investigación, o como medio de prueba en el juicio, oculte, altere o destruya elemento material probatorio de los mencionados en el Código de Procedimiento Penal, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Lo anterior debe servir de advertencia en caso de uso fraudulento de sellos e identificaciones que no pertenezcan a una persona que los utilice, con el

agravante de ser penalizados (algunos de ellos) aun sin que se produjere un daño específicos y por el solo hecho de haber cometido la conducta descrita (delitos de mera conducta).

Por último, si se presenta alguna acción legal y se intenta encubrir la falta tipificada penalmente o se insista en la falsedad que se ha conocido de manera consciente, también podrá ser severamente condenado por la justicia colombiana…"

VI- ANÁLISIS DEL TRIBUNAL NACIONAL

En el presente caso es obvio que la conducta desplegada por el médico C.A.R.C. en la prestación del servicio a la señora L.S.G.T. se vió enmarcada por la circunstancia de haberse anunciado como especialista en Gineco Obstetricia, sin aun haber terminado sus estudios de especialización.

Esto se encuentra demostrado por todos los medios aceptables de tipo probatorio y no suscita ninguna discusión.

Sin embargo, recordemos la ultima parte del análisis de los hechos que originaron este proceso, en donde se encuentra consignado lo siguiente:

"…El defensor del médico encartado argumentó entonces que entre la fecha de ocurrencia de los hechos y el 9 de septiembre de 2010, fecha de graduación del médico R.C., no se habían demostrado actos médicos de ninguna índole que se relacionaran con el ejercicio de la Ginecologia.

El tribunal seccional, en respuesta adicional (folio 295 del cuaderno principal), que: "…plantea el señor defensor que para que subsista la opción de emitir un fallo disciplinario ético profesional debe demostrarse un acto médico posterior al de enero 2 de 2010. Sin embargo, esta tesis no es compartida por este Tribunal, puesto que no necesariamente debe existir en la probanza un acto médico para que pueda emitirse sentencia…"
Además menciona el juez acquo que se trata de una conducta de tracto sucesivo y que la falta ético disciplinaria del médico acusado se prolongó hasta la fecha de su graduación en septiembre de 2010.
El defensor insiste en su punto de no haberse demostrado ningún acto médico relacionado con la especialidad de la gineco obstetricia entre enero y septiembre de 2010.

Refiriéndose al aspecto probatorio, menciona que tampoco se ha probado ningún tipo de anuncio profesional, utilización de sellos o acto médico gineco obstétrico entre enero y septiembre de 2009…"

A este respecto este Tribunal Nacional no puede compartir el criterio del Tribunal Seccional en varios aspectos esenciales:

a- Evidentemente, no se probó que el médico acusado haya efectuado actos de gineco obstetricia posteriores a los hechos relacionados con el presente caso
b- Tampoco se encuentra demostración de utilización de sellos de manera indebida, pues no hay prueba que lo respalde
c- Muchísimo menos se halla fundamentada esta afirmación en casos de otras pacientes, por las mismas razones
d- No aceptamos tampoco la afirmación de:

"…no necesariamente debe existir en la probanza un acto médico para que pueda emitirse sentencia…"
Esta afirmación contradice todo el derecho probatorio conocido, pues para que pueda demostrarse una conducta determinada, con el objeto de fundamentar una sentencia, es indispensable poseer una prueba que respalde, no solamente la acusación sino la sentencia de manera univoca y necesaria.

e- Si bien es cierto que los delitos de falsedad documental son de mera conducta, el caso concreto hace referencia a la actuación que tuvo efecto por parte del investigado respecto del ejercicio de la ginecología y su presentación ante los pacientes y la sociedad como ginecólogo, lo cual fue demostrado por el tribunal seccional.
f- Este fue el principal motivo de reproche por parte del ente disciplinario, pues actuaba como especialista sin en realidad haber completado los estudios que lo calificaban como tal. Por lo tanto, el periodo de tiempo en el cual R.C. funge de esa manera, se demuestra en relación con este caso solamente hasta enero de 2010.
g- Tampoco se trata de una falta de tracto sucesivo que se llevó a efecto hasta septiembre de 2010. Lo fue por instalamentos hasta la última actuación del médico R.C. con la paciente quejosa, lo cual ocurrió en enero de 2010. Pero de allí en adelante ni se encuentra demostración de un acto médico en relación con la quejosa, ni con ningún otra paciente de gineco obstetricia. De nuevo, el fundamento probatorio es

inexistente en este aspecto, por lo que dichos actos solamente existen en la imaginación de los operadores judiciales disciplinarios ético médicos.

Las conductas permanentes o de tracto sucesivo son aquellas donde el comportamiento se sigue ejecutando segundo a segundo, como sucede con el secuestro donde la conducta permanece en el tiempo hasta que la persona recupera su libertad.

En el caso presente se trataría de una conducta continuada, cuyo perfeccionamiento se repite cada vez que se realiza la misma conducta. Si la última actuación como especialista fue en enero del 2010 a partir de ese día comienza a correr el término prescriptivo de la acción.

* Si se quería condenar a R.C. por ejercicio como falso especialista, debió haberse obtenido la demostración probatoria de ese ejercicio continuado en otras mujeres con problemas ginecológicos y obstétricos. De lo contrario, solamente se encontraría probada la actuación hasta el último acto médico efectuado en la paciente G.T.. Es decir, de allí en adelante, nada demuestra de manera clara e incontrovertible que el acusado se hubiese desempeñado como especialista en otras actuaciones profesionales.

i- Se insiste entonces en que, la consumación de la falta motivo de reproche se encuentra consignada en el expediente hasta enero de 2010. Hasta allí se juzga y condena su acto irregular. Pero presumir que continuó utilizando su sello y su presentación como especialista hasta la fecha de su verdadera graduación como tal, sin material probatorio que lo respalde, es apenas una suposición. Y en el peor de los casos, lo único que hace es crear una duda, la cual debe resolverse en favor del investigado por el principio procesal de in dubio pro reo.

En conclusión:

La ultima actuación del médico acusado en relación con este caso y con su actuación profesional como “falso” gineco obstetra, tuvo efecto el mes de enero de 2010 en forma demostrada.

De allí en adelante no existen pruebas de ningún tipo que demuestren las afirmaciones del juez acquo.

Por lo anterior, debe aceptarse que el último acto irregular por parte de R.C. ocurrió durante el primer mes del año 2010, lo que lleva a concluir que la prescripción de la acción disciplinaria tuvo efecto exactamente cinco años después, es decir, el mes de enero de 2015.

Son suficientes las consideraciones anteriores para que el TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MEDICA, en uso de las facultades que le confiere la Ley

RESUELVA

Artículo Primero - Declarar la prescripción del proceso ético disciplinario en contra del médico C.A.R.C., identificado con cedula de ciudadanía número … y Registro Médico número …, por haberse cumplido cinco años a partir del último acto médico en la persona de la paciente L.S.G.T. **Artículo Segundo** - Enviar el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. **Artículo Tercero** - Contra la presente decisión no caben recursos. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ, Magistrado- Presidente; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado Ponente; GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaría.

Bogotá, Septiembre diecisiete (17) del año dos mil trece (2013)

SALA PLENA SESIÓN No. 1194 DEL DIECISIETE (17) DE SEPTIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE (2013)

REF: Proceso No. 523 del Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico
Contra: Doctor H.M.E.N. y K.O.G. A
Denunciante: D.V.C.
Asunto: Recurso de Apelación ante providencia Sancionatoria. Acatamiento de Acción de Tutela

Magistrado ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 69-2013

VISTOS

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico en sesión de Sala Plena de 6 de Marzo de 2013 resolvió no aceptar los descargos por parte de los doctores H.M.E.N y K.O.G. y los condenó a suspensión en el ejercicio de la medicina por espacio de un mes a cada uno.

Dentro de términos, la defensa de los condenados interpuso recurso de apelación por ante el Tribunal Nacional de Ética Médica.

El cuaderno que contiene el proceso fue enviado al Tribunal Nacional de Ética Médica el 23 de abril del año en curso. Puesto para reparto correspondió por sorteo al Magistrado FERNANDO GUZMÁN MORA, quien procede a resolver el recurso con base en los siguientes.

HECHOS

La señora D.V.C. identificada con CC No. ….de …., Instrumentadora Quirúrgica y Auxiliar de Enfermería y madre del joven indigente F.J.V. (qepd),

presentó queja ante el Tribunal seccional de Ética Médica del Atlántico, por supuesta negligencia y falta de ética en la atención de su hijo, habitante de la calle y drogadicto, quien fue atropellado por vehiculo automotor y quien fue atendido, de acuerdo con la quejosa, de manera tardía por los especialistas e internos del Hospital General de Barranquilla y no fue remitido a institución de nivel superior para sus graves lesiones traumáticas, lo cual motivó su deceso varias horas después del ingreso a esa entidad.

El proceso fue iniciado por el tribunal seccional y se tomaron varias declaraciones de las personas aparentemente implicadas en el caso y las versiones libres de los médicos inculpados.

Simultáneamente, la Secretaría de Salud Pública de Barranquilla, inició proceso en contra del Hospital general de Barranquilla y el 7 de Junio de 2011 sancionó a la institución con multa de mil salarios mínimos legales mensuales vigentes por negligencia en la atención del paciente F.J.V.

Los documentos respectivos fueron enviados por la quejosa al tribunal seccional de ética médica, para ser incluidos dentro del proceso. Y en informe secretarial de 30 de septiembre de 2011 se acogieron los documentos, se anexaron al proceso y se incluyeron como prueba. Asimismo, se incluyó copia de la auditoria efectuada por Mutualser a través de la Superintendencia de Salud, en donde califican la historia clínica y las conductas tomadas en el caso respectivo.

Ante esto, la defensa del doctor E.N. solicita revocar el auto que ordena incluir como pruebas los mencionados documentos, pues considera que con ellos "se causa un agravio a los derechos fundamentales a la defensa y al debido proceso del procesado (SIC)", pues la quejosa a estas alturas no es sujeto procesal y porque la Resolución aportada "fue proferida en razón de un proceso que nos es ajeno a los aquí actuantes". Además considera que "se trata de una prueba inútil que nada aportara a la investigación ético disciplinaria que aquí se adelanta".

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico resolvió la solicitud de revocatoria del auto que incluye la prueba en la siguiente forma:

- El quejoso no es sujeto procesal pero sí puede intervenir de forma limitada

• Prevalece el derecho sustancial en la administración de justicia
• El proceso se encuentra en etapa probatoria
• El aporte de los documentos sobre la sanción a la entidad de salud ni van en contra de la Constitución Nacional, ni causa agravio injustificado al sindicado ni son documentos que manifiesten ilegalidad

Por lo tanto no se aceptó la solicitud de revocatoria por parte de la defensa. La defensa eleva recurso de apelación frente a la decisión de no revocar la decisión del tribunal de primera instancia, por varias razones que se resumen a continuación.

1- Al acoger los documentos aportados por la quejosa se causa un agravio a los derechos a la defensa y al debido proceso de los médicos investigados, contrariando en esa forma la Constitución Política y el articulo 29 del Código Contencioso Administrativo.
2- La quejosa a estas alturas del proceso no es sujeto procesal y carece de legitimidad para realizar aportes probatorios o participar en la investigación ético disciplinaria.
3- Los documentos aportados por la quejosa hacen parte de un proceso que es ajeno a los médicos investigados.
4- Los documentos aportados, en caso de ser admitidos como prueba se constituirían en prueba ilegal .
5- La decisión de la secretaría de Salud no se encuentra ejecutoriada.
6- Se trata de esferas de responsabilidad completamente diferentes.

Este recurso fue resuelto negativamente a los encartados, por considerar que las pruebas solicitadas eran impertinentes e inconducentes.

Relata la madre quejosa del fallecido, que a las 3AM del 28 de febrero de 2010 ingreso al Hospital General de Barranquilla un paciente indigente NN, al cual no le prestaron atención de ningún tipo, según la madre del fallecido, por verlo en ese lamentable estado en que se presentan los habitantes de la calle que además son drogadictos.

Aparentemente hubo algo de intervención médica a las 13:30 cuando se ordeno la canalización de una vena periférica, falleciendo a as 17:00de ese día. Es decir, a pesar de presentar un trauma craneoencefálico evidente, no ordenaron radiografías, tomografías exámenes de laboratorio, valoraciones por especialistas diversos y demás procedimientos que se encuentran

perfectamente delineados en las guías de manejo existentes a nivel universal.

Adicionalmente, entregaron una radiografía de cráneo que no correspondía al paciente en cuestión y que no demostraba fracturas, lo cual contrastaba con una placa de cráneo postmortem tomada en Medicina Legal, la cual revelaba tres fracturas evidentes en el cráneo de la victima.

Tampoco se practicaron los registros de ingreso completos, la historia clínica, las notas de enfermería ni se buscaron indicios de su ropa de alguna dirección a la cual llamar para informar a los familiares, nota que de acuerdo con la quejosa SI existía en uno de los bolsillos del pantalón.

En una diligencia de descargos llena de contradicciones, cada uno de los acusados trato de desvirtuar los cargos en su contra sin lograrlo, lo cual llevo al tribunal seccional a declararlos culpables de trasgredir varios artículos de la Ley 23 de 1981. El Doctor H.M.E.N los artículos 10, 13 y 34. Y la doctora K.O.G. los artículos 10 y 13 de la misma ley.

LA RESPUESTA INICIAL A LA APELACIÓN

El abogado LUIGI CARLO CIANCI FLOREZ, dentro de términos legales, interpuso recurso de apelación, basando su inconformidad en los siguientes puntos:

- No es lo mismo no dedicar el tiempo suficiente para efectuar una valoración adecuada de las condiciones de salud del enfermo que una inadecuada valoración y mal manejo, toda vez que debió remitirse el paciente a centro de mayor complejidad. Esto hace que aparezca incongruente la imputación y la decisión de condena.
- El médico sí dedico el tiempo necesario a su paciente, pues en la escasa media hora que le quedaba de turno efectúo el diagnostico y oriento la terapéutica seguir. Y esto fue después de las 6:30 AM
- Se esta violando el principio de presunción de inocencia.

Se evaluaron dichos puntos y se decidió entonces confirmar la sanción impuesta por el tribunal de primera instancia

LA TUTELA EN CONTRA DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

La defensa del médico E.N. interpuso acción de tutela en contra de la providencia de segunda instancia, siendo recibida por la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Superior de Barranquilla, la cual tuteló el derecho al debido proceso con base en los cuatro puntos presentados por la mencionada defensa, los cuales fueron:

1- Indebida valoración de la imputación fáctica
2- Análisis de no valoración de la Ley 23, las cuales según el defensor se encontraban desvirtuadas por su acción jurídica
3- Presunción de inocencia
4- Desproporcionalidad de las sanciones

La tutela fue contestada por el Tribunal Nacional de Ética Médica en la siguiente forma

Edgar Saavedra Rojas, identificado con la C. C. Nro. 8.244. 232 de Medellín y profesionalmente con la Tarjeta Nro. 4.523 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de apoderado de la Corporación accionada, de conformidad con el poder que se acompaña a éste escrito, de manera comedida procedo a responder su oficio Nro. 4.847, ilustrándolos de que no le asiste razón al accionante Dr. E.N., porque no se ha vulnerado ninguno de los derechos que argumenta, razón por la cual solicitó que no le sean amparados los derechos constitucionales supuestamente infringidos.

Argumenta el accionante que con la decisión del Tribunal Nacional de Ética Médica, se le han violado los siguientes derechos fundamentales a la defensa y al derecho de contradicción, al debido proceso y al acceso efectivo a la administración de justicia y que consecuencialmente con el cumplimiento de la medida se le están afectando los derechos fundamentales a la dignidad humana, al buen nombre y al trabajo.

Es menester hacer dos precisiones previas, una es la relacionada con la unidad inescindible que conforman dos decisiones judiciales cuando las mismas son coincidentes en la decisión, concepto que se ha sostenido de manera reiterada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Lo anterior significa que la segunda instancia, cuando coincide en lo decidido

por la primera instancia, no está en la obligación de repetir las mismas argumentaciones, y que por el contrario, temas bien tratados en la primera instancia, pueden ser excluidos de su manejo en la de segunda instancia, porque las dos decisiones se complementan en sus propios contenidos.
En tales circunstancias cuando se ataca una sentencia de segunda instancia en casación, o como en éste caso, por medio de una acción de tutela, porque supuestamente no trató determinados temas, o no dio respuesta a determinados interrogantes, si los mismos están adecuadamente tratados o respondidos en la decisión de primera instancia, se ha de concluir que en la " sentencia " fueron suficientemente tratados los temas cuestionados, porque al complementarse las dos decisiones, ha de entenderse que los aparentes vacíos de la una, son llenados por las consideraciones de la otra. En tal sentido la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia ha sostenido:

" Además, en consideración al principio de la unidad jurídica inescindible de la sentencia, según el cual se entienden como un solo cuerpo las sentencias de primera y segunda instancia, el reparo no está llamado a prosperar al corregir el Tribunal el error reprochado. (Lo destacado no lo es en el texto).

En el mismo sentido, esa misma Corporación sostuvo:

" Y, no puede subsanarse semejante olvido argumentando que los fallos de primera y segunda instancias conforman una unidad jurídica inescindible y por tanto lo aducido en torno a la tipicidad del delito se entiende prohijado por el superior –como lo ventiló el casacionista-, ya que este atributo solo es predicable cuando la sentencia del Ad quem es confirmatoria de la del A quo, situación que, desde luego, es ajena al asunto que nos ocupa. (Lo destacado no lo es en el texto).

Posteriormente, en el mismo sentido se sostendría por la Corporación:
" La falta de motivación de la sentencia o su deficiente motivación, consiste en que el juzgador no menciona los fundamentos de orden probatorio o jurídico que respaldan su decisión o solamente se refiere a ellos de manera tangencial, por lo que resulta imposible entender el verdadero sentido de la decisión, desconociendo así la exigencia contenida en el articulo 180 – 4 del Código de Procedimiento Penal anterior (articulo 170 – 4 del actual) relativa a que la sentencia debe contener "el análisis de los alegatos y la valoración jurídica de las pruebas en que ha de fundarse la decisión".

Evidentemente que esta clase de yerros vulnera el debido proceso y por lo tanto deben ser demandados en casación por la vía de la causal tercera, que al igual que las demás causales exige al demandante la debida demostración de su ocurrencia especificando la clase de nulidad que se pregona, con los fundamentos de su reproche y su incidencia en la decisión objeto de censura.

Para esos efectos, es pertinente que el censor tenga en cuenta que en esta sede extraordinaria LOS FALLOS DE PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA CONFORMAN UNA UNIDAD JURÍDICA INESCINDIBLE EN TODO LO QUE NO SEA CONTRARIO. Es decir, que cualquiera sea el motivo escogido para acudir en casación, es necesario examinar ambas decisiones para no incurrir en imprecisiones en cuanto a los aspectos que se atribuyen como erróneos, ante la imposibilidad de que el fallador de segunda instancia se limite a avalar los razonamientos contenidos en la decisión del a quo por que no considera necesario reiterarlos, ampliarlos o modificarlos. (...) ... Es cierto que la respuesta a las alegaciones de las partes, es condición indispensable de una debida motivación de la sentencia y su omisión, como lo ha dicho la sala, podría configurar un motivo de nulidad, siempre que con ello resulten vulneradas las garantías fundamentales de los sujetos procesales. TAL REQUERIMIENTO, SIN EMBARGO, NO PUEDE ENTENDERSE COMO OMITIDO DEL CONTENIDO DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA, QUE CONFORMA UNA UNIDAD JURÍDICA INTEGRAL CON EL DE PRIMERA, CUANDO EN ESTE NO SE HACE EXPRESA REFERENCIA A CADA UNA DE LAS INQUIETUDES PLANTEADAS POR EL SUJETO APELANTE, Y DEL CONTEXTO GENERAL DEL PRONUNCIAMIENTO SE COMPRENDAN LAS RAZONES POR LAS CUALES NO TUVIERON ACOGIDA." (Lo destacado no lo es en el texto).

Es evidente que muchos de los temas supuestamente no tocados por la decisión de segunda instancia lo fueron en la sentencia de primera, es por lo anterior que de manera hábil el accionante dirige la acción de tutela solo contra la decisión de segunda instancia y no ataca la de primera. Y no puede entenderse de otra manera, porque si las dos sentencias son condenatorias, no tiene explicación que el ataque de tutela sea solo dirigido contra la sentencia de segunda instancia.

Si lo que genera la inconformidad del acusado es el hecho de haber sido condenado disciplinariamente, igualmente ha debido dirigir su acción con-

tra la sentencia de primera instancia, que es igualmente condenatoria, pero como estima y considera que contra ésta no tiene reparos, considera que los aparentes vacíos de la sentencia de segunda instancia si pueden ser objeto de ataque por vía de tutela, desconociendo esta lógica y reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, relacionado con la unidad inescindible de las dos sentencias y el efecto de complementariedad en sus contenidos que cumplen la respecto de la otra.

De manera lamentable para la Corporación que represento, el proceso que suscita ésta acción constitucional fue devuelto al Tribunal de origen y por tanto, carecemos por el momento de la providencia mediante la cual se formularon los cargos e igualmente, la sentencia condenatoria de primera instancia.

La carencia de estos documentos esenciales para poder dar una respuesta adecuada a las postulaciones que hace el accionante, nos llevan a pedir a esa Honorable Corporación, que solicite los documentos a los que estamos haciendo alusión y nos los proporcione, para dar cabal respuesta a las postulaciones del accionante y si por la brevedad de los términos dentro de los que debe ser tramitada una tutela no lo permiten, ruego igualmente a sus señorías que de todas maneras soliciten dichos documentos, para que tengan una idea del problema jurídico planteado y para que tengan ustedes una visión completa del problema, porque es obvio, que de manera lógicamente entendible, el accionante solo menciona lo que considera que le sirve a sus intereses.

A- LA DECISIÓN DE LA SECRETARIA DE SALUD PÚBLICA EN CONTRA DEL HOSPITAL GENERAL DE BARRANQUILLA.

Es importante destacar que la Secretaría de Salud Pública de Barranquilla inició proceso administrativo contra del Hospital general de Barranquilla y el 7 de Junio de 2011 sancionó a la institución con multa de mil salarios mínimos legales mensuales vigentes por negligencia en la atención del paciente F.J.V.

Los documentos respectivos fueron enviados por la quejosa al tribunal seccional de ética médica, para ser incluidos dentro del proceso. Y en informe secretarial de 30 de septiembre de 2011 se acogieron los documentos, se anexaron al proceso y se incluyeron como prueba. Asimismo, se incluyó

copia de la auditoria efectuada por Mutualser a través de la Superintendencia de Salud, en donde califican la historia clínica y las conductas tomadas en el caso respectivo.

Los hechos anteriores, debidamente demostrados, dan respaldo a la decisión sancionatoria emitida por la justicia disciplinaria médica, porque son coincidentes en cuanto a que el caso que originó el proceso y que terminó con la muerte de Jiménez Villota, fue manejado con negligencia.

B- LA NEGLIGENCIA DEL EQUIPO MÉDICO EN LA ATENCIÓN DE PACIENTE J.V.

Relata la madre quejosa del fallecido, que a las 3 AM del 28 de febrero de 2010 ingresó al Hospital General de Barranquilla un paciente indigente NN, al cual no le prestaron atención de ningún tipo, según la madre del fallecido, por verlo en ese lamentable estado en que se presentan los habitantes de la calle que además son drogadictos.

Aparentemente hubo algo de intervención médica a las 13:30 cuando se ordenó la canalización de una vena periférica, falleciendo a las 17:00 de ese día. Es decir, a pesar de presentar un trauma craneoencefálico evidente, no ordenaron radiografías, tomografías, exámenes de laboratorio, valoraciones por especialistas diversos y demás procedimientos que se encuentran perfectamente delineados en las guías de manejo existentes a nivel universal.

Adicionalmente, entregaron una radiografía de cráneo que no correspondía al paciente en cuestión y que no demostraba fracturas, lo cual contrastaba con una placa de cráneo post-mortem tomada en Medicina Legal, la cual revelaba tres fracturas evidentes en el cráneo de la víctima.

Tampoco se practicaron los registros de ingreso completos, la historia clínica, las notas de enfermería, ni se buscaron indicios de su ropa de alguna dirección a la cual llamar para informar a los familiares, nota que de acuerdo con la quejosa Si existía en uno de los bolsillos del pantalón.

El tribunal seccional efectuó las respectivas indagaciones, entre ellas la historia clínica del paciente fallecido.

Es importante destacar que en el testimonio de la madre del fallecido, ésta afirma que su hijo llegó herido al hospital hacia las 3 AM, hora que coincide con la constancia dejada en los documentos clínicos relacionados con éste paciente.

El accionante menciona una hora diferente de llegada, aparentemente a las 6:30 de la mañana y si se tiene en cuenta, que su turno terminaba a las 7:AM, tiene la excusa perfecta para sostener que lo que alcanzó a hacer en beneficio del paciente tiene correspondencia con la escasa media hora en que el paciente estuvo bajo su responsabilidad.

Pero quienes corroboran el dicho del sancionado, funcionarios del hospital y la coprocesada, que pese a haber dejado constancia de la llegada a las tres de la mañana, después rectifica y dice que llegó a las 6:30. Es obvio que se trata de testimonios interesados, los unos por solidaridad con un compañero de trabajo y la otra, por los propios intereses debatidos en el proceso, al ser igualmente procesada por los mismos hechos.

La coincidencia entre la constancia documental dejada por la Dra. K.O. y el testimonio de la madre del paciente merecen toda la credibilidad y la excusa dada por ésta para haberse equivocado en relación con la constancia respecto de la hora de llegada del paciente no tiene aceptación, porque es una realidad, que a la llegada de cada paciente se inicia una historia clínica personal para ese paciente; de tal manera que la argumentación de que la equivocación obedeció a la llegada de varios pacientes en las mismas condiciones no es de recibo, por ser la historia clínica perfectamente individual y personal.

C- LAS CONTRADICCIONES EN LAS DECLARACIONES DE LOS IMPLICADOS

En una diligencia de descargos llena de contradicciones, cada uno de los acusados trato de desvirtuar los cargos en su contra sin lograrlo, lo cual llevó al tribunal seccional a declararlos culpables de trasgredir varios artículos de la Ley 23 de 1981. El Doctor H.M.E.N los artículos 10, 13 y 34. Y la doctora K.O.G. los artículos 10 y 13 de la misma ley.

D- LOS PUNTOS ESENCIALES DE LA APELACIÓN

El abogado LUIGI CARLO CIANCI FLÓREZ, dentro de términos legales, interpuso recurso de apelación, basando su inconformidad en los siguientes puntos:

No es lo mismo no dedicar el tiempo suficiente para efectuar una valoración adecuada de las condiciones de salud del enfermo que una inadecuada valoración y mal manejo, toda vez que debió remitirse el paciente a centro de mayor complejidad. Esto hace que aparezca incongruente la imputación y la decisión de condena.

El médico sí dedico el tiempo necesario a su paciente, pues en la escasa media hora que le quedaba de turno efectuó el diagnóstico y oriento la terapéutica seguir. Y esto fue después de las 6:30 AM.
Se está violando el principio de presunción de inocencia.

La respuesta del tribunal de segunda instancia se fundamentó en lo siguiente:

> a- No es lo mismo no dedicar el tiempo suficiente para efectuar una valoración adecuada de las condiciones de salud del enfermo que una inadecuada valoración y mal manejo, toda vez que debió remitirse el paciente a centro de mayor complejidad. Esto hace que aparezca incongruente la imputación y la decisión de condena.
>
> Este jueguito de palabras es habilidoso, contradictorio y tiene un sabor a escolástica de bajo nivel. Una valoración inadecuada también es una inadecuada valoración. Y ambas conducen a un mal enfoque en el manejo de un paciente grave.
>
> b- El médico sí dedicó el tiempo necesario a su paciente, pues en la escasa media hora que le quedaba de turno efectuó el diagnóstico y orientó la terapéutica a seguir. Y esto fue después de las 6:30 AM.
> Que pasó entonces entre las 3 AM y las 6:30 AM que el doctor entregaba el turno? Se hablaba de múltiples indigentes que atiborraban el servicio de urgencias mi pregunta que surge es: a cual atendieron correctamente? Y por qué no a F.J.V. que era el más grave? Quizás porque era el más repulsivo?

c- Se está violando el principio de presunción de inocencia.

Absolutamente falso. Se le dieron a los investigados todas las garantías procesales y las oportunidades de defensa, partiendo precisamente de la presunción de inocencia.

Nos parece que le sentencia aplicada es demasiado leve para las faltas cometidas. sin embargo, en aras de no trasgredir el principio de la prohibición de la reformatio in pejus, debemos confirmar la leve sanción impuesta a los doctores implicados.

E- LAS CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL RESPECTO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS INDIGENTES

Consideramos que son válidas las disertaciones sobre

- Fundamentación de los derechos humanos
- Estado social de Derecho
- Dignidad humana
- Compasión humana

Fueron importantes en defensa de la argumentación para tomar la decisión, por las implicaciones que tiene el manejo de este paciente, motivo de queja por parte de la madre del paciente indigente y de condena al hospital por parte de la Superintendencia de Salud Regional.

Y esto, a pesar de la despectiva referencia que a ellas hace la defensa del médico encartado en la tutela, cuando se refiere a ellas como “una especie de corta y pega”

F- LA FUNDAMENTACIÓN POBRE DEL TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

El tribunal Nacional coincidió y aprobó el análisis y la decisión de la primera instancia, que había analizado suficientemente los puntos que el médico condenado refiere como “haber sido atacados por el defensor”, como si el “ataque” constituyera suficiente base para desvirtuarlos.

G-EL ARGUMENTO ENTRE LA IMPUTACIÓN FÁCTICA DE LA IMPUTACIÓN INICIAL Y LA QUE SE TOMA EN LA DECISIÓN SANCIONATORIA.

Refiere el condenado que hubo diferencia entre la imputación fáctica inicial y la que se tomó en la decisión sancionatoria.

Y basa su argumento en que en la primera se habla de "no haberle dedicado al paciente el tiempo necesario para su valoración" y en la segunda se señala una "inadecuada valoración". Cual es aquí la diferencia esencial aparte de un cambio en las palabras que significan exactamente lo mismo ?.

Es claro que por la falta de atención adecuada al paciente, surge una inadecuada valoración que se evidencia en el hecho de no haber ordenado los exámenes diagnósticos radiográficos necesarios, que de haberse hecho, habrían informado a los galenos de las diversas fractura craneoencefálicas que presentaba el paciente y se hubieran podido tomar las medidas quirúrgicas necesarias para evitar el nefasto resultado fatal.

H- LA DIFERENCIA EN LA CONSIGNACIÓN DE LA HORA DE INGRESO DEL PACIENTE.

Lo que se determina en la epicrisis del paciente fallecido es la entrada del enfermo a urgencias a las 3:16 y no a las 6:40. Y luego se trata de corregir por medio de declaraciones de la doctora que efectuó dicha epicrisis.

Esto se justificó mencionando la hora de ingreso de otros tres pacientes graves a las 3 AM. Y no debe olvidarse que la madre del paciente igualmente señala que la hora de llegada del paciente fue a esa misma hora. Después es que resultan testimonios interesados que hablan de una llegada más tarde, horario que le servía al médico responsable en la búsqueda de excusas absolutorias de lo que finalmente se demostró como una evidente negligencia en el manejo del paciente, respecto del cual, si se hubieran realizado las actividades médicas necesarias que señalan los respectivos protocolos, es probable que el resultado final hubiera sido diferente.

Me pregunto si el cambio en el criterio de la hora de ingreso admitiendo un error en la consideración del mismo puede ser aceptado como un simple error o como una declaración que reforma la hora consignada de ingreso en la epicrisis, con la evidente intención de proteger al médico E.N.

Por lo demás, el argumento también es pobre, pues cada historia clínica se efectúa de manera individual y no en forma colectiva. Por lo tanto cada enfermo tiene sus propias circunstancias, no solamente respecto de la enfermedad, sino en las horas de atención

I-LA UNIÓN PROCESAL QUE SE HACE ENTRE LA DECISIÓN DE LA PRIMERA INSTANCIA Y LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE ALZADA.

Se menciona en uno de los puntos de análisis de la apelación, cuando se dice que se le dieron a los investigados todas las garantías procesales y las oportunidades de defensa, partiendo precisamente de la presunción de inocencia.

En relación con éste punto es el propio accionante quien reconoce que hubo un dinámico debate probatorio y consecuentemente un adecuado ejercicio del derecho a la defensa. En el memorial de tutela el accionante reconoce: " Luego de un extenso debate probatorio en donde se recepcionaron declaraciones juradas, se trasladaron pruebas practicadas en el Tribunal de Ética de Enfermería y se realizaron inspecciones judiciales entre otras, el 1 de agosto de 2010, el Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico toma la decisión preliminar sobre el caso decidiendo elevar pliego de cargos en contra de la doctora K.O.G. y del suscrito H.M.E.N.

El 6 de marzo de 2013, luego de que se arrimaran unas pruebas solicitadas por mi defensor, el Tribunal en Sala Plena dicta Decisión de fondo, hallándome responsable por violación de la Ley 23 de 1981, imponiéndome como sanción la suspensión de un mes en el ejercicio profesional.

J- EL TRIBUNAL NACIONAL SI LEYÓ Y ANALIZÓ TODO EL EXPEDIENTE ENVIADO EN LA APELACIÓN. DE HECHO SIEMPRE LO HACE CON TODOS LOS CASOS SOMETIDOS AL RECURSO DE ALZADA.

Por lo anterior esta consideración que efectúa el médico disciplinado, muy seguramente siguiendo las indicaciones y la redacción practicada por su abogado defensor es injusta y no corresponde a la realidad reflejada en las pruebas del proceso.

K- LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA.

Se apoya también en la parte considerativa y decisoria del tribunal de primera instancia, con las cuales el ad quem se encontró totalmente de acuerdo y sirvió para fundamentar la decisión de apoyar la sanción aplicada por el a-quo.

Volvemos a recordar la tesis jurisprudencial sostenida por nuestra Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que cuando dos sentencias son coincidentes en lo resuelto, forman una unidad jurídica inescindible y por ello se complementan en su contenido. En tales circunstancias, si se considera que un tema no fue tratado suficientemente en la segunda instancia y el mismo tema fue tratado con amplitud en la sentencia de primera instancia, en éste aspecto se complementan y por tal motivo no podría afirmarse que tal tema no fue tratado o lo fue insuficientemente en la sentencia de segunda instancia, cuando ya había sido tratado con suficiencia en la sentencia de primera instancia.

L- LA DESPROPORCIÓN EN LAS SANCIONES.

Se sancionó a los dos médicos implicados en la atención del paciente fallecido, pues actuaron como un equipo médico. Y basados en lo consignado en la epicrisis respecto de la hora de ingreso, cabía responsabilidad al primero por haber transcurrido casi 4 horas para atender al enfermo. Y a la segunda, por la atención entre la 7 am y las 5 pm, que tampoco fue aceptable La supuesta desproporción es que mientras el accionante solo tuvo al paciente bajo su responsabilidad durante media hora, su colega y compañera de proceso, lo tuvo por un tiempo mayor, pero esta consideración se hace con el fundamento de que la hora de llegada del paciente fue a las 6:30 de la mañana y como ya se vio, existen medios de convicción a los que el Tribunal les brindó credibilidad que demuestran que el paciente llegó en realidad a las 3AM.

I-ENVÍO DEL EXPEDIENTE CONTENTIVO DE LA INVESTIGACIÓN ÉTICO DISCIPLINARIA EN CONTRA DE E.N.

Reiteramos la petición inicialmente formulada, es imposible poder responder todas las postulaciones del accionante, porque este tipo de Corporaciones maneja cantidades de procesos y una vez fallados, solo queda en los archivos la copia de la providencia que se dictó.

No recordamos en su totalidad el contenido de la sentencia de primera instancia y tampoco, lo discernido en la decisión de formulación de cargos. En el corte período de 24 horas, termino por el que se nos corrió el presente traslado, es imposible, haber hechos las diligencias para obtener tales copias. En tales condiciones rogamos a la Honorable Corporación que en pruebas decretadas de oficio, solicite la decisión de formulación de cargos y se analice en su integridad, la sentencia de primera instancia.

En las circunstancias precedentes, de manera comedida, solicitamos que no se amparen los derechos supuestamente vulnerados al accionante, porque los mismos fueron respetados y por tanto no deben ser amparados.

LA DECISIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

El Tribunal Superior de Barranquilla, a pesar de las consideraciones del Tribunal Nacional de Ética Médica, amparó los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, por lo cual decidió dejar sin efectos la Decisión de Fondo de 28 de mayo de 2013 del juez disciplinario en segunda instancia y ordenó proferir decisión de segunda instancia, con los soportes argumentativos, fundamentada en elementos probatorios fácticos y normativos que resuelvan cada uno de los puntos señalados por el actor en su escrito de apelación

Obedeciendo la orden del Tribunal Superior de Barranquilla, que actúa en calidad de Juez Constitucional, procede este Tribunal Nacional de Ética Médica a lo ordenado en la decisión originada en la acción de tutela mencionada

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

De nuevo, se especifican los puntos de la apelación en la siguiente forma:

1- No es lo mismo no dedicar el tiempo suficiente para efectuar una valoración adecuada de las condiciones de salud del enfermo que una inadecuada valoración y mal manejo, toda vez que debió remitirse el paciente a centro de mayor complejidad. Esto hace que aparezca incongruente la imputación y la decisión de condena.

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico determinó en su decisión (Folios 438 a 443) concluyó que los médicos implicados no valoraron adecuadamente al paciente y, lo que es aun mas grave, no lo remitieron oportunamente a un centro de mayor nivel que lo pudiera atender de manera adecuada

No entendemos el juego de palabras del defensor de E.N. . Para esta superioridad una "mala valoración" es también una "valoración inadecuada". Y ambas conducen a un mal enfoque en el manejo de un paciente grave

2- El médico sí dedico el tiempo necesario a su paciente, pues en la escasa media hora que le quedaba de turno efectúo el diagnostico y oriento la terapéutica a seguir. Y esto fue después de las 6:30 AM.
Este es uno de los puntos clave en la fundamentación de la defensa de los médicos implicados. Procedemos entonces de nuevo a analizar todo el material probatorio, frase por frase y encontramos lo siguiente:

A- La llegada del paciente al Hospital General de Barranquilla fue a las 3 (tres) de la mañana del 28 de febrero de 2010, según declaración de la madre del occiso y quejosa principal en este proceso. Folio 2 del cuaderno principal.

B- En la historia clínica de ingreso obrante a folio 11, se encuentra una anotación respecto de la hora de ingreso del paciente, que señala dicha hora como las 3:16 (tres y dieciséis minutos)

C- En las notas de enfermería de la historia clínica se consigna como la hora de ingreso las 3:16 de la mañana. Folio 13

D- El primer control de signos vitales tiene efecto, de acuerdo con lo consignado en la historia clínica, la 1 y 16 de la mañana. Folio 19

E- La primera administración de medicamentos es efectuada a las 3:30 de la mañana, de acuerdo con el registro de administración de medicamentos (folio 20)

F- La liquidación inicial de la administración de oxigeno, obrante a folio 21, está anotada como las 2 AM

G- En la ampliación de la queja por parte de la señora madre del paciente fallecido, que se encuentra en el folio 41, insiste en que la atención inicial no fue a las 7 de la mañana sino a las 3 AM

H- En la queja ante la Secretaria de Salud de Barranquilla, se insiste en la hora de llegada del paciente siendo las 3:16 AM

I- El reporte oficial del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, determina que la hora de ocurrencia de los hechos fue las

3:16 AM. Folio 48
J- El reporte de la Fiscalía General de la Nación, en el levantamiento del cadáver, expresa que la hora de ocurrencia de los hechos fue 3:16 AM. Folio 54
K- El reporte de la Policía Judicial obrante a folio 60, expresa que los hechos ocurrieron a las 3:16 AM
L- En la lista de ingresos al servicio de urgencias, obrante a folio 92, se reporta el ingreso del paciente a las "13:16". Pero esta hora se encuentra luego de otro ingreso de un paciente diferente a las 12:51 y ciertamente consignada antes de las 7AM, transcurso de tiempo en el que se atendieron varios pacientes.
M- En la declaración de la enfermera LEONOR VEGA aparece en el folio 98 que el paciente llego al servicio de urgencias una o dos horas después de las 11 PM
N- En la investigación ordenada por la Alcaldía de Barranquilla, que aparece en los folios 149 y 163 se habla de un ingreso a la 1:16 de la mañana. Ciertamente antes de las 7 AM
O- En la declaración del médico E.N. , depositada en el folio 181 del cuaderno principal, al ponerle el Magistrado Instructor de presente la hora de ingreso en lo que se refiere a la administración de medicamentos, siendo la primera las 3:30 AM, el acusado dice que "no sabe la razón por la cual aparecen esas horas"
P- La investigación por parte de Auditoria Médica encargada a "Mutual ser", que reposa en los folios 237 a 239, se afirma que la llegada del traumatizado fue antes de las 6 AM
Q- La Secretaria de Salud de Barranquilla, en la sanción impuesta a la IPS Caprecom- Hospital General de Barranquilla por mal manejo de este enfermo, afirma que la llegada fue a las 3:16 AM
R- En el análisis probatorio del Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico se determina que, efectivamente, la hora de llegada fue las 3:16 AM

Que pasó entonces entre las 3 AM y las 6:30 AM que el doctor entregaba el turno? Se hablaba de múltiples indigentes que atiborraban el servicio de urgencias, la pregunta que surge es: a cual atendieron correctamente? Y por qué no a F.J.V. que era el mas grave?

A partir de los siguientes días se cambia la hora de ingreso del paciente, afirmando que llegó a las 6:30, según algunos y a las 6:45 según otros. Esto

incluye a los acusados, E, y O., que son reforzados por las declaraciones de C,J, N.C, J.V y M.B.

En apariencia, la diferencia de criterios respecto de la hora de ingreso del paciente seria motivo de una duda procesal que debería resolverse en favor del acusado. Sin embargo, las pruebas testimoniales y documentales señalan sin lugar a dudas que el ingreso del occiso fue alrededor de las 3 de la mañana

3- Se esta violando el principio de presunción de inocencia

Absolutamente falso. Se le dieron a los investigados todas las garantías procesales y las oportunidades de defensa, partiendo precisamente de la presunción de inocencia

Y parte de lo que la defensa de E.N. afirma como haber sido sometida a contradicción por su parte, se basa en la declaración de la doctora K.O.G. , quien es la otra acusada y condenada en primera instancia en este proceso Ese defensor al que nos referimos, plantea argumentos que no son de aceptación para este Tribunal Nacional de Ética Médica. Y el material probatorio analizado en esta providencia contradice su dicho de manera detallada

Le recordamos al defensor de E.N. que lo que afirma como "desvirtuar" se basa en la ilusa consideración de "haber sido atacados por el defensor", como si el "ataque" constituyera suficiente base para desvirtuarlos.

4- Los acusados no violaron el articulo 10 de la Ley 23 de 1981, porque el médico E.N. sólo contó con treinta minutos para atender al paciente, que había llegado a las 6:30, pues su turno finalizaba a las 7:00

Esto se basa en la afirmación de haber ingresado el paciente a las 6:30. Coloca entonces a su defendido en posición de "héroe" de la medicina, pues en apenas treinta minutos atendió al paciente y dispuso su manejo.

A este respecto, este tribunal nacional solamente puede señalar la demostración de la verdadera hora de ingreso del infortunado paciente, que como se ha analizado, llegó mucho antes de las 6.30 AM. De otro lado, un buen médico no cuenta los minutos que le quedan para terminar su jornada,

cuando se enfrenta a un paciente de semejante gravedad como la del paciente en mención, que terminó falleciendo a las pocas horas de su ingreso

5- Tampoco se violó el articulo 13 de la Ley 23 de 1981.

Esto tampoco corresponde a la realidad. Dice el Artículo 13 de dicha ley: 2El médico usará los métodos y medicamentos a su disposición o alcance, mientras subsista la esperanza de aliviar o curar la enfermedad. Cuando exista diagnóstico de muerte cerebral, no es su obligación mantener el funcionamiento de otros órganos o aparatos por medios artificiales."

Ambos enjuiciados dejaron de utilizar los métodos y medicamentos a su disposición o alcance, debido a su demora en la atención del enfermo y a la deficiente valoración de sus condiciones médicas, lo cual lo llevó rápidamente a la muerte.

En este se incluye la falta de remisión a un centro de mayor complejidad.

6- Tampoco se violó el articulo 34 del Código de Ética Médica.

Solo de manera ilustrativa y no en una acción de "corte y pega" que ha sido señalada por la defensa, transcribimos el mencionado artículo:

Artículo 34. La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado, sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley".

Es evidente que los médicos implicados en este difícil proceso no efectuaron una historia clínica adecuada que ayudará a determinar el mejor manejo del paciente.

Adicionalmente, llama la atención la falsedad presentada respecto de los estudios radiográficos. En una ocasión se presentaron placas radiológicas que no mostraban fracturas y que evidentemente correspondían a otro paciente. El enfermo y occiso motivo de este proceso, de acuerdo con los estudios de medicina legal, mostraba al menos tres fracturas de cráneo. Y en la declaración de la quejosa, obrante a folio 5 del cuaderno principal, consta que dichas radiografías jamás fueron practicadas debido a la inquietud del paciente severamente lesionado. Esto se ratifica en el folio 42.

7- La denominada "desproporción" en las sanciones impuestas a los médicos encartados.

En esto estamos de acuerdo, pero en sentido contrario. Nos parece que le sentencia aplicada es demasiado leve para las faltas cometidas. Sin embargo, en aras de no trasgredir el principio de prohibición de la reformatio in pejus, debemos confirmar la leve sanción impuesta a los doctores implicados.

Adicionalmente, dejamos constancia clara y expresa que compartimos en toda su extensión el análisis y la decisión del Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico, respecto de la actuación de los médicos condenados, enfatizando en la unidad que constituyen los fallos de primera y segunda instancia, como se ha mencionado en la contestación inicial de la acción de tutela en contra de este Tribunal Nacional.

Son suficientes las consideraciones anteriores para que el TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA en uso de las facultades que le confiere la Ley.

RESUELVA

Artículo Primero - Confirmar como en efecto confirma la sanción de suspensión en el ejercicio de la medicina por el término de un (01) mes, a los doctores H.M.E.N , identificado con la cédula de ciudadanía No…..expedida en …. y K.O.G. , identificada con la cédula de ciudadanía número …. expedida en …. **Artículo Segundo** - Con la anterior providencia consideramos obedecida la acción de tutela en contra del Tribunal Nacional de Ética Médica. **Artículo Tercero** - Contra esta providencia no procede recurso alguno. **Artículo Cuarto** - Devolver el expediente al tribunal de origen para su archivo.**COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. EFRAÍM OTERO RUÍZ, Presidente-Magistrado; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado Ponente; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS. Asesor y MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaría.

ANÁLISIS SOBRE EL LIBRO "INTERMITENCIAS DE LA MUERTE" DE JOSE SARAMAGO

REFLEXIONES PERSONALES SOBRE LA MUERTE EN LA POESIA

FERNANDO GUZMÁN MORA, MD, MSCi
Médico. Universidad del Rosario
Especialista en Anatomopatología. Universidad del Rosario
Especialista en Cirugía General. Universidad Javeriana
Especialista en Cirugía Cardiovascular. U of Newcastle upon Tyne
Especialista en Administración en Salud. Universidad Santo Tomas
Abogado. Magna Cum Laude. Universidad Militar Nueva Granada
Magister en Derecho Penal. Universidad Libre Bogotá
Especialista en Bioética. Universidad El Bosque
Aspirante a Maestría en Bioética. Universidad El Bosque
Expresidente Nacional. Federación Médica Colombiana
Magistrado y Presidente. Tribunal Nacional de Ética Médica
Vicepresidente. Colegio Médico de Cundinamarca (FMC)
Asesor Médico Jurídico. Hospital Militar Central
Profesor Titular de Cirugía. Universidad del Rosario
Profesor de Cirugía. AH. UMNG
Catedrático de Derecho Médico. Universidad del Rosario

I-RESEÑA DEL AUTOR

José Saramago nació en Azinhaga (Santarém, Portugal) el 16 de noviembre de 1922 y murió en Tias (España) en 2010.
Hijo de campesinos pobres y perteneciente a familias de artesanos, jamás olvidó su origen humilde, el cual influyó profundamente en sus ideas de izquierda por el resto de su vida.
Trabajó en todos los oficios posibles, la mayoría humildes. De hecho, tuvo que abandonar sus estudios en la adolescencia para trabajar de jornalero, cerrajero, mecánico y tipógrafo.
Su familia vivió un tiempo en Argentina y luego se establecieron definitivamente en Lisboa.

Fue traductor de autores rusos y franceses y se unió a la Asociación de escritores portugueses.

En 1947 publicó Tierra de Pecado, para luego guardar in silencio de dos décadas, luego de las cuales editó un libro de poesías en 1966: Poemas Posibles. En 1970 salio a la luz su obra poética Probablemente Alegría, saturada de erotismo y amor.

En 1975 fue codirector del Diario de Noticias de Lisboa y fue militante del Partido Comunista Portugués toda su vida. Sus obras están imbuidas de experiencias de su propia vida y poseen un profundo contenido social. En 1977 apareció su Manual de Pintura y Caligrafía y en 1980 Alzado del suelo. Dos años después publicó la novela Memorial del Convento, con la cual alcanzó renombre internacional. A ella siguieron El año de la muerte de Ricardo Reis, La balsa de piedra, Historia del cerco de Lisboa, In nomine Dei, El evangelio según Jesucristo, Casi un objeto, Viaje a Portugal y Ensayo sobre la ceguera, entre 1982 y 1996.

A ellas siguieron Todos los nombres y Cuadernos de Lanzarote.

Entre sus galardones se cuentan doctorados Honoris Causa por las universidades de México, Madrid, Salamanca, El Salvador, Costa Rica, Sevilla, Turín, Valencia, Manchester, Castilla y Brasilia.

Recibió el premio Camoes, uno de los máximos reconocimientos a los literatos de lengua portuguesa. Fue proclamado Premio Nobel de Literatura en 1988.

Luego escribió La Caverna, El hombre duplicado, Ensayo sobre la Lucidez, Las intermitencias de la muerte, Las pequeñas memorias, El viaje del elefante y Caín (2009)

Como poeta fue también brillante. En su obra Catorce de Junio expresa:

> *Cerremos esta puerta. Lentas, despacio, que nuestras ropas caigan*
> *Como de sí mismos se desnudarían dioses. Y nosotros lo somos, aunque humanos. Es nada lo que nos ha sido dado. No hablemos pues, sólo suspiremos Porque el tiempo nos mira. Alguien habrá creado antes de ti el sol, Y la luna, y el cometa, el espacio negro, Las estrellas infinitas.*

Ahora juntos, ¿qué haremos? Sea el mundo. Como barco en el mar, o pan en la mesa, O el rumoroso lecho. No se alejó el tiempo, no se fue. Asiste y quiere. Su mirada aguda ya era una pregunta A la primera palabra que decimos: Todo.

Y en Estudio de Desnudo:

Esa línea que nace de tus hombros, Que se prolonga en brazos, después mano, Esos círculos tangentes, geminados, Cuyo centro en cono se resuelve, Agudamente erguidos hacia los labios Que ansiosos de los tuyos se desprenden. Esas dos parábolas que te encierran En el quebrar ondulado de cintura, Las calipigias cicloides superpuestas Al trazo de las columnas invertidas: Tibios muslos de líneas envolventes, Torneada espiral que no se extingue. Esa curva tan suave que dibuja Sobre tu vientre un arco reposado, Ese triángulo oscuro que fulgura, Camino y sello de la puerta de tu cuerpo, Donde el estudio que de desnudo hago Se transforma en cuadro terminado.

Algunas de sus frases mas agudas son:

De la vida iremos tranquilos, no teniendo ni el remordimiento de haberla vivido.

A los dioses pido sólo que me concedan el no pedirles nada.

Dios quiera que no se extinga nunca la caridad para que no se acabe la tristeza.

Cuando se cree en milagros ya no hay nada que esperar de la esperanza.

Por eso es dudoso que Cristo se haya despedido de la vida, con las palabras de la escritura, las de Mateo y Marcos, Dios mío, Dios mío, por qué me has abandonado, o las de Lucas, Padre, en tus manos entrego mi espíritu, o las de Juan, Todo se ha cumplido, lo que Cristo dijo fue, palabra de honor, cualquier persona del pueblo sabe que es verdad, Adiós mundo, que vas cada vez peor.

Comenzaré preguntándole si sabe cuántas personas forman un matrimonio, Dos, el hombre y la mujer, No señor, en el matrimonio existen

tres personas, está la mujer, está el hombre y está lo que llamo tercera persona, la más importante, la persona que está constituida por el hombre y la mujer juntos, Nunca había pensado en eso, Si uno de los dos comete adulterio, por ejemplo, el más ofendido, el que recibe el golpe más profundo, por muy increíble que esto le parezca, no es el otro, sino ese otro que es la pareja, no es el uno, es la unión de los dos, Y se puede vivir realmente con ese uno hecho de dos, a mí ya me cuesta trabajo vivir conmigo mismo, Lo más común en el matrimonio es que se vea al hombre o a la mujer, o a ambos, cada uno por su lado queriendo destruir a ese tercero que ellos son, ese que resiste, ese que quiere sobrevivir sea como sea.

A una niña que nació en los últimos días de la guerra civil española le dieron los padres el justo nombre de Libertad. (Digo justo porque está claro que ellos amaban a ambas por igual). Como al fascismo no le podía gustar un nombre así, los sinsabores y contrariedades fueron tales y tantos que la pobre no tuvo otro remedio que pasar a llamarse Josefa. Cuando se entró en la «transición democrática», Libertad quiso recuperar su verdadera identidad. Sólo ahora ha llegado a conseguirlo, al cabo de casi veinte años de insensateces burocráticas, despachada de ventanilla en ventanilla, escribiendo instancias, presentando pruebas, todos los días derrotada por la indiferencia o por la mala voluntad de funcionarios que serian de ella, regresando todos los días a la carga con estas simples palabras: «Quiero mi nombre». Finalmente ya lo tiene, pero la democracia fue más lenta en restituírselo que el fascismo en quitárselo.

Un Dios capaz de inventar el infierno no merece nuestro respeto.

Pero aquí estamos tratando con humanos, y los humanos son universalmente conocidos cómo los únicos animales capaces de mentir, siendo cierto que si a veces lo hacen por miedo, y a veces por interés, también a veces lo hacer porque comprenden a tiempo que esa es la única manera a su alcance de defender la verdad.

La iglesia, señor primer ministro, está de tal manera habituada a las respuestas eternas que no puedo imaginarla dando otras, Aunque la realidad las contradiga, Desde el principio no hemos hecho otra cosa que contradecir la realidad, y aquí estamos.

Cuando el premio Nobel falleció, la doctora Liliana Weinberg, doctora en letras hispánicas, expresó:

Umberto Eco se preguntó en cierta oportunidad en qué creen los que no creen. Condenado por la iglesia, perseguido por hereje, Saramago en realidad era profundamente creyente: creía en la fuerza de la razón y en el poder de la observación, en la necesidad de desanestesiarnos, en la mejorabilidad de la condición humana a partir del ejercicio del pensamiento, del compromiso, de la responsabilidad. Si Antonio Machado hablaba de "esa segunda inocencia que da en no creer en nada", Saramago ejercía la segunda malicia que da en volver a mirar, volver a pensar, volver a observarlo y repensarlo todo de manera responsable y hasta las últimas consecuencias.

II- LAS INTERMITENCIAS DE LA MUERTE

El ser humano siempre ha creído que el triunfo máximo de la especie es la derrota completa de la muerte. Es decir, la obtención definitiva de la inmortalidad.

Pero Saramago con su obra LAS INTERMITENCIAS DE LA MUERTE, pone a reflexionar sobre lo que significaría la desaparición de la, en apariencia, horrible parca.

Seria un verdadero desastre!!!!

Porque una gran parte de la humanidad sobrevive de la idea y de la realidad de la muerte.

Las familias protegen a sus miembros con todas sus fuerzas de la permanente acechanza de la muerte.

Las sociedades organizan la vida de sus miembros teniendo en cuenta la brevedad de la vida y la necesaria terminación de la misma con la muerte. Las religiones basan su supervivencia en la explotación de la idea mortuoria y en la amenaza de un castigo si no se someten las personas en vida a las veleidades de los dogmas religiosos. Y a los ricos les quitan intentando comprar con sus donativos la garantía de una eternidad placentera. Y a los pobres los explotan prometiendo que la recompensa se vera, justamente, después de la muerte.

La medicina centra sus estudios y su practica en la periódica lucha del médico en contra de la muerte, siendo el campo de batalla el golpeado cuerpo de los enfermos.

El hampa goza con el poder de poder arrebatar la vida a disposición de los sicarios homicidas.

El Estado obliga a obedecer la Ley con la amenaza suprema de la pena de muerte o con el reto de encarcelar a los transgresores en la prisión, construyendo así una figura especial semejante a la muerte en vida.

Los modernos mercaderes construyen y trafican con armas, que brindan la ilusión de un poder permanente y la omnipotente arrogancia del hombre armado, quien se siente el señor de la vida y de la muerte.

Los negociantes de órganos solo esperan a que la muerte se lleve de manera parcial al posible donante, para poder arrebatarle las preciadas vísceras que podrán ser transplantadas a un buen precio.

Y alrededor de la muerte florecen los negocios lucrativos: los enterradores, los hombres de fe que podrán enderezar la suerte y el castigo de los fallecidos a través de la compra de indulgencias, efectivas en el otro mundo. Los aseguradores, que trafican con la ilusión de un beneficio económico obtenido luego del evento final. Los periódicos cosechan enormes ganancias con los avisos de condolencias y las invitaciones al evento social de los entierros. Los sepultureros que recogen las migajas que les quieren arrojar los sobrevivientes del difunto de manera despectiva. Los médicos y enfermeras que ayudan a bien morir. Los compositores de marchas fúnebres. Los cantantes y las orquestas que acompañan con desgarradores notas el dolor de los multiples deudos del fallecido. Los pintores que viven de la reproducción imaginaria de la calumniada parca.

En la obra representada por el curso II de la Maestria de Bioetica de la Universidad El Bosque, se representò esta imagen a través del imaginario interrogatorio a un representante del gremio fúnebre, a punto de quebrarse con la desaparición de la muerte en el obra de Saramago:

> *PERIODISTA: buenos días, ante la perspectiva de una catastrófica quiebra que acontece al gremio funéreo, este convocó asamblea gene-*

ral del sector, a cuyo término, todas ellas improductivas dada la falta de colaboración de la muerte, aprobaron un documento para someterlo a consideración del gobierno de la nación, y que fue presentado a debate. Estamos con el represente del gremio en estudio.
Doctor, ¿Qué motivó a la federación de funerarias a reunirse en asamblea?

REPRESENTANTE: Nos hemos reunido en asamblea general extraordinaria para examinar la gravísima crisis con motivo de la falta de abastecimiento en todo el país, y como ud ya ha dicho, ante la falta de colaboración de la muerte, y hemos llegado a la conclusión de que todavía es posible evitar las dramáticas consecuencias de lo que sin duda pasará a la historia como la peor calamidad colectiva que nos cayó encima.

PERIODISTA: ¿Como agremiación funérea, qué esperan del gobierno?

REPRESENTANTE: esperamos que el gobierno decida declarar obligatorios los entierros o la incineración de todos los animales domésticos que fenezcan de muerte natural o por accidente, y que tal entierro o incineración, regulados y aprobados, sean obligatoriamente realizados por la industria funeraria, teniendo en cuenta los méritos prestados en el pasado como auténtico servicio público que hemos sido.

PERIODISTA: ¿Esperan algún tipo de auxilio, cómo piensan sobrellevar la crisis económica que esta situación conlleva?

REPRESENTANTE: Claro, al respecto, solicitamos la mejor atención del gobierno para con el hecho de que la indispensable reconversión de la industria no será viable sin abultadas inversiones.

PERIODISTA: Quiere usted decir con esto que es lo mismo sepultar a un ser humano que llevar hasta su última morada a un gato o un canario, o cualquier otro animal?

REPRESENTANTE: solo consideramos que es necesario reformular de arriba abajo nuestro hacer tradicional.
Rogamos, con vista a la merecida protección de una profesión a lo largo de milenios clasificada de utilidad pública, se digne considerar,

no solamente la urgencia de una decisión favorable, sino también en paralelo, la apertura de una línea de créditos bonificados, o mejor, la concesión de préstamos a fondo perdido que ayuden a viabilizar la rápida revitalización de un sector cuya supervivencia se encuentra amenazada por primera vez en la historia.

En nombre de Dios y en nombre de la muerte, se han cometido las peores infamias y los peores atropellos en la vida de las sociedades.
Y la real conclusión es: la muerte es el evento mas importante de la vida. Es la solución a todas las desgracias y el pago final a todas las vanidades humanas.

Bienvenida sea la muerte. La eternidad debe ser demasiado aburrida!!!!!

III- ELUCUBRACIONES SOBRE LA MUERTE Y SU REPRESENTACION EN LA POESIA UNIVERSAL

Habiendo analizado someramente esta obra de Saramago, quiero plantear unas disertaciones sobre determinados aspectos de la muerte

1- QUE ES LA MUERTE ? LA VIEJA PREGUNTA

Hoy, cuando las tecnologías de punta van rompiendo como lanzas el velo de muchos misterios, precisamente hoy es conveniente tomar al menos un minuto para ver si ahora, por fin, el "progreso" alcanza a darnos la respuesta a esas viejas inquietudes de adolescentes, pero que permanecen en lo mas hondo de la conciencia humana : Qué es la vida ? Qué es la muerte ? Hoy, cuando la luna ha sido hollada y los buses espaciales van y vienen; cuando la medicina hace portentos: los cojos caminan, los ciegos ven y los corazones trabajan al ritmo de la batería implantada... es bueno ojear nuevamente el álbum de fotografías en blanco y negro para medir la distancia entre añoranzas humanas que muestran un camino recorrido con tanto trabajo, dolor y placer, y que son, al fin de cuentas, lo único propio que como especie nos queda.

Caminante, son tus huellas
el camino, y nada más;
Caminante, no hay camino,
se hace camino al andar.

Al andar se hace camino,
y al volver la vista atrás
se ve la senda que nunca
se ha de volver a pisar.
Caminante, no hay camino,
sino estelas en la mar.
(Antonio Machado)

Alguna vez fuimos seres inocentes. Pequeños sabedores de nuestro minúsculo valor en el universo. Niños. Nosotros mismos o nuestros hijos, o cualquier niño que veamos... Pero crecemos y un fuego fatuo nos deslumbra. Entonces, solo cuando sentimos la inmensidad de la muerte, cuando miramos el mar, o el cielo en donde caben todas las nubes, un profundo respeto y una humildad de hormiga nos invade.

La muerte se va haciendo presente en el transcurso del tiempo, hasta que llega inexorable como un fenómeno natural, pero difícilmente aceptado.
No meditar en tan definitivo asunto, renunciar al pensamiento de esta realidad futura y cercana, negarnos a entender, a aceptar, a vivir con esta inseparable compañera y dejar que el mundo nos intoxique, sin darle trascendencia al momento, ni cariño al prójimo, ni altura a nuestro obrar resulta, por demás, una mala receta !

No son los muertos los que en dulce calma
la paz disfrutan de la tumba fría,
muertos son los que tienen muerta el alma
y viven todavíala vida es el honor, es el recuerdo;
por eso hay muertos que en el mundo viven
y hombres que viven, en el mundo, muertos.
(Antonio Munoz Feijoo)

furores de impotencia soñadora,
horas benditas de felices días,
ayes del roto corazón que llora:
eso encierra esa humilde fosa.
No pidas nombre que es palabra vana;
el silencio elocuente de la losa
resume toda la existencia humana.
(Santiago Pérez)

La única realidad absoluta, implícita a la vida, es la muerte. Y ésta siempre ha despertado o la repugnancia o la fascinación del hombre a través de los siglos.

La reacción de las personas es de una enorme diversidad. Algunos aceptan la muerte como determinante final y la aceptan con diferentes grados de intensidad. El mismo Génesis nos muestra la muerte como un fenómeno necesario de la vida:

"...Pero el Señor dijo: No voy a dejar que el Hombre viva para siempre, porque él no es mas que carne...Voy a borrar de la tierra al hombre que he creado...Me pesa haberlo hecho..."

Por otra parte, el convencimiento de poseer una vida limitada y corta en el tiempo, es uno de los motores más importantes en la planificación de cualquier obra o en la generación de la angustia de quienes sabemos que lo único que indefectiblemente tenemos que hacer, lo único que tendremos que enfrentar es, precisamente, la muerte..

Alma: Por qué seguir envilecida
entre un vivir tedioso y la pavura
de la muerte ? Tu lámpara extinguida
no dora ya la terrenal basura

A qué seguir ? Tu corazón anida
la postrera esperanza de ventura ?
Mira correr tu senda aridecida
como una ceguedad, por la espesura

Y porque el rayo súbito no baja,
te aguardarás ? No dudes un instante:
La Eterna Paz coronará tu empresa

Cuántas veces helado en su mortaja
mudo te dice un pálido semblante
que la muerte SÍ cumple su promesa !

(G D'Annunzio. Trad G Valencia)

Algo se muere en mí todos los días;
la hora que se aleja, me arrebata
del tiempo en la insonora catarata,
salud, amor, ensueños y alegrías.

Al evocar las ilusiones mías
pienso, Yo no soy yo ! Por qué insensata,
la misma vida con su soplo mata
mi antiguo ser con lentas agonías ?

Soy un extraño ante mis propios ojos,
un nuevo soñador, un peregrino
que ayer pisaba flores y hoy...abrojos.

Y en todo instante, es tal mi desconcierto,
que ante mi muerte próxima, imagino
que muchas veces en la vida...he muerto.
(Julio Florez)

Del camino a la orilla, entre malezas,
Sin más señal que una imperfecta cruz,
Hijo de la ignorancia y la miseria,
Duermes el sueño de la muerte tú.
No hay inscripción: no sé cual fué tu nombre
Tampoco hay flores: no dejaste amor;
Solo te canta el ave de tu bosque;
Solo protege tu reposo Dios.

El viajero nocturno se santigua
Al pasar, y murmura una oración;
Que si respeto inspira toda tumba,
La abandonada les inspira horror.

Dejaron a tu lado la camilla
En que tu último aliento se exhaló,
Signo de tu pobreza y tu agonía,
Mudo testigo de tu gran dolor

Dicen que oyen de noche hondos gemidos,

Y que la sombra ven del montañés.
Dí: Lamentas hallarte en este asilo ?
De los mortales lloras el desdén ?

Óyeme: He visto túmulos lujosos,
Perfumados de rosa y azahar,
Y en que el mármol compite con el oro
Y suaves sombras los cipreses dan;
Y no ha sentido mi alma esta ternura,
Este respeto que he sentido aquí;
Allá se admira el lujo de las tumbas;
Aquí se piensa en el incierto fin.

Bajo el oro y el mármol no hay gusanos ?
A qué disimular la realidad ?
Con la nada también nos engañamos !
Allá también llevamos el disfraz !
Oye: el Dios-Hombre, que murió humillado
Y entre odios, desprecios y baldón,
Ama los corazones ignorados
Que en silencio devoran su dolor

Humilde montañés, no sé tu nombre;
No te vela la sombra de un amor:
Lo cantarán las aves de tu bosque;
Protegerá tu sepultura Dios
(Enrique Álvarez)

2- EL MIEDO A MORIR

Nadie podría definir con certeza el acto de morir hasta no haber experimentado el propio. Pero como quien muere nunca regresa, ante la ausencia de prueba experimental reproducible, el miedo a la muerte crece en proporción directa a la ignorancia que sobre el fenómeno tenemos.

Y cuando contemplamos la tenacidad con que los viejos se aferran a la vida se vuelve mas válido el análisis de Leopardi:

"...La muerte no es un mal. Ella libera de todos los males al hombre y, si

lo depriva de cualquier cosa buena, también le quita su deseo por ella. La vejez es el supremo mal, puesto que depriva al ser humano de todos sus placeres, dejando vivo su apetito por ellos, trayendo con ello sufrimiento. Sin embargo, el hombre teme a la muerte y desea la vejez..."

Quizás hasta los más valientes, hasta los más preparados para recibir la parca, sentirán un miedo infinito en el último momento que separa el fenómeno de la vida de su correspondiente contraparte, de su antítesis dialéctica.

Y aunque en algunas religiones (como la nuestra) la muerte sea sujeto de idealización colectiva, puesto que "abre las puertas de la eternidad al justo y obliga al pecador a prepararse mediante arrepentimiento debido a que: "No sabéis a qué hora ha de venir nuestro Señor", el afán de poseer al menos un fragmento de eternidad se manifiesta permanentemente en la lucha de los seres humanos por dejar su huella en el tiempo, sea mediante construcciones monumentales (Pirámides de Egipto), organizaciones de Imperios "Eternos" (Roma), a través de la producción de piezas pictóricas o musicales, o simplemente dejando la humilde huella de "Sembrar un árbol, engendrar u hijo y escribir un libro".

"...No es grato morir, señor, si en la vida nada se deja y si en la muerte nada es posible, sino sobre lo que se deja en la vida..." (Cesar Vallejo)

"...La muerte es mas fácil de soportar sin pensar en ella, que el pensamiento de la muerte sin peligro..." (Pascal)

El famoso histólogo Santiago Ramón y Cajal decía:

"...fenecemos precisamente cuando debíamos empezar a vivir.... Triste cosa es la notificación del irrevocable desahucio cuando nuestra afanosa curiosidad había logrado adornar e iluminar la morada del espíritu con un poco de ciencia, algo de arte y un reflejo de ideal...Lo verdaderamente trágico es caer antes del brote de las alas espirituales, henchido el cerebro de proyectos inmaduros..."

Decid cuando yo muera...(Y el día esté lejano!):
soberbio y desdeñoso, pródigo y turbulento,
en el vital deliquio por siempre insaciado,
era una llama al viento...

Vagó, sensual y triste, por islas de su América;
en un pinar de Honduras vigorizó el aliento;
la tierra mexicana le dió su rebeldía,
su libertad, su fuerza...Y era una llama al viento

De simas no sondadas subía a las estrellas;
un gran dolor incógnito vibraba por su acento;
fue sabio en sus abismos -y humilde, humilde, humilde-
porque no es nada una llamita al viento...

Y supo cosas lúgubres, tan hondas y letales,
que nunca humana lira jamás esclareció,
y nadie ha comprendido su trágico lamento...
Era una llama al viento y el viento la apagó.
(Porfirio Barba-Jacob)

Todos tenemos miedo a morir. Y esta es una respuesta biológica absolutamente normal y sin la cual ni las especies animales inferiores poseerían mecanismos reflejos de huida, ni los seres humanos hubiésemos podido preservar nuestra sociedad, nuestra cultura y nuestra propia especie.

El cuento es muy sencillo
usted nace
contempla atribulado
el rojo azul del cielo
el pájaro que emigra
el torpe escarabajo
que su zapato aplastará
valiente
usted sufre
reclama por comida
y por costumbre
por obligación
llora limpio de culpas
extenuado
hasta que el sueño lo descalifica

usted ama
se transfigura y ama

por una eternidad tan provisoria
que hasta el orgullo se le vuelve tierno
y el corazón profético
se convierte en escombros

usted aprende
y usa lo aprendido
para volverse lentamente sabio
para saber que al fin el mundo es esto
en su mejor momento una nostalgia
en su peor momento un desamparo
y siempre siempre
un lío
entonces
usted muere
(Mario Benedetti)

IV- CONCLUSIONES

La obra de Saramago es de tal importancia que pertenece al patrimonio de la cultura universal.

Debería ser lectura obligada en todos los niveles educativos.

Las Intermitencias de la Muerte es motivo de serias reflexiones sobre la vida, la muerte y la sociedad que gira alrededor de las mismas.

Y alrededor de la muerte se despiertan, en general, los peores instintos de la raza humana.

LA CONTROVERSIA ALREDEDOR DE LA CIENCIA ENTRE THOMAS KUHN Y KARL POPPER

FERNANDO GUZMÁN MORA, MD, MSCi
Médico. Universidad del Rosario
Especialista en Anatomopatología. Universidad del Rosario
Especialista en Cirugía General. Universidad Javeriana
Especialista en Cirugía Cardiovascular. U of Newcastle upon Tyne
Especialista en Administración en Salud. Universidad Santo Tomas
Abogado. Magna Cum Laude. Universidad Militar Nueva Granada
Magister en Derecho Penal. Universidad Libre Bogota
Especialista en Bioética. Universidad El Bosque
Aspirante a Maestría en Bioética. Universidad El Bosque
Expresidente Nacional. Federación Médica Colombiana
Magistrado y Presidente. Tribunal Nacional de Ética Médica
Vicepresidente. Colegio Médico de Cundinamarca (FMC)
Asesor Médico Jurídico. Hospital Militar Central
Profesor Titular de Cirugía. Universidad del Rosario
Profesor de Cirugía. AH. UMNG
Catedrático de Derecho Médico. Universidad del Rosario

I- LA FILOSOFIA DE HUME RESPECTO DEL CONOCIMIENTO CIENTIFICO[1]

David Hume es uno de los filósofos mas importantes que ha conocido la historia.

[1] David Hume nació en Edimburgo (Escocia) en 1711. Aunque de familia acomodada, no lo era lo suficiente como para permitir a Hume el poder dedicarse exclusivamente a la filosofía, por lo que su padre lo orientó hacia la carrera de abogado, a la que llegó a dedicarse durante unos meses en Bristol.
En 1739 publicará los dos primeros volúmenes del "Tratado", al que seguirá el tercero en 1740. El poco éxito alcanzado significó un duro golpe para Hume, que llega a decir en su autobiografía "jamás intento literario alguno fue más desgraciado que mi Tratado de la naturaleza humana". No obstante, el éxito obtenido posteriormente, en 1742, por los "Ensayos", le hizo olvidar por completo su fracaso anterior, estimulándole para reescribir el Tratado (obra que será publicada en 1748 con el título: "Ensayos filosóficos sobre el entendimiento

Hume analiza y critica el método empírico como forma esencial de hacer ciencia. Dice que se cree que a partir de acontecimientos particulares se puede alcanzar el caso general y esto, en su concepto, no funciona así.

Los presupuestos tenidos como lógicos en un silogismo son: Premisa mayor (antecedente): todos los hombres son mortales. Premisa menor (antecedente): Sócrates es hombre. Conclusión (consecuente): Sócrates es mortal.

Pero en el enunciado: Antecedente: cuervo 1 es negro, cuervo 2 es negro, cuervo 3 es negro……cuervo 1000 es negro…Consecuente: todos los cuervos son negros.

Este ultimo no es aceptable, pues salta a la conclusión. Y no se puede saltar de un numero determinado de cuervos negros a todos los cuervos negros.

Con Hume comienza el pensamiento filosófico moderno respecto de la causalidad. Comienza por observar que se conoce causa y efecto por la experiencia y no por razonamiento o reflexión. La inferencia no esta determinada por la razón sino por la experiencia.

Popper retoma la idea de Hume de que así no se hace ciencia. Ninguna

humano"). En 1745 optó a la cátedra de ética de la Universidad de Edimburgo, plaza que no obtuvo probablemente por su reputación de escéptico y ateo. Después de un año Inglaterra, como tutor privado del marqués de Annandale, fue invitado por el general St. Clair a una expedición que, inicialmente dirigida contra Canadá, acabó con una pequeña incursión en la costa francesa.
En 1752 se instala en Edimburgo donde fue nombrado bibliotecario de la facultad de Derecho,
En 1763 recibió la invitación del conde de Hertford de acompañarle a París como secretario de embajada, donde permanecerá hasta 1766, participando en las actividades de los enciclopedistas y los círculos ilustrados y entablando amistad con algunos de los personajes destacados de la época, como Rousseau .A su regreso a Londres fue nombrado "subsecretario de estado para el departamento septentrional", que se ocupaba de los asuntos diplomáticos con los países situados al norte de Francia, cargo que no estaba remunerado y que desempeñó durante dos años, hasta 1769. Ese año regresará a Edimburgo, continuando sus actividades de estudio e investigación. Allí morirá el 25 de agosto de 1776, habiendo escrito previamente, el 18 de abril, una breve autobiografía, conocedor ya de su pronta e inevitable muerte
Tomado de: www.webdianoia.com/moderna/hume/hume_bio.htm

creencia puede fundarse en la razón (enunciado ya traído por Platón).[2]

II- KARL POPPER[3]

En concepto de Popper existen dos tipos de conocimiento: común y científico. El primero es original y el segundo una evolución o transformación del común.

Dentro del conocimiento científico existen dos tipos de actores: unos dedicados a elaborar modelos de lenguaje científico y otros que intentan resolver los problemas a través de cualquier método.

Entre los constructores de lenguajes artificiales también existen tres categorías: una que no construye igualdades o ecuaciones, otra que no acude a las matemáticas como método de demostración y otra que ni siquiera considera esta ciencia exacta.

Según Popper, el científico expresa enunciados, elabora hipótesis y, a través de observaciones y experimentos, las contrasta con la experiencia.

---

[2] Una línea de conducta no puede ser mas razonable que otra porque ambas se basan en creencias y pensamientos irrazonables.

[3] Nació el 28 de julio de 1902 en Viena (Austria), en una familia judía que más tarde se convirtió al protestantismo.
Trabajo por algún tiempo en la clínica infantil de Alfred Adler. Obtuvo su doctorado en filosofía por la universidad de su ciudad natal en 1928. En 1929 obtiene la cátedra de matemática y física en enseñanza secundaria.
Aunque no fue miembro de la llamada escuela de filosofía de Viena, simpatizó con su actitud científica, aunque criticó algunos de sus postulados. Desarrolló una destacada carrera académica en Europa, Australia, India, Japón y Estados Unidos. Desde 1937 hasta 1945 trabajó como profesor en la Universidad de Canterbury en Nueva Zelanda, y más tarde en la Universidad de Londres.
En su Lógica del descubrimiento científico (1934) criticó la idea de que la ciencia es en esencia inductiva. Propuso un criterio de comprobación que él denominó falsabilidad, para determinar la validez científica, y subrayó el carácter hipotético-deductivo de la ciencia. En La sociedad abierta y sus enemigos (1945), defendió la democracia y mostró reparos a las implicaciones autoritarias de las teorías políticas de Platón y Karl Marx. También es autor de En busca de un mundo mejor, La responsabilidad de vivir, Conjeturas y refutaciones, El mito del marco común y El cuerpo y la mente.
En 1965 le es otorgado el titulo de Sir. Fue profesor visitante en varias universidades y sus obras se han traducido a más de veinte lenguas. Está considerado como uno de los filósofos principales del siglo XX.
Karl Popper falleció el 17 de septiembre de 1994 en Londres.

"...El hombre de ciencia, ya sea teórico o experimental, propone enunciados o sistemas de enunciados y los contrasta paso a paso. En particular, en el campo de las ciencias empíricas construye hipótesis o sistemas de teorías y las contrasta con la experiencia por medio de observaciones y experimentos..." [4]

Popper se manifiesta abiertamente opuesto a adjudicarle al método inductivo el papel esencial en la construcción de ciencia.

"...De acuerdo con una tesis que tiene gran aceptación y a la que nos opondremos en este libro, las ciencias empíricas pueden caracterizarse por el hecho de que emplean los llamados "métodos inductivos"

Según esta tesis, la lógica de la investigación científica sería idéntica a la lógica inductiva, es decir, al análisis lógico de tales métodos inductivos.
Es corriente llamar «inductiva» a una inferencia cuando pasa de enunciados singulares (llamados, a veces, enunciados «particulares») tales como descripciones de los resultados de observaciones o experimentos, a enunciados universales, tales como hipótesis o teorías.

Ahora bien, desde un punto de vista lógico dista mucho de ser obvio que estemos justificados al inferir enunciados universales partiendo de enunciados singulares, por elevado que sea su número ; pues cualquier conclusión que saquemos de este modo corre siempre el riesgo de resultar un día falsa: así, cualquiera que sea el número de ejemplares de cisnes blancos que hayamos observado, no está justificada la conclusión de que todos los cisnes sean blancos…"[5]

A este respecto su concepto lo amplía diciendo que la ciencia empírica es la que emplea métodos inductivos, que son inferencias que van de lo singular a lo universal a través de la inducción, lo cual no tiene fundamentos lógicos, pues por elevado que sea el numero de observaciones no puede

[4] Karl R. Popper LA LÓGICA DE LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA. EDITORIAL TECNOS
MADRID. http://psikolibro.blogspot.com. Los derechos para la versión castellana de la obra The Logic of Scientific Discovery publicada por HUTCHINSON & Co. LTD., de Londres. Traducción por VICTOR SANCHEZ DE ZAVALA. 5." reimpresión, 1980. EDITORIAL TECNOS, S. A., 1980. O'Donnell, 27. Madrid-9 ISBN: 84-309-0711-4 P 27
[5] Op cit P 27

afirmarse que dichas observaciones conduzcan a la creación de leyes universales.

> *"...El problema de la inducción puede formularse, asimismo, como la cuestión sobre cómo establecer la verdad de los enunciados universales basados en la experiencia como son las hipótesis y los sistemas teóricos de las ciencias empíricas..."* [6]

Incluso afirma que Kant no pudo demostrar que mediante inducción se pueda construir un solo principio universal.

> *"...Kant trató de escapar a esta dificultad admitiendo que el principio de inducción (que él llamaba «principio de causación universal») era «válido' a priori». Pero, a mi entender, no tuvo éxito en su ingeniosa tentativa de dar una justificación a priori de los enunciados sintéticos..."* [7]

El origen mismo de la idea nueva no interesa a Popper en su análisis. De esta manera afirma que su teoría elimina el denominado psicologismo.

> *"...He dicho más arriba que el trabajo del científico consiste en proponer teorías y en contrastarlas. La etapa inicial, el acto de concebir o inventar una teoría, no me parece que exija un análisis lógico ni sea susceptible de él. La cuestión acerca de cómo se le ocurre una idea nueva a una persona ya sea un tema musical, un conflicto dramático o una teoría científica puede ser de gran interés para la psicología empírica, pero carece de importancia para el análisis lógico del conocimiento científico..."* [8]

Para Popper existen cuatro procedimientos para llevar a cabo la contrastación de una teoría.

- Comparación lógica entre conclusiones (coherencia interna)
- Estudio de la forma lógica de la teoría (carácter)
- Comparación con otras teorías (es un adelanto científico?)
- Aplicación empírica de las conclusiones que pueden deducirse de ella

[6] Op cit p27-28
[7] Op cit p 29
[8] Op cit p 30

"...Podemos distinguir cuatro procedimientos de llevar a cabo la contrastación de una teoría. En primer lugar, se encuentra la comparación lógica de las conclusiones unas con otras: con lo cual se somete a contraste la coherencia interna del sistema. Después, está el estudio de la forma lógica de la teoría, con objeto de determinar su carácter: si es una teoría empírica científica o si, por ejemplo, es tautológica. En tercer término, tenemos la comparación con otras teorías, que tiene por principal mira la de averiguar si la teoría examinada constituiría un adelanto científico en caso de que sobreviviera a las diferentes contrastaciones a que la sometemos. Y finalmente, viene el contrastarla por medio de la aplicación empírica de las conclusiones que pueden deducirse de ella..." [9]

Además critica duramente la contradicción positivista de analizar el asunto con un método iusnaturalista totalmente opuesto a sus planteamientos empíricos.

"...Los positivistas suelen interpretar el problema de la demarcación de un modo naturalista: como si fuese un problema de la ciencia natural. En lugar de considerar que se encuentran ante la tarea de proponer una convención apropiada, creen que tienen que descubrir una diferencia que existiría, por decirlo así, en la naturaleza de las cosas entre la ciencia empírica por una parte y la metafísica por otra. Tratan constantemente de demostrar que la metafísica, por su misma naturaleza, no es sino un parloteo absurdo «sofistería e ilusión», como dice Hume, que deberíamos «arrojar al fuego»..." [10]

Y en forma enérgica se manifiesta en contra del método inductivo en la siguiente forma:

*"...en mi opinión, no existe nada que pueda llamarse inducción *'. Por tanto, será lógicamente inadmisible la inferencia de teorías a partir de enunciados singulares que estén «verificados por la experiencia» (cualquiera que sea lo que esto quiera decir). Así pues, las teorías no son nunca verificables empíricamente. Si queremos evitar el error positivista de que nuestro criterio de demarcación elimine los sistemas teóricos de la ciencia natural, debemos elegir un criterio que nos permita*

[9] Op cit p 32
[10] Op cit p 35

admitir en el dominio de la ciencia empírica incluso enunciados que no puedan verificarse…" [11]

Y plantea la cuestión desde otro ángulo:

> *"…Ahora bien ; yo mantengo que las teorías científicas no son nunca enteramente justificables o verificables, pero que son, no obstante, contrastables. Diré, por tanto, que la objetividad de los enunciados científicos descansa en el hecho de que pueden contrastarse intersubjetivamente…"*

En resumen, Popper rechaza la inducción y admite la demarcación como criterio de separación entre las ciencias empíricas y las ideas metafísicas. Y enfatiza en el hecho de usar solamente el método deductivo de contrastar empíricamente.

Obviamente, esto eso que propone Popper como criterio de demarcación entre lo que es ciencia y lo que no lo es, es un acuerdo o convención.

Sin embargo, llama la atención que este pensador determina que para llegar a sus postulados se ha basado en juicios de valor y predilecciones personales.[12]

Pero su oposición a la metafísica también es frontal, pues dice que esta parte de afirmaciones no discutibles y son tenidos sin discusión como verdaderos. En cambio, la ciencia propone planteamientos que pueden ser falseables, es decir, la idea empírica se contrasta con los hechos y si hay contradicción entre ellos, la teoría es falsa.

De otro lado, tiene la modestia de afirmar que la teoría tampoco es absoluta, pues tarde o temprano se puede derrumbar, debido a que su existencia es siempre temporalmente cierta, de acuerdo a condiciones de tiempo (históricas) y lugar (contextuales).

---

[11] Op cit p 39

[12] Y mucho más cuando expresa aunque las ideas metafísicas han detenido el avance de la ciencia, en algunos casos la han impulsado

III- THOMAS KUHN[13]

Planteó que el estudio de la historia es imprescindible para entender el desarrollo de las teorías científicas y su transformación al aceptar unas en reemplazo de otras.[14]

> *"...Si SE CONSIDERA a la historia como algo más que un depósito de anécdotas o cronología, puede producir una transformación decisiva de la imagen que tenemos actualmente de la ciencia..."*

Afirmó que la ciencia es el producto del trabajo de comunidades científicas y no de individuos. Su fundamento es el paradigma, el cual representa el contexto de validez de la teoría científica.

> *"...Quizá la ciencia no se desarrolla por medio de la acumulación de descubrimientos e inventos individuales. Simultáneamente... se enfrentan a dificultades cada vez mayores para distinguir el componente "científico" de las observaciones pasadas, y las creencias de lo que sus predecesores se apresuraron a tachar de "error" o "superstición"..."*[15]

A lo largo de la historia los paradigmas van perdiendo su validez en la medida en que los hechos que no se ajustan a dichos paradigmas. Y en ese momento, al cambiar el paradigma, se producen revoluciones científicas.

Plantea que debe diferenciarse entre ciencia normal y ciencia extraordinaria

---

[13] Thomas Samuel Kuhn . Historiador y filósofo de la ciencia estadounidense . Nació el 8 de julio de 1922 en Cincinnati, Ohio. Doctorado en Filosofía por la Universidad de Harvard y en Física Teórica en 1949. Fue profesor en Harvard, Berkeley, Princeton y en Massachusetts. En 1962 publicó La estructura de las revoluciones científicas, en donde exponía la evolución de las ciencias naturales básicas de un modo que se diferenciaba de forma sustancial de la visión más generalizada entonces. Sostenía que las ciencias no progresan siguiendo un proceso uniforme por la aplicación de un hipotético método científico. Thomas Kuhn falleció en Cambridge, Massachusetts, el 17 de junio de 1996. Obras: La revolución copernicana (1957). La función del dogma en la investigación científica (1961). La estructura de las revoluciones científicas (1962). Segundos pensamientos sobre paradigmas (1970). La tensión esencial (1977). La teoría del cuerpo negro y la discontinuidad cuántica. www.buscabiografias.com/biografia/.

[14] Kuhn T. la estructura de las revoluciones científicas. Fondo de Cultura Económica. Traducción de Agustín Contin. Octava reimpresión. Argentina 2004. P 20

[15] Op cit p 22

La primera, efectuada por una comunidad científica determinada, se basa en paradigmas aceptados por esa comunidad. Piensan que el mundo es de la manera en que esa comunidad piensa y no otra.

Los paradigmas son, según Kuhn, "realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante mucho tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica"

> *"…Voy a llamar, de ahora en adelante, a las realizaciones que comparten esas dos características, 'paradigmas', término que se relaciona estrechamente con 'ciencia normal'. Al elegirlo, deseo sugerir que algunos ejemplos aceptados de la práctica científica real ejemplos que incluyen, al mismo tiempo, ley, teoría, aplicación e instrumentación proporcionan modelos de los que surgen tradiciones particularmente coherentes de investigación científica…"* [16]

Los hombres cuya investigación se basa en paradigmas compartidos están sujetos a las mismas reglas y normas para la práctica científica. Este compromiso y el consentimiento aparente que provoca son requisitos previos para la ciencia normal, es decir, para la génesis y la continuación de una tradición particular de la investigación científica.

La ciencia normal es la resolución de problemas por parte de un científico que se apoya en un paradigma aceptado. Y su metodología es: definir el problema especifico, unir los hechos con el paradigma teórico y articularlos con la teoría. Pero aquí existe también un elemento de arbitrariedad racional

La ciencia en crisis se origina cuando la solución de un problema no se ajusta al paradigma aceptado, originando desacuerdos entre los seguidores del mismo, buscando un nuevo paradigma que se ajuste a la aceptación de la mayoría de los científicos. Y el paso en el cambio de paradigmas es gradual, comportando una especie de reeducación científica, con cambio en las mismas normas que antes se aceptaban como fundamentales.

Kuhn no acepta el falsacionismo. Si un paradigma es rechazado, debe ser reemplazado por otro.

---

[16] Op cit p 34

Se basa en las cosas que una comunidad científica determinada reconoce como fundamentales para su accionar.

Parte de la base de una cosmovisión aceptada por esa comunidad científica En este sentido, la ciencia es tajante: acepta o no los hechos y las teorías con base en su propio paradigma.[17] Pero puede comportar una situación extrema, como tratar de "obligar" a la naturaleza a encajar dentro de los paradigmas a los cuales se sigue.

Para Kuhn , la ciencia es el producto elaborado de una comunidad científica, con base en paradigmas que fijan normas o reglas para cada disciplina científica.

Los paradigmas sirven para seguir un método de solucionar problemas específicos.

Para Kuhn, la entrada de un paradigma al concierto científico tiene varias razones, varias de ellas no estrictamente racionales (económica, estética, preferencial, etc.) y, una vez consagrado como paradigma se acepta su racionalidad.

> *"....EN ESTE ensayo, 'ciencia normal' significa investigación basada firmemente en una o más realizaciones científicas pasadas, realizaciones que alguna comunidad científica particular reconoce, durante cierto tiempo, como fundamento para su práctica posterior..."* [18]

Kuhn es consciente de la imposibilidad de resolver todos los problemas con paradigmas absolutos. Por el contrario, estos están sujetos a cambios permanentes, en la medida en que el conocimiento humano se va perfeccionando. Y las viejas teorías científicas se construyeron con fundamentos que se consideraron científicos para cada época. Y estas teorías tuvieron su lapso temporal de validez hasta que fueron consideradas inválidas.

> *"...Por una parte, debe determinar por qué hombre y en qué momento fue descubierto o inventado cada hecho, ley o teoría científica contem-*

[17] Según el Profesor Cadena, un PARADIGMA es una realización científica universalmente reconocida que durante cierto tiempo proporciona modelos y soluciones a comunidades científicas. Y para ser admitida tiene que ser mejor que sus competidoras.
[18] Op cit p 33

poránea. Por otra, debe describir y explicar él conjunto de errores, mitos y supersticiones que impidieron una acumulación más rápida de los componentes del caudal científico moderno… "[19]

De otro lado, los limites entre lo científico y lo que no lo es, también es definido por la comunidad científica involucrada en el problema. Esto quiere decir que esa comunidad científica define lo que existe y lo que no existe. Adicionalmente informan los métodos de estudiar la realidad dentro de esos mismos parámetros aceptados.[20]

"…La competencia entre fracciones de la comunidad científica es el único proceso histórico que da como resultado, en realidad, el rechazo de una teoría previamente aceptada o la adopción de otra… "[21]

La base lógica de la ciencia tiene más permanencia, pues los postulados básicos se diferencian en la forma de interpretación y aplicación , los cuales pueden ser discutidos por los miembros de la comunidad científica con el objeto de llegar a acuerdos en el proceso de toma de decisiones .

Para Kuhn, las decisiones de los problemas científicos se mantienen con base en la lógica, la racionalidad y la instrumentalidad. Pero a esto se debe sumar el aspecto semántico, pues este mantiene identificar y describir aspectos científicos con un vocabulario apropiado. Y el lenguaje permite crear realidades, pudiéndose así reconocer los objetos del mundo real.

Por eso el cambio de paradigma se origina en un proceso que crea fundamentos nuevos que pueden transformar un campo especifico. Esto es una revolución científica. Y ocurre cuando cambia la forma de apreciar, definir y solucionar problemas científicos, bajo la perspectiva de cambio permanente .

"…cuando la profesión no puede pasar por alto ya las anomalías que subvierten la tradición existente de prácticas científicas se inician las investigaciones extraordinarias que conducen por fin a la profesión a

[19] Op cit p 21

[20] Expresa el Profesor Álvaro Cadena (Doctorado en Bioética. U El Bosque. 2016), que la ciencia que sigue paradigmas estrictos es cruel con quienes no siguen un modelo de pensamiento determinado por su misma comunidad, pues los científicos disidentes se exponen al aislamiento de su propio grupo

[21] Op cit ´p 30

un nuevo conjunto de compromisos, una base nueva para la práctica de la ciencia. Los episodiosextraordinarios en que tienen lugar esos cambios de compromisos profesionales son los que se denominan en este ensayo revoluciones científicas ...” [22]

Pero, a diferencia de Popper, este autor enuncia que la teoría jamás puede explicar la totalidad absoluta de todos los hechos a los cuales se enfrenta. Es decir, muchas cosas se quedan por fuera del paradigma, por exacto que este intente ser.

Adicionalmente, difiere de Popper respecto de la posición absolutista de: “enunciado falso, teoría falsa”. Kuhn afirma que no nos podemos quedar huérfanos de teorías. La decisión de rechazar un paradigma es simplemente la decisión de aceptar otro.

Por ultimo, Kuhn se aparta de Popper en el sentido de no rechazar que las antiguas teóricas científicas dejen de serlo por haber cambiado el paradigma.

Popper afirma que la ciencia es acumulación de conocimiento, lo cual no es compartido tampoco por Kuhn.

En la misma forma que Popper lo hace, modestamente admite que los paradigmas científicos cambian de manera permanente.[23]

“...Por consiguiente, no es extraño que, en las primeras etapas del desarrollo de cualquier ciencia, diferentes hombres, ante la misma gama de fenómenos pero, habitualmente, no los mismos fenómenos particulares los escriban y lo interpreten de modos diferentes. Lo que es sorprendente, y quizá también único en este grado en los campos que llamamos ciencia, es que esas divergencias iniciales puedan llegar a desaparecer en gran parte alguna vez. Pero desaparecen hasta un punto muy considerable y, aparentemente, de una vez por todas. Además, su desaparición es causada, habitualmente, por el triunfo de una de las escuelas anteriores al paradigma…”[24]

[22] Op cit p 27
[23] Kuhn determina que un paradigma puede entrar en obsolescencia. Por eso el paradigma no es la totalidad de la ciencia, la cual continúa avanzando en la resolución de problemas
[24] Op cit p 42

III- ORIGEN DE LA CONTROVERSIA POPPER-KUHN

En el año 1965, en el COLOQUIO INTERNACIONAL SOBRE FILOSOFIA DE LA CIENCIA en Londres, se presentó un enfrentamiento filosófico de la mas encumbrada posición intelectual entre los filósofos Karl Popper y Thomas Kuhn.

A-ACUERDOS PLANTEADOS

• La ciencia no es una empresa que progresa por simple acumulación de conocimiento.
• El desarrollo del conocimiento científico debe ser analizado a la luz del modo de trabajar de la ciencia.
• No hay desacuerdos en la teoría misma de la falsación, pero si en su aceptación como criterio de verdad científica.

B- DIFERENCIAS PLANTEADAS

a- Popper: La contrastación explora las limitaciones de una teoría científica. Por lo tanto, el crecimiento de la ciencia se origina en un cambio aplastante de una teoría por otra.

b- Kuhn: Lo enunciado por Popper solamente ocurre cuando hay ciencia en tiempos de crisis. No en ciencia normal.

Kuhn. Los paradigmas son muy difíciles de abandonar. Ellos dan al científico seguridad de pensamiento. Las revoluciones científicas nacen de cerebros inquisitivos que cuestionan los fundamentos de las teorías y los paradigmas.

a- Popper; la diferencia entre ciencia normal y ciencia en crisis no es tan cortante. La ciencia normal es la que practican los que aceptan el paradigma dominante de ese momento sin desafiarlo. Y esta forma de trabajar la ciencia es limitante pues no deja espacio a la critica del científico normal. Popper dice que quien adquiere esta forma de trabajo es digno de compasión. Esa forma de “ciencia normal” equivale a aceptar ciegamente los paradigmas y a trabajar con base en modelos sin tomar una actitud crítica.

A Popper no le interesa la vía por la cual se llega a construir un paradigma. Simplemente lo acepta, siempre y cuando ingrese de manera racional al conocimiento científico y, a partir de esto, edifica su teoría de la deducción como forma de investigación científica.

Además, para Popper la transformación paradigmática se origina en acumulación progresiva de conocimiento, mientras para Kuhn es apenas un cambio en la cosmovisión y la aplicación diferente del paradigma en crisis.
Si se encuentra un hecho que no coincida con el enunciado teórico fundamental, este se cae. Igualmente si el hecho lo contradice. Es decir, si el enunciado es falso, la teoría es falsa.

La teoría se someten a pruebas lógicas, matemáticas y técnicas, tratando de demostrar la falsedad y no la demostración teórica de su verdad. Aquella teoría que resista el mayor numero de análisis críticos puede considerarse la mejor para la solución del problema en el momento en el cual se analice. Y para ello se evalúan su solidez lógica, su contenido informativo y su poder predictivo al comparar hipótesis y resultados.

La verdad es, en realidad, inalcanzable. La ciencia trata de aproximarse a la verdad en la mejor forma posible.

b- Para Kuhn, los nuevos descubrimientos dan origen a crisis en las ciencias cuando estos descubrimientos ocasionan problemas que no se pueden solucionar con el modelo propuesto por lo que el reserva el termino de ciencia a aquellos campos que progresan evidentemente.

a- Finalmente la ciencia para Popper es la tiene un contenido empírico y un propósito explicativo mientras que la para Kuhn es racional por el modo en que progresa, por la efectividad de alcanzar objetivos y por la capacidad de afinar la resolución de los enigmas propios de los modelos científicos.

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA

1- Popper, Karl: La lógica de la investigación científica, Tecnos, Madrid, 1999.

2- Popper, Karl R. Conjeturas y refutaciones; el desarrollo del conocimiento científico. Barcelona: Paidós, 1994. p. 264.

3- Popper, Karl R. Búsqueda sin término; una autobiografía intelectual. 3 ed. Madrid: Tecnos, 1994. pp. 115 – 116.

4- Kuhn, T.S. La estructura de las revoluciones científicas. México: Fondo de Cultura Económica, 2001. p. 13.

5- Kuhn, T.S. ¿Lógica del descubrimiento o psicología de la investigación? En: Crítica y el crecimiento del conocimiento. Lakatos y Musgrave (eds.). Barcelona: Grijalbo, 1975. p. 81.

6- Kuhn, T., La tensión esencial, trad.: R. Helier, FCE, México, 1ª reimpresión, 1987.