

**TRIBUNAL NACIONAL DE
ÉTICA MÉDICA**

GACETA JURISPRUDENCIAL

**MEMORIAS REUNIÓN
TRIBUNALES JUNIO 19 Y 20
DE 2015**

No. 16

© 2015 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: tnetmed@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.:3164914886
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 características gráficas son de propiedad del Tribunal Nacional de Ética Médica.

© 2015

MEMORIAS REUNIÓN TRIBUNALES
JUNIO 19 Y 20 DE 2015
No. 16

MAGISTRADOS 2015

Dr. Germán Gamarra Hernández (Presidente)

Dr. Francisco Javier Henao Pérez

Dr. Fernando Guzmán Mora

Dr. Juan Mendoza Vega

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 2015

INDICE

	Pag.
Editorial.	7
Magia, Ética y Paradigmas Científicos Dr. Fernando Guzmán Mora Magistrado del Tribunal Nacional de Ética Médica	
Humanización y Ética en la educación médica Dr. Edgar Villota Ortega Presidente del Tribunal Seccional de Ética Médica de Nariño	13
Ética en investigación Dra. Gladys León Salcedo Asesora Jurídica del Tribunal Seccional de Ética Médica de Cundinamarca	22
El determinismo en el derecho positivo de la legislación colombiana que regula el ejercicio médico Dr. Miguel Ángel Alarcón Nivia Magistrado del Tribunal Seccional de Ética Médica de Santander	36
Acto médico, Ética y el convenio docencia servicio Dr. Diego Fernando Zambrano Valverde Magistrado del Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca	47
El residente frente a la ley 23 de Ética Médica Dr. Francisco Javier Henao Pérez Magistrado del Tribunal Nacional de Ética Médica	55
Incidencias de un Tribunal de Ética Médica incipiente Dr. Guillermo Cabrera Falla Presidente del Tribunal Seccional de Ética Médica del Huila	64
El ejercicio profesional ético dentro del marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Dr. Gabriel Lago Barney Magistrado del Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá	71

Ley Estatutaria de Salud: Un avance médico y social Dr. Fernando Guzmán Mora Magistrado del Tribunal Nacional de Ética Médica	81
Sujetos Disciplinables Dra. Claudia Patricia Gaviria Gallo Abogada Secretaria del Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas	92
La reserva de la historia clínica y el derecho a la intimidad Dra. Rocío Gómez Gallego Presidenta del Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia	116
Por qué demandan los pacientes? Dr. Francisco Pardo Vargas Magistrado del Tribunal Nacional de Ética Médica	133
La objeción de conciencia: IVE y en la Eutanasia. Dra. Diana Hincapié Abogada	136
Abogada de las especialidades medicas Dr. Fernando Guzmán Mora. Magistrado del Tribunal Nacional de Ética Médica	148
Consentimiento informado Dr. Germán Gamarra Hernández Magistrado del Tribunal Nacional de Ética Médica	156
Receta médica Dr. Habib Santiago González Magistrado del Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico	161
Inimpugnabilidad del pliego de cargos una propuesta y una programática Dr. Jacob Cuéllar Bermúdez Abogado Secretario del Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca	167
Interrupción de la prescripción Providencia No. 65-2015. Ampliación de los términos de la prescripción en ciertos casos.	177

Editorial

MAGIA, ÉTICA Y PARADIGMAS CIENTÍFICOS

Dr. Fernando Guzmán Mora, MD, MSCI

Magistrado Tribunal Nacional de Ética Médica

Los encuentros nacionales de Tribunales de Ética Médica se han convertido en el alimento intelectual de los magistrados y secretarios abogados de las instituciones encargadas de administrar lo que se ha conocido como “Justicia Disciplinaria Médica” en Colombia.

Y es muy claro para todos nosotros que aquí se han efectuado avances significativos desde el punto de vista jurídico, ético, bioético, intelectual y humano para todos los que aquí asistimos en calidad de participantes, conferencistas y observadores.

El sólo hecho de agruparnos dos veces al año, gracias a la colaboración y apoyo del Ministerio de Salud y Protección Social, constituye un cambio de paradigma en la imagen y la proyección de nuestras entidades encargadas de vigilar por el correcto ejercicio profesional médico en nuestro país.

Sin embargo, la verdadera revolución paradigmática viene desde el año de 1981, cuando al crearse la Ley 23 (Código de Ética Médica), las recomendaciones morales que antes eran dependientes del libre albedrío de quien quisiera acatarlas, pasaron a convertirse en normas legales de obligatorio cumplimiento, con toda la fuerza estatal para sostener la coercibilidad sobre quienes pensaban que se podía continuar ejerciendo la profesión con base en conceptos morales, inspirados en la tradición moral y la religión, mas que en el respeto a la ley, que ahora es la principal fuente de inspiración de nuestra conducta individual.

Y este cambio de la moral al derecho, de la supeditación del criterio subjetivo y situacional que constituye la moral, por otro de mayor estabilidad como el Derecho, es bastante similar al que ocurrió, por ejemplo, entre la magia y la ciencia.

Es por esto que en esta introducción a la recopilación de las memorias del encuentro de tribunales del primer semestre de 2015, queremos recordar cómo la ciencia ha sustituido a la magia en la compleja evolución del pensamiento humano a lo largo de la historia.

El curso de la historia del pensamiento científico ha tomado un giro que habría sido difícil de predecir. En la cúspide del tecnicismo que sobrevino a mediados de este siglo se auguraba un nuevo milenio en el que debería primar la concepción científica de la realidad humana en desmedro de los conceptos religiosos y, sobre todo, a expensas de la paulatina erradicación del pensamiento mágico. Freud, por ejemplo, en una de sus obras tardías afirmaba: “Nuestra mejor esperanza para el futuro consiste en que el intelecto -- el espíritu científico, la razón -- establezcan con el tiempo una dictadura sobre la mente humana.” Los hechos, sin embargo, demuestran que el denominado posmodernismo trajo consigo un renacer de la espiritualidad y un revivir de la magia, en todas sus formas.

En la antigua China, el oficio de mago (shi) y bruja (wu) abarcaba trabajos alrededor de las divinidades y, al mismo tiempo, se centralizaban en el ejercicio de la medicina. De hecho, se escribieron enormes volúmenes sobre adivinación.

En los comienzos de la historia egipcia, la magia estuvo a punto de desplazar a la religión, hasta que el culto a los muertos y a los animales se impuso sobre quienes impulsaban el ejercicio esotérico. Entre los pueblos germanos, el ejercicio de la magia era importantísimo, pues mediante él se alejaban las calamidades de la comunidad.

El término ‘magia’ se utiliza aquí para referirse a la supuesta influencia sobre los eventos humanos y naturales de fuerzas impersonales, místicas, cuya comprensión está más allá de la razón y de las teorías científicas. El pensamiento mágico, en su sentido amplio, incluye el animismo, la brujería, la adivinación, y la superstición, todos ellos muy en boga en la sociedad contemporánea.

Históricamente, la ciencia no surgió en contraposición a la magia o al mito, sino como un derivado de éstos. Los naturalistas de la Grecia antigua, considerados por muchos como los gestores de las ciencias, tenían teorías cosmológicas que no diferían mucho de las explicaciones mitológicas de la formación del universo. El pensamiento mágico tampoco estaba ausente en los planteamientos de Kepler o de Newton, y la influencia de la astrología se refleja en las relaciones que William Harvey preconizaba entre los movimientos planetarios y la circulación sanguínea.

Más que un enfrentamiento entre ciencia y magia, se ha tratado de un cambio paulatino en los paradigmas o, como lo sostiene Kuhn, unas ‘revoluciones científicas’ en las que la magia-religión pierde terreno ante la ciencia, en una serie de cortos enfrentamientos. Ejemplos de estos combates serían la revolución copernicana que echó por tierra toda posibilidad antropocéntrica del universo, la revolución darwiniana que situó a los seres humanos en el mundo de la zoología y, quizás, la actual revolución de las ciencias sociales que ha resaltado las diferencias humanas y que ha de llevar, esperamos todos, a la tolerancia sexual, racial, religiosa, e ideológica como única alternativa de coexistencia.

Los límites entre magia, religión y ciencia no son tajantes, y cambian de acuerdo con la cultura y con las convicciones de cada quien. Muchos defensores de las ideas ‘esotéricas’ tienen una sincera convicción ‘científica’, muchos místicos de las grandes religiones tradicionales consideran ‘animistas’, y por consiguiente ponen en la misma escala de los magos-brujos, a quienes profesan religiones menos elaboradas, que a sus ojos son ‘primitivas’. El límite histórico de la magia y la ciencia se confunde, por ejemplo, en esos pasos iniciales de la química alquimista del medioevo, o en la más reciente aceptación de una pocas medicinas ‘alternativas’ que, como la acupuntura, han sobrevivido con relativo éxito al escrutinio del método científico.

Para Giordano Bruno, uno de los más preclaros pensadores que ha dado la humanidad, la función de la ciencia era conocer el mundo y brindarle al ser humano la oportunidad de cambiar la naturaleza para su propio beneficio, es decir, ofrecer al intelecto la capacidad de razonar y actuar en base al conocimiento fundamentado de los fenómenos naturales. La fe cumplía la función de iluminar el camino de quienes no se aventuraban en la independencia espiritual y de aquellos incapaces de cuestionar los postulados dogmáticos de la época.

La función de la religión, en cambio, es esencialmente de carácter moral, dando un fundamento a las normas éticas para quienes necesitan ser dirigidos con el objeto de obrar bien.

Por otro lado, Galileo no solamente introduce en el pensamiento científico universal una serie de conceptos innovadores en física y matemáticas, sino que plantea una nueva forma de investigar los fenómenos naturales. Como dice uno de sus biógrafos: Galileo vio con toda claridad que con ayuda de maquinas e instalaciones técnicas hábilmente pensadas, se puede sorprender a la naturaleza.

Otro tanto ocurre con los límites entre magia y religión. En la práctica tal vez es útil la diferencia que estableció el francés Émile Durkheim (1858-1917), pionero del estudio de la sociología de la religión. Para él un practicante de la religión tiene una congregación, mientras un practicante de la magia tiene clientela. El británico Edward B. Tylor (1832-1917) centraba la diferencia en que en la religión el poder omnipotente es ejercido por seres conscientes a quienes es posible complacer por medio de determinados rituales, que además cumplen la función de mantener unida a la comunidad de practicantes. Tylor, en su obra *Primitive Culture*, también enumeró muchas de las razones por las que las fallas de la magia no son fácilmente percibidas por quienes creen en ella. Es curioso ver cómo muchos de los argumentos en que se apoyaban las 'culturas primitivas' de Tylor siguen siendo válidos en nuestra sociedad tecnificada y supuestamente educada.

Las contribuciones más importantes al estudio científico de la magia se deben quizás a James G. Frazer (1854-1941) pionero de la antropología social. Para este autor escocés la magia surgió como una pseudociencia que se extendió por toda la humanidad primitiva antes de la aparición de la religión. El pensamiento religioso vino a surgir como una creación de seres inteligentes desilusionados por los frecuentes fracasos de sus brujos-curanderos. Estas primeras culturas trasladaban la responsabilidad de tantos fenómenos inexplicables a unos nuevos seres infalibles: los dioses. En su análisis, tanto la magia como la religión podían encontrar explicación en errores evidentes de la lógica humana. Frazer establecía así una secuencia que se iniciaba con magia, seguía con religión y culminaba en ciencia. Los seres impersonales o inconscientes del mundo mágico fueron remplazados, según él, por unos dioses más asequibles a quienes es posible persuadir, por medio de rituales o de oraciones, para que modifiquen a nuestro favor

las normas elásticas que rigen a la naturaleza. Para él la ‘Edad de la Magia’ sería el equivalente intelectual de lo que desde la perspectiva cultural conocemos como Edad de Piedra. Frazer advierte, sin embargo, que la ‘Edad Científica’ no necesariamente es la culminación del desarrollo humano.

Las ideas mágicas, que Frazer analizó en su voluminosa obra de doce tomos (*The Golden Bough*, 1890), se pueden agrupar en dos grandes categorías, según sigan lo que él denominó la ‘Ley de la Similitud’ (o de la homeopatía) o la ‘Ley del Contacto o Contagio’. La primera establece relaciones entre objetos similares, basadas tan sólo en su aspecto u otra característica común, y les asigna vínculos de causa-efecto. La segunda postula que dos objetos que alguna vez estuvieron en contacto continúan actuando el uno sobre el otro incluso cuando han sido separados.

A pesar de que admitía la importancia antropológica y sociológica del pensamiento mágico, Frazer lo consideraba un paso que era necesario superar: “La magia es un sistema espurio de ley natural, algo así como una mentirosa guía de conducta; es una falsa ciencia y un arte abortivo.” Muy probablemente él se sorprendería de la proliferación de horoscopistas, oniromantes y lanzadores de tarot que hoy inundan nuestras ciudades; y más todavía de la credulidad de nuestra clase media intelectual que ha hecho de la superstición un negocio millonario. “El hechicero que cree sinceramente en sus propias pretensiones extravagantes está en mayor peligro y es más propenso a ver recortada su carrera que el impostor deliberado”, afirmó Frazer. Así que ¡ajo! Si su brujo es exitoso, muy probablemente es un impostor.

Edward O. Wilson (1929-), entomólogo de Harvard y padre de la ‘sociobiología’, ha ido más allá. Él encontró en algunas conductas animales, por ejemplo en la danza de las abejas, un origen de la magia por similitud. Los círculos y figuras complejas de estos insectos serían movimientos anticipatorios parecidos a los de los rituales indígenas que preceden al combate o la cacería, e incluso a los grandes desfiles militares de los países civilizados.

Malinowski (1884-1942), fue otro pensador de la primera mitad de este siglo que se ocupó de la relación entre magia y ciencia. En su libro *Magic, Science and Religion* (1925) afirmaba que la magia surgió como un mecanismo humano para extender su conocimiento y su competencia, para lidiar con el fracaso, para proveer confianza en tiempos de incertidumbre

‘ritualizando el optimismo’, y para expresar los deseos de una sociedad tecnológicamente limitada. Tal vez por eso nos estamos apoyando de nuevo en ella.

Freud (1856-1939), en *Totem und tabu* (1913) compara el pensamiento mágico con los procesos mentales infantiles y neuróticos. El simple deseo, o la intención, preceden de manera automática a la realización del evento deseado.

Como puede verse, en el conocimiento general de las personas, estos conceptos van muy ligados y, a decir verdad, en la práctica diaria se entrelazan en algunos momentos. Sin embargo, la medicina se basa en postulados científicos, en hipótesis demostrables, en conceptos sometidos al rigor de su reproducibilidad.

Y la ciencia es la única esperanza del ser humano en su devenir por este planeta

Por lo anterior, quiero expresar que cada encuentro de tribunales, cada congregación de cerebros de altísima sofisticación en nuestro evento, constituye un cúmulo de todos los conceptos analizados en este modesto escrito: Es ciencia, pues el Derecho es ciencia social que regula la conducta humana. Es Ética, pues trata de buscar principios cada vez mas aceptados universalmente en nuestra nación. Es Ética Médica Disciplinaria, como parte de la transformación del paradigma deontológico de la profesión. Es bioética, pues trata de preservar la integridad social cuidando a las personas, a los débiles, a la majestad de la Justicia y al ser humano en todos los extremos de la vida. Y también es magia, porque la presencia de personas de semejante talla académica (indudablemente superior a la de quien esto escribe), impregna de un ambiente humano y supraintelectual a nuestra queridísima cofradía.

HUMANIZACIÓN Y ÉTICA – EDUCACIÓN MÉDICA

Dr. Edgar Villota Ortega
Presidente Tribunal Seccional de Ética Médica de Nariño

- Una de las ideas centrales del conocimiento es que la verdad absoluta no existe.
 - Así, las definiciones, clasificaciones y conceptos son siempre alternativas entre muchas, pero para avanzar en el conocimiento es más importante plantearse interrogantes que las mismas respuestas.
 - Preguntémonos entonces: Con una de las preguntas más grandes de la humanidad ¿cómo ha sido el proceso de humanización del ser humano?
 - Saber cómo el ser humano ha llegado a ser lo que es hoy, partiendo de sus más lejanos ancestros, ha constituido la curiosidad de filósofos y científicos.
 - A la pregunta, si deseamos entender los mecanismos para explicar por qué las personas hacen lo que hacen es decir el comportamiento humano, debemos buscarlo en su naturaleza básica.
 - Y donde buscar esa naturaleza? Si no es justamente en el origen mismo de lo que somos, el proceso de humanizarnos nos lleva a entender nuestra conducta.

El proceso de transformaciones hacia la humanización puede analizarse desde dos perspectivas:

- 1) Transformación y evolución de los caracteres morfológicos fundamentales del ser humano equivale al proceso por el cual el cuerpo humano ha llegado a ser como es hoy. Este proceso se denomina **HOMINIZACIÓN** igual a la evolución biológica (paleontología)

2) La transformación psíquica que corresponde a la aparición de la inteligencia, del pensamiento abstracto y de la conciencia humana con las manifestaciones psicológicas y culturales que de esta se deriva. Este proceso que conduce al surgimiento y desarrollo de la conciencia se denomina **HUMANIZACIÓN**.

Este tema es avocado desde varias perspectivas: la filosófica, religiosa y científica, a donde aportan la paleontología, biología y antropología.

Así, se ha logrado trazar el largo camino del ser humano, su actual sistema nervioso y psicológico, las culturas que ha generado hasta lo que hoy todos conocemos del ser humano.

Debemos aclarar que al hablar de humanización como proceso que ha permitido la transformación del hombre en ser humano, pueden adoptarse muchas perspectivas. Por opción personal creo que la que mejor permite entender el proceso es la que conduce al surgimiento del **FENÓMENO HUMANO**. Con esto quiero enfatizar que hoy nos interesa de manera especial considerar como se fueron estructurando las manifestaciones del ser humano: intelectuales, afectivas, sociales, éticas, etc.

Solo para nombrarlo este proceso que nos traza hasta lo que hoy somos, es el salto cualitativo desde los primeros homínidos o género homo y otros prehumanos como producto de una serie de transformaciones que los aleja de los otros seres vivos.

Pero más interesante aún, es considerar el salto que separa a estos homínidos de su sucesor el **HOMO SAPIENS**. Pues con la aparición del homo sapiens se produce el segundo salto ya que la humanidad siguió evolucionando a tal punto que los seres humanos de hoy mentalmente están muy lejos de ese primer homo sapiens que este, de su primer homínido.

Así comienza la gran aventura del pensamiento y se da más con los sistemas de vida que con lo orgánico; el ser humano mediante el pensamiento abstracto, el lenguaje, la vida social, se elevó por encima de la simple evolución orgánica.

Podríamos seguir con el proceso y mecanismos de evolución de conciencia caracterizada en la corteza prefrontal, evolución que en los humanos

primordialmente es del individuo y no de la especie. Lo anterior para alcanzar el pensamiento reflexivo y con ello la autonomía respecto del medio que hoy posee el ser humano, a través de la conciencia. Hasta aquí los orígenes del proceso evolutivo de humanización.

NOMBREMOS LA ANTROPOLOGIA

De la antropología general nos trasladamos a la antropología médica, o sea al encuentro de la conducta humana referida a la conducta médica que debe basarse en el conocimiento del ser humano unificando no solamente lo que nos diga la anatomía y fisiología tradicionales, sino integradas a las ciencias humanas.

Pues el quehacer del médico debe conocer lo esencial de cada ser humano, su naturaleza lo que nos hace iguales y lo que nos diferencia, o sea la antropología médica es el conocimiento científico del hombre como sujeto sano, enfermo, o enfermable y mortal, así se llega al fundamento del saber médico.

Podemos afirmar que los médicos no somos técnicos en tejidos, órganos, enfermedades, tratamientos, etc, sino que nuestra misión trasciende lo puramente orgánico, constituyéndose en un privilegio el poder ayudar al ser humano y disminuimos esa oportunidad cuando solo nos limitamos a la atención orgánica. Pues no debemos olvidar que lo que el paciente confía al médico es el cuidado de su existencia, de su vida y no únicamente el de su organismo biológico. Tampoco olvidemos que ser médico es mucho más que ser un dispensador de píldoras o quien remienda carnes, es encontrarse con el alma rota la que hay que zurcir en un acto de amor. Es un intermediario entre cada hombre y Dios, recordemos que el primer acto médico fue un acto humano, no un acto científico, pues se trató de un acto de amor, por ejemplo la aplicación de un emplasto, de un abrigo, de una frase de cariño, de una hierba o de una caricia.

Interesante recordar al filósofo contemporáneo Savater, cuando se refiere a la ética como la parte de la filosofía que reflexiona sobre la conducta humana, sus motivos, sus valores, pero también los antivalores cuando hacemos lo que no debemos, por eso recomienda comenzar por la ética personal y luego por la colectiva.

ALGO SOBRE EL HUMANISMO

Qué es humanismo? En el sentido amplio significa valorar al ser humano y sobre todo la condición humana, está relacionado con la generosidad, la solidaridad, la preocupación, por la valoración de los atributos y las relaciones humanas.

Sociológicamente hablando el humanismo fue un movimiento filosófico intelectual y cultural, que comenzó en Italia en el Siglo XIV con el renacimiento y se desarrolló y extendió a través de Europa, rompiendo la fuerte influencia de la iglesia y del pensamiento religioso de la Edad Media. El teocentrismo dejó paso al antropocentrismo, pasando el hombre a ser el centro de interés de todas las cosas. El humanismo exalta las cualidades de la naturaleza humana y busca lo mejor de los seres humanos y para los seres humanos, marcando la transición entre la edad media y la edad moderna.

ÉTICA Y HUMANIZACIÓN EN SALUD

La medicina desde sus orígenes se ha sustentado en el principio de servir al hombre en función de salud, o sea propiciar su bienestar físico y mental, curar sus enfermedades, aliviar el sufrimiento y prolongar su vida. Siendo una disciplina que gira alrededor del hombre, la medicina es de suyo una actividad antropocéntrica. Esto significa **QUE LA ÉTICA MÉDICA ES POR SOBRE TODO UNA ÉTICA HUMANISTA.**

T. DE CHARDIN. Decía que el hombre no solo es centro de perspectiva, sino también centro de construcción y que si realmente ver es ser más, miremos al hombre y viviremos más intensamente.

Aristóteles sostenía que la ética está edificada sobre la ciencia del hombre y la medicina, porque al fin de cuentas es la ciencia del hombre. Pero nunca se crea que el médico es dispensador de medicina, debe ser un científico positivista pero no su mecánico, si así fuera podría ser suplantado por un cerebro electrónico para hacer diagnóstico y extender formulas. El médico para que lo sea de verdad, debe estar capacitado para trascender lo simplemente corporal somático en su paciente. Esto es esencial en la naturaleza del comportamiento ético.

Si aceptamos la tesis de que el hombre fue hecho a imagen y semejanza de su creador y que su naturaleza viene de éste, no nos queda sino aceptar que cuidar y proteger su bien máspreciado, la salud, es absolutamente trascendente y ético. Pero si no aceptamos la anterior teoría, si debemos aceptar que no hay nada superior ni más digno que la existencia humana y esa existencia está internamente ligada al quehacer médico, por eso el médico debe ser un cultor trascendental, que además de ciencia le pone arte a su oficio y arte entendido como sentimiento, como pasión, como alma.

Cada nuevo ser que aparece en el escenario terrenal independientemente de su condición racial, social, religiosa, política o económicas, se constituye en un personaje digno de consideración y respeto. Entenderlo y tratarlo así es el verdadero sentido de la palabra humanismo.

Al mirar el organismo humano, no podemos sustraernos al sobrecogimiento de admiración que despierta tan perfecta obra. Mientras más se penetra en su complejidad más perplejidad suscita. Ciertamente el siglo actual puede considerarse el siglo de la perplejidad y en medicina del asombro. Parece que el hombre hubiera aceptado el desafío de llegar a conocerse a sí mismo a plenitud. Y lo está logrando, pero no para alardear sino para entender y disfrutar más intensamente el milagro de existir.

Basta recordar en la intimidad del mundo celular y particularmente el cerebral que nos diferencia de otras especies, para descubrir como la evidencia de sustancias neurotransmisoras y el comportamiento molecular bajo sus efectos que han permitido entender algunos fenómenos psíquicos. La tomografía de emisión de positrones, ha hecho posible registrar la actividad de las células cerebrales en una zona determinada, por ejemplo en el lóbulo temporal se localiza la función relacionada con la angustia, con la ansiedad y ni hablar de la ingeniería genética y su programa genoma.

El funcionamiento equilibrado, armónico de esa admirable máquina de la que hablamos constituye lo que se llama salud, cualquier desajuste conduce a una alteración en la capacidad de acción que es la enfermedad y la desgracia más grande que puede ocurrirle al hombre es haber perdido la salud, saberse enfermo. Cuando tal cosa sucede el sujeto es presa de angustia ya que la enfermedad compromete toda su integridad y comienza a temer por la pérdida de su vida, por eso al hombre enfermo no se le debe considerar solo por el dolor físico que le pueda provocar su enfermedad

una fractura, un infarto, sino en especial por el dolor espiritual que también lo asiste y que al decir de Aristóteles “desquicia, estraga la naturaleza del que lo sufre”.

A quienes nos interesa el ser humano lo respetamos en su integridad, nos interesa la ética, nos preocupa advertir como cada día que pasa el médico se aleja cada vez más del hombre enfermo, ya no se acerca a este para tocarlo, para sentir su fiebre, para explorarlo, para recoger su angustia, en otras palabras el famoso ojo clínico que caracterizó a los legendarios médicos se trocó por el ojo mágico de las maquinas, antes el médico era esclavo del paciente hoy se lo entregó a la tecnología mecanizada, se perdió lo que Hipócrates llamaba la **AMISTAD MÉDICA** y del cual se deriva la solidaridad con el sufrimiento y el dolor. Los aparatos son indiferentes, fríos, incapaces de entender los sentimientos, el médico que solo se fija en el mensaje mecánico sin escuchar el alma, se comporta como un desalmado al igual que la máquina.

Debemos volver a la medicina humanizada sustentada en la consideración, el respeto y el amor al prójimo y estos se dispensan con el alma. Razón tenía quienes afirmaban que para poder sanar de verdad el médico debía penetrar más allá de la envoltura física del individuo enfermo.

Si aceptamos que la ética médica es ética – humanística, por cuanto se fundamenta en la ciencia del hombre, mientras más científico sea el actuar profesional del médico, es más ético si lo acompaña de un ropaje sentimental y espiritual sin hacer abstracción del componente afectivo. La sociedad se equivoca cuando valora en el médico de manera exclusiva su preparación científica, su competencia técnica, debe admirar también igualmente su competencia humana, no cabe duda de que el hombre además de individuo biológico es un ser social y ético espiritual de ahí que considerarlo dentro de su contexto de enfermedad sin desarticular el cuerpo – espíritu, es el verdadero sentido de la medicina, el médico que así procede se encuentra dentro del marco de la ética humanista.

ALGO SOBRE EDUCACION MÉDICA

La crisis económica de América Latina muestra resultados de creciente postergación que no pueden ser resueltos solo por cambios metodológicos en la educación. En muchos países latinoamericanos existe la necesidad de

innovar en la formación profesional en salud, sin embargo hay un deseo de querer avanzar y progresar en el reconocimiento de la necesidad de una salud comunitaria como eje que recoja todo el programa de formación.

El aumento en el número de profesionales no se ha traducido en el progreso esperado, mientras la formación profesional solo sea vista con los parámetros que la globalización impone, es poco probable que el problema de la salud o de la educación en salud, encuentre sus metas esperadas los principios de equidad, libertad, autonomía, compromiso y respeto al ser humano que deben ser parte de la ecuación pedagógica y social.

La actual situación de la educación médica, se podría caracterizar de manera genérica como crítica, orientándose básicamente hacia la búsqueda de innovaciones educativas y de recursos financieros.

El modelo de formación resulta reproductor de las formas tradicionales a pesar de la multiplicación de programas públicos y privados. Los planes de estudio permanecen sobrecargados de contenidos reiterados, organizados entorno a asignaturas fragmentadas, teóricas, con enseñanza intramural y hospitalaria, sin vinculación con criterios epidemiológicos o articulados en torno de los determinantes de las condiciones de salud de la población. De este modo, las carreras duran entre seis y ocho años, durante los cuales los estudiantes tienen un papel pasivo limitado a incorporar el conocimiento que sus profesores han procesado y seleccionado, en ocasiones son llevados a una especialización precoz orientada por criterios tal vez oportunistas.

Quisiera reafirmar mi convicción de que las instituciones formadoras, tienen una inmensa responsabilidad ante el desafío de la educación médica, ellas deben analizar despojadas de prejuicios cuales deben ser los ejes en torno de los que habría que estructurar en el siglo XXI un nuevo paradigma de formación de los profesionales de la salud. Con criterios de calidad por competencias.

Las instituciones todas deben enfrentar enormes dificultades cuando resuelven encarar cambios curriculares profundos, los cuales se constituyen en cambios culturales que deben cuestionar no solo los contenidos sino el modo de organizarlos, las formas en que los estudiantes se acercan a ellos y a menudo el papel de los docentes y estudiantes en el proceso de formación.

Sería absurdo pensar que las necesidades sociales no son un problema para la educación médica, pero la resistencia a articular lo que está dentro de la escuela con lo que está fuera de ella ha postergado los cambios, sino observemos como los grupos más legitimados de la academia son los que producen “**papers**” que les permiten ir acumulando más poder.

Los proyectos innovadores en educación médica, que se están consolidando en América Latina, indican que su grado de éxito se asocia directamente en la medida en que han logrado quebrar el aislamiento saltando los muros de la Institución para asumir responsabilidades sociales, detectando las necesidades de la comunidad, identificando con ella los problemas y de ese modo articulando posibles soluciones.

Como mensaje creo estamos obligados a seguir buscando el camino de la reforma educacional en las profesiones de la salud, especialmente en la medicina como tarea fundamental.

El desafío, es el que nos debe conducir a los cambios que permitan formar profesionales capaces de desarrollar una práctica orientada por la utopía de mejores condiciones de vida para nuestros pueblos.

FINALMENTE (LOS DERECHOS)

Todos conocemos que la ética médica actual se sustenta en tres pilares o principios fundamentales, así:

- AUTONOMIA
- JUSTICIA Y
- BENEVOLENCIA

La aceptación de una ética humanista, se fundamenta en el principio de benevolencia o de beneficio, ya que la medicina trasciende más allá de la persona pues sin desentenderse del individuo aislado, la medicina ha contemplado también lo mucho que puede aportar al bienestar social comunitario, algunas escuelas formadoras de médicos han venido propiciando con indudable acierto que sus egresados están capacitados para manejar al paciente como componente y parte importante de la sociedad entera para ejercer liderazgo, el bien que la medicina pueda dispensarle va a redundar en beneficio común, eso es trascender y eso es ética humanista.

Ojala lográramos o al menos pensáramos en la HUMANIZACIÓN COLECTIVA hoy en tiempos de terrorismo, cuando en otros países se aplicaron sentencias como “sin armas contra las armas” en busca de fórmulas pacíficas de convivencia, pues para ser eficazmente revolucionario se debería pensar que la verdadera revolución se produce con la educación, la educación es la revolución sin sangre más eficaz, es la que combate las situaciones de atraso, de injusticia. Los verdaderos revolucionarios prefieren ser educadores, es una revolución a largo plazo, los efectos de la educación se ven con los años, como ejemplo en Estados Unidos cuarenta años atrás se acabó con la discriminación en las escuelas, tal vez esto permitió que después de ese plazo un afroamericano fuera elegido Presidente de Estados Unidos.

Si educamos con trascendencia, debemos entender que las opiniones son para ser discutidas, pues son las personas las que son respetables, escuchar las opiniones de otros no quiere decir darles la razón, parte de las obligaciones de un ciudadano es discutir las estupideces que oye, pero eso sí, todas las personas son respetables aunque tengan opiniones disparatadas.

Por eso, la ética colectiva es una reflexión sobre las acciones humanas, sobre las acciones colectivas, con iguales intereses, que deben ser de servicio público, la ética debe procurar aplicar los principios humanistas de no dañar al prójimo. Es importante nunca olvidar que ser moralista es preocuparse por la ética de los demás y ser ético es preocuparse por la moral de uno, no de la de los demás.

En estos tiempos cuando en Colombia se habla de la paz, la cual debería ser muy cercana a la ética, y se nos asegura que con una firma la alcanzaremos, vale la pena que nos hagamos una última pregunta **¿qué es la paz?** Para tratar de responder; que paz no significa estar en un lugar sin ruidos, sin problemas, sin trabajo o sin dolor. Paz significa que, a pesar de todas esas cosas, permanezcamos calmados dentro de nuestros corazones cuando encontremos la paz en nuestro interior, tendremos equilibrio en la vida y yo agregaría cuando encontremos la calma interior necesariamente habrá paz afuera, ya que la violencia y la paz nacen en el corazón del ser humano. Así seríamos “más éticos y tal vez menos moralistas”.

ÉTICA EN LA INVESTIGACIÓN

Dra. Gladys León Salcedo¹
Tribunal de Ética Médica de Cundinamarca

A raíz de un caso que se nos presentó en el Tribunal relacionado con una queja contra un médico por haber formulado un medicamento en fase tres de experimentación² y teniendo en cuenta la injerencia e importancia del auditorio en las facultades de medicina y en las entidades hospitalarias que realizan investigación, considero bien interesante hacer unas pocas reflexiones sobre el tema.

En los primeros tiempos la investigación se fundamentaba en el azar y en las coincidencias en las observaciones del proceso de curación, en la analogía, aplicando al hombre conocimientos adquiridos en otras especies; Era una investigación fortuita o casual. Se practicaban vividisecciones, se probaban venenos y se efectuaban experimentos empíricos en criminales a quienes no se suponían personas. - Cita Diego Gracia al enciclopedista Romano Celso describiendo los experimentos vivisectivos para conocer situación de los órganos, color, magnitud, consistencia, sus relaciones e inserciones³.

¹ Asesora jurídica del Tribunal de Ética Médica de Cundinamarca, Abogada de la Universidad Externado de Colombia, Magister en Bioética de la universidad El Bosque. Diplomada en Ética de la Investigación. Red de Bioética de la Unesco.

² Estudios clínicos de fase I El objetivo de un estudio clínico de fase I es comprobar que un fármaco o tratamiento nuevos que demostraron ser seguros para usarse en animales, también pueden administrarse de manera segura a los seres humanos. Los médicos recopilan datos sobre la dosis, la frecuencia y la seguridad del tratamiento. Estudios clínicos de fase II Los estudios clínicos de fase II brindan información más detallada sobre la seguridad del tratamiento y evalúan su eficacia. Estos estudios clínicos tienen como objetivo descubrir si el tratamiento nuevo es eficaz para una enfermedad determinada, El objetivo de los estudios clínicos de fase III es tomar un nuevo tratamiento en el que se demostraron resultados favorables al utilizarse en una cantidad reducida de pacientes con una enfermedad determinada, y compararlo con el estándar de atención actual para esa enfermedad específica. En esta fase, se recopilan datos de una gran cantidad de pacientes para averiguar si el tratamiento nuevo es mejor y si causa menos efectos secundarios que el tratamiento estándar actual. American Society of Clinical Oncology (ASCO).

³ GRACIA Diego, Profesión médica, investigación y justicia sanitaria, Ética y Vida Estudios de Bioética 4,

Por otra parte se consideraba que el acercamiento al paciente únicamente podía hacerse para beneficiarlo, Maimonides en su código instruye a sus colegas a tratar a sus pacientes como un fin en sí mismos. El aprendizaje del paciente solamente podría derivarse como un doble efecto de la atención médica. Se actuaba en el cuerpo del paciente con la intención de curarlo pero colateralmente se obtenía un conocimiento adicional.

Los primeros experimentos impactantes en la medicina son descritos por la enciclopedia de Bioética, publicada por la Universidad de Georgetown⁴ y se le atribuyen al médico inglés Edward Jenner quien observando el comportamiento de los campesinos que contraían la viruela, siendo contagiados por sus vacas o cerdos, parecían mas inmunes a las formas más virulentas de esta patología. Jenner tomo muestras de las pústulas, inyectó el material en otra persona y observó la resistencia y los cambios producidos. En Noviembre de 1789 inoculó a su propio hijo de tan solo un año de edad, y posteriormente el mismo se inyecta y nota la evidencia de no reacción.

El médico William Beaumont, estudió la acción de los jugos gástricos en un paciente que sufrió una herida de tal naturaleza que dejó sus órganos al descubierto. A pesar de que el paciente dio su consentimiento y que se le pago por permitir el estudio, el paciente huía de su médico.

El experimento más brillante del siglo XIX fue conducido por Louis Pasteur quien descubrió el antídoto para la rabia aplicándolo en animales y demostrando su eficacia en perros mordidos por perros infectados. Pasteur no había probado la vacuna en humanos y se planteaba muchas incógnitas frente al tema, cuando una madre acude a su consulta con su hijo de 9 años que había sido mordido por un perro rabioso. La única alternativa para salvar la vida del paciente fue la aplicación de la droga, ante el hecho de que la muerte del niño parecía inevitable, con gran ansiedad aplico 12 inoculaciones al niño y semanas más tarde se confirmó la eficacia de su descubrimiento.

En la primera década de los años 20 se muestra la insuficiencia de los experimentos en animales, surge la necesidad de experimentar en seres humanos, se cuestiona el aprendizaje fortuito o al azar, se inicia una elaboración sistemática de la estadística descriptiva y del muestreo estadístico.

⁴ Encyclopedia of Bioethics .Volume 4 Macmillan Library .pag 2249

Ya no se considera que el único criterio que justifique la experimentación sea el beneficio de un paciente, y se establece el experimento controlado. El clínico Ronald Fisher introduce el concepto de aleatorización y Bradford Hill establece criterios de causalidad que deben sustentar la relación causa efecto.

- Asociación estadística.
- Relación dosis-respuesta.
- Secuencia temporal.
- Razonamiento por analogía.
- Especificidad
- Experimentación
- Consistencia
- Plausibilidad biológica
- Coherencia.

A finales del Siglo 20 nace el concepto de validación. Como nos enseña Diego Gracia “Nada puede considerarse diagnóstico o terapéutico si el proceso de investigación no ha probado su condición de tal y nada puede pertenecer a la práctica clínica que antes no haya pasado por la investigación clínica”... “Solo mediante la experimentación clínica se puede pasar de una medicina basada en la intención a una medicina basada en la evidencia⁵”.

Nace la moderna investigación, se pasa de las situaciones observacionales a las experimentales, se priorizan las investigaciones prospectivas sobre las retrospectivas, se dividen los grupos en los que se realiza la investigación, se aleatoriza la asignación de los sujetos a cada grupo para neutralizar los sesgos, se controlan los factores subjetivos con el establecimiento de estudios simple ciego y doble ciego (algunos sujetos reciben el producto experimental y otros productos de acciones conocidas o placebo, se hace un cálculo del tamaño de la muestra para evitar resultados falsos y se establecen esquemas de vigilancia posteriores a la aprobación de un producto.

Surgen entonces los problemas propios de la moderna investigación. Ante la necesidad de tener muchos sujetos de investigación, se utilizan poblaciones vulnerables, pobres, marginales, se utilizan los pacientes de los

⁵ (GRACIA Diego, Profesión médica, investigación y justicia sanitaria, Ética y Vida Estudios de Bioética 4, Págs., 95 y 96

hospitales de beneficencia y en general se cometen muchos atropellos. Se trasladan muchas investigaciones promovidas por países desarrollados a los países en desarrollo, atendiendo a la facilidad para reclutar sujetos de investigación en los hospitales públicos más baratos, y países con legislaciones muy laxas y con restricciones mínimas frente a la seguridad de los sujetos investigados. (Incentivos mínimos, costos irrisorios comparados con el costo de la misma investigación en países desarrollados) Así vemos como en el África por ejemplo se llevan a cabo múltiples investigaciones aprovechando las condiciones de vulnerabilidad, siendo estas poblaciones las que menos van a disfrutar de los beneficios que se alcanzan con las investigaciones pero sin son las que soportan los riesgos de las mismas. Recuerdo en este momento la película El Jardinero fiel y el sentimiento que despiertan los abusos en la investigación que allí se narran.

Horrores del pasado. Pecados de la humanidad.

”. Las atrocidades Nazis. Los Experimentos Del Dr. Mengele – sujetos sometidos hasta la muerte en aguas congeladas o privados de oxígeno para probar el límite de la resistencia humana o infectados deliberadamente por organismos letales para conocer los efectos de las drogas y de las vacunas. Estas atrocidades Nazis dieron origen al Juicio de Núremberg contra médicos Nazis entre los años 1946 y 47 que concluyeron en la condena de 4 Médicos a la Horca, 5 sentenciados a prisión perpetua.

El Estudio Tuskegee 1932-1972. Estudió de los efectos y evolución espontánea de la sífilis sin tratamiento en varones negros en el condado de Alabama -399 hombres que estaban ya en las últimas etapas de la sífilis fueron observados comparativamente con un grupo de control sano de -201 - El tratamiento era disponible pero no utilizado. Ningún protocolo formal regulo los “procedimientos desarrollados” - Pocos de los médicos y menos los pacientes a quienes se les dijo que tenían mala sangre sabían las implicaciones del estudio. La enfermera Eunice Rivers convencía a los pacientes pobres y analfabetas para que participaran con incentivos de exámenes físicos gratis, transportes gratis, comidas calientes el día del examen, tratamiento gratis para las dolencias de menor importancia y gastos del entierro. A pesar de que hacia los años 40 se inicia la aplicación terapéutica de la penicilina descubierta en 1928 (Alexander Fleming) a estos hombres con Sífilis no se les dio el tratamiento indicado habiendo continuado el estudio hasta 1972 ante un escándalo periodístico.

La lista de horrores podría ser interminable

- Experimentos con Radiación en niños con retardo mental.
- Estudios con hepatitis en niños retardados deliberadamente infectados. en (Willowbrook). Los padres fueron presionados obteniéndose un consentimiento viciado.
- La investigación llevada a cabo en mujeres embarazadas con VIH en África que participaron en un estudio que analizaba la transmisión vertical del Sida y en el cual aquellas que no recibieron el tratamiento vieron como sus hijos nacían con Sida.

Y que ha pasado en nuestro País.

Sería muy útil determinar cuántas investigaciones se han hecho en prisioneros, en poblaciones indígenas, en los pacientes pobres que acuden a los hospitales y que resultan enrolados en programas de investigación sin tener un conocimiento claro de sus implicaciones, muchas veces probando medicamentos para enfermedades ajenas a nuestras patologías, investigaciones muchas veces amparadas por laboratorios farmacéuticos que envían toda la papelería en la que se describe, el estudio, los efectos adversos y el tema del consentimiento en un idioma extranjero. Participantes en investigaciones con criterio de inclusión atendiendo a su pobreza, a su ignorancia o a la falta de recursos para comprar medicamentos o para obtener atención médica. Estudios en prisioneros, en soldados, minorías raciales y aun más grave estudios sin ningún método científico y alejados de todo concepto científico y ético. No está muy lejano el tiempo en que conocimos de investigaciones sin ninguna formalidad como las efectuadas con maceración de próstatas con cáncer inoculadas en pacientes, la maceración de intestinos de chulo y su inoculación al paciente pretendiendo curar el cáncer. Médicos que un día se levantan y dicen “hoy voy a ser investigador”. El presidente de nuestro tribunal medico gineco obstetra, nos cuenta de un medico que consideró que si el DIU se recortaba y se quemaba era más eficiente en la tarea de lograr la contracepción, y así todos los días vemos locuras que se cometen en nuestro país en aras de la experimentación y de la investigación sin que se lleven a cabo protocolos serios de investigación, cometiendo un abuso en los seres humanos por fuera de toda racionalidad.

Estos tortuosos episodios con grave violación de los derechos humanos han dado lugar a códigos y declaraciones que establecen guías de compor-

tamiento ético para garantizar la protección de los sujetos de investigación, la protección de poblaciones vulnerables y la preservación de la integridad científica. Citemos las mas importantes:

- Código de Núremberg 1947
- Declaración Universal de los Derechos Humanos 1948
- Declaración de Helsinki 1964 y sus reformas posteriores.
- Guías operacionales OMS.2000
- Pautas CIOMS 2002
- Ley 23 de 1981
- Resolución 008430 de 1993 Ministerio de Salud
- Resolución 2378 del 27 de junio de 2008

Nace el Código de Núremberg en 1947 que establece el consentimiento voluntario del sujeto de investigación con capacidad legal y competencia para consentir. El investigador debe estar calificado. No puede investigarse si se prevé la muerte o el daño físico excepto que el investigado sea el mismo investigador. Se exige adecuada preparación y establecimiento de medidas para evitar daños. El sujeto puede retirarse en cualquier momento del experimento. Ante efectos adversos la experimentación se suspende.

LA DECLARACIÓN DE HELSINKI.

La declaración de Helsinki Finlandia, junio 1964 fue promulgada por 18ª Asamblea Médica Mundial, (WMA) siendo talvez la regulación regulacion más importante en la ética de la investigación.

Ha sido sometida a numerosas revisiones y enmiendas:

- 29ª Asamblea Médica Mundial, Tokio, Japón, octubre 1975
- 35ª Asamblea Médica Mundial, Venecia, Italia, octubre 1983
- 41ª Asamblea Médica Mundial, Hong Kong, septiembre 1989
- 48ª Asamblea General Somerset West, Sudáfrica, octubre 1996
- 52ª Asamblea General, Edimburgo, Escocia, octubre 2000
- Nota de Clarificación, agregada por la Asamblea General de la AMM, Washington 2002
- Nota de Clarificación, agregada por la Asamblea General de la AMM, Tokio 2004
- 59ª Asamblea General, Seúl, Corea, octubre 2008
- 64ª Asamblea General, Fortaleza, Brasil, octubre 2013

LA IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN.

Destaca la declaración de Helsinki en sus artículos quinto y sexto la importancia de la investigación en el progreso de la medicina y su propósito. “El progreso de la medicina se basa en la investigación que, en último término, debe incluir estudios en seres humanos. El propósito principal de la investigación médica en seres humanos es comprender las causas, evolución de las enfermedades y mejorar las intervenciones preventivas diagnósticas y terapéuticas⁶.”

PRINCIPIOS BÁSICOS.

- Primacía de los derechos y los intereses de la persona que participa en la investigación sobre la generación de conocimientos⁷.
- En la investigación médica, es deber del médico proteger la vida, la salud, la dignidad, la integridad, la intimidad y la confidencialidad de las personas que participan en investigación⁸.
- Se protege el derecho a la autodeterminación y el derecho a decidir previa una información completa. Consentimiento libre y lúcido del sujeto. Para que la información a cada voluntario se califique como “adecuada” debe incluir objetivos, métodos, beneficios, riesgos previsibles e incomodidades que el experimento puede implicar, así como la posibilidad de abstenerse de participar o retirarse del estudio.
- Protección a las poblaciones vulnerables. La investigación médica en un grupo vulnerable sólo se justifica si la investigación responde a las necesidades o prioridades de salud de este grupo y la investigación no puede realizarse en un grupo no vulnerable. Además, este grupo podrá beneficiarse de los conocimientos, prácticas o intervenciones derivadas de la investigación.
- Solvencia científica del equipo investigador, Fundamentación científica del estudio y comités de ética de la investigación. La investigación médica en seres humanos debe ser llevada a cabo sólo por personas con la educación, formación y calificaciones científicas y éticas apropiadas. Fundamentación científica del estudio, (sus antecedentes y datos previos). La investigación medica

⁶ Declaración de Helsinki artículos quinto y sexto.

⁷ ibídem.

⁸ ibídem.

en seres humanos debe conformarse con los principios científicos generalmente aceptados y debe apoyarse en un profundo conocimiento de la bibliografía científica, en otras fuentes de información pertinentes, así como en experimentos de laboratorio correctamente realizados Comités de ética de investigación. El protocolo de la investigación debe enviarse, para consideración, comentario, consejo y aprobación al comité de ética de investigación pertinente antes de comenzar el estudio. Este comité debe ser transparente en su funcionamiento, debe ser independiente del investigador, del patrocinador o de cualquier otro tipo de influencia indebida y debe estar debidamente calificado. Se establece la inclusión en los protocolos de una “declaración de las consideraciones éticas implicadas”.

- Cuidadosa evaluación de riesgos y beneficios. La investigación médica en seres humanos sólo debe realizarse cuando la importancia de su objetivo es mayor que el riesgo y los costos para la persona que participa en la investigación. Se debe asegurar compensación y tratamiento apropiados para las personas que son dañadas durante su participación en la investigación.
- Limitación del uso del Placebo. Los pacientes que reciben cualquier intervención menos eficaz que la mejor probada, el placebo o ninguna intervención, no correrán riesgos adicionales de daño grave o irreversible como consecuencia de no recibir la mejor intervención probada.
- Plantea la necesidad de que los resultados publicados sean exactos.
- Declaración de relaciones entre investigadores y patrocinadores para evitar conflictos de interés.
- Acceso post ensayo a los participantes.

Existen otras regulaciones muy importantes que las limitaciones del tiempo no nos permite analizar, como el informe Belmont, las pautas internacionales para la evaluación ética de estudios epidemiológicos CIOMS-OMS de Ginebra de 1991, reformada en los años 2000 y 2002, la declaración Universal de Bioética de la Unesco y demás documentos que han aportado muchas herramientas de racionalidad ética en el manejo de la investigación.

NOS CONCENTRAREMOS EN LAS NORMAS QUE REGULAN LA INVESTIGACIÓN EN NUESTRO PAÍS:

La Ley 23 de 1981 en su artículo 12 dispone: “El médico solamente empleará medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas. PARAGRAFO: Si en circunstancias excepcionales graves un procedimiento experimental se ofrece como la única posibilidad de salvación, éste podrá utilizarse con la autorización del paciente o sus familiares responsables y, si fuere posible, por acuerdo en junta médica”.

Artículo 8 decreto 3380 de 1981:

- a. Las facultades de medicina legalmente reconocidas.
- b. La Academia Nacional de Medicina
- c. Las academias y asociaciones médico – científicas reconocidas por la Ley o el ministerio de Salud.
- d. Las instituciones oficiales que cumplan funciones de investigación médica o de vigilancia y control en materia médico – científica”

A su vez el artículo 54 de la Ley 23 de 1981 ordena al médico atenerse a las disposiciones legales vigentes en el país y a las recomendaciones de la Asociación Médica Mundial con relación a la Investigación biomédica en general y la Investigación terapéutica en humanos

LA RESOLUCIÓN 008430 DE 1993

Surgen de su estudio algunas pautas así:

Protección de los sujetos Investigados.

Prevalece el criterio del respeto a la dignidad y la protección de sus derechos y su bienestar;

Se ajustará a los principios científicos y éticos que la justifiquen.

Se fundamentará en la experimentación previa realizada en animales, en laboratorios o en otros hechos científicos.

Se realizará solo cuando el conocimiento que se pretende producir no pueda obtenerse por otro medio idóneo.

Quien puede realizar Investigación y condiciones del Investigador.

Solo se puede hacer bajo la responsabilidad de una entidad de salud, supervisada por las autoridades de salud, con autorización del representante legal.

Deberá ser realizada por profesionales con conocimiento y experiencia para cuidar la integridad del ser humano bajo la responsabilidad de una entidad de salud,

Debe existir obligatoriamente un Comité de Ética en Investigación

Cumple las siguientes funciones:

Aprobar el proyecto de investigación.

Establecer una supervisión estricta para determinar si aumenta la magnitud de los riesgos previstos o surgen otros

Suspender la investigación en el momento en que el riesgo pudiera afectar el bienestar biológico, psicológico o social de un menor o discapacitado.

Suspender o cancelar la investigación ante la presencia de cualquier efecto adverso que sea impedimento desde el punto de vista ético o técnico para continuar con el estudio.

El consentimiento Informado.

Contenido:

- a. La justificación y los objetivos de la investigación.
- b. Los procedimientos que vayan a usarse y su propósito incluyendo la identificación de aquellos que son experimentales.
- c. Las molestias o los riesgos esperados.
- d. Los beneficios que puedan obtenerse.
- e. Los procedimientos alternativos que pudieran ser ventajosos para el sujeto.
- f. La garantía de recibir respuesta a cualquier pregunta y aclaración a cualquier duda acerca de los procedimientos, riesgos, beneficios.
- g. La libertad de retirar su consentimiento en cualquier momento y

dejar de participar en el estudio sin que por ello se creen perjuicios para continuar su cuidado y tratamiento.

h. La seguridad que no se identificará al sujeto y que se mantendrá la confidencialidad de la información relacionada con su privacidad.

i. El compromiso de proporcionarle información actualizada obtenida durante el estudio, aunque ésta pudiera afectar la voluntad del sujeto para continuar participando.

j. La disponibilidad de tratamiento médico y la indemnización a que legalmente tendría derecho, por parte de la institución responsable de la investigación, en el caso de daños que le afecten directamente, causados por la investigación.

En cuanto a los sujetos de investigación:

Cuando el diseño experimental de una investigación que se realice en seres humanos incluya varios grupos, se usarán métodos aleatorios de selección, para obtener una asignación imparcial de los participantes en cada grupo, y se tomarán las medidas pertinentes para evitar cualquier riesgo o daño a los sujetos de investigación.

En las investigaciones en seres humanos se protegerá la privacidad del individuo, sujeto de investigación, identificándolo solo cuando los resultados lo requieran y éste lo autorice.

Se diseñan medidas especiales de protección para la investigación en grupos subordinados, comunidades, en menores de edad o discapacitados, en mujeres en edad fértil, embarazadas, durante el trabajo de parto, puerperio, lactancia y recién nacidos;

Se regula la utilización de embriones, óbitos y fetos e investigación biomédica con animales.

LA RESOLUCION NUMERO 2378 DE 2008

En el mes de marzo del 2005, en la República Dominicana se reunieron los países que conforman la red Panamericana de la reglamentación Farmacéutica, auspiciados por la OPS elaborando el documento de buenas practicas clínicas para instituciones que conducen investigaciones en humanos, el cual fue adoptado en nuestro país, con carácter obligatorio. Trataremos muy brevemente de establecer las principales obligaciones que se derivan de la misma.:

La investigación con medicamentos en seres humanos solamente podrá realizarse en una Institución que cuente con el certificado de cumplimiento de las buenas prácticas clínicas expedido por el INVIMA.

Todo proyecto de investigación con medicamentos en seres humanos deberá registrarse ante el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, Invima.

No se podrán iniciar proyectos de investigación clínica con medicamentos en seres humanos, que no estén aprobados previamente por el Invima.

Comité de Ética Institucional.

Las instituciones investigadoras deberán contar con un Comité de Ética Institucional

Toda investigación que recaiga sobre seres humanos debe ser evaluada y aprobada por el Comité de Ética Institucional. El Comité debe evaluar el proyecto de investigación, el formulario de consentimiento informado (documento que explica el objeto de la investigación, incluidos los riesgos y beneficios a los potenciales participantes), la información conocida sobre el fármaco (incluidos los informes de acontecimientos adversos inesperados) y toda publicidad potencial planificada para obtener participantes. Los procedimientos del comité de ética de investigación, La metodología que sigue para evaluar las propuestas y los documentos que se exige deben estar establecidos por escrito.

El comité debe describir por escrito los puntos que considera durante la evaluación de cada propuesta sometida a aprobación. Estos puntos deben incluir:

- a). Idoneidad del investigador para desarrollar el estudio (experiencia, Calificación, grupo de soporte);
- b). Información disponible sobre el producto (medicamento, dispositivo) en investigación;
- c). Antecedentes científicos de la propuesta;
- d). Calidad técnica del proyecto de la investigación;
- e). Factibilidad del proyecto de la investigación (posibilidad de alcanzar las conclusiones esperadas, balance de beneficio, riesgo e inconvenientes para los participantes, financiación y recursos necesarios);
- f). Pertinencia e idoneidad de la información que se dará a los sujetos participantes;

- g). Contenido del consentimiento informado;
- h). Aspectos éticos relacionados con la inclusión de poblaciones vulnerables;
- i). Indemnización y compensación en caso de daño o muerte atribuible a la terapia en estudio;
- j). Medida en que se debe compensar o retribuir la participación de los sujetos;
- k). Las características del patrocinador (relación con el investigador, conflictos de interés).

En cuanto al investigador se exige.

- Formación Académica; Experiencia; Adiestramiento.
- El investigador debe declarar sus conflictos de interés al conducir el estudio. Debe asegurar la adherencia al proyecto es decir que el estudio se conduzca de acuerdo con el proyecto acordado y aprobado por el CEI lo cual supone un manual que recopile los procedimientos estandarizados de la investigación.
- El investigador debe asegurar que se mantiene la privacidad y la confidencialidad de los participantes en la investigación
- El investigador deberá asegurar que los datos reportados en los “formatos de reporte de caso” y en todos los informes requeridos sean precisos, legibles y estén completos y actualizados.
- Debe reportar al patrocinador los eventos adversos y/o anomalías de laboratorio identificadas, de acuerdo con los requerimientos de informe y dentro de los períodos de tiempo especificados en el proyecto.

Además establece entre otras regulaciones al manejo del producto (medicamento) en investigación, inventario y almacenamiento de los productos, toma y procesamiento de muestras y especímenes biológicos y claras normas respecto a la divulgación de los resultados de la investigación.

Para concluir , los principios de Bioética tradicionales son la fuente de las reglamentaciones analizadas. Surgen nuevos principios. Precaución, Solidaridad y Cooperación.

Se cumple con el principio de beneficencia cuando se contribuye al conocimiento científico para el mejoramiento de la salud o prevención de las

enfermedades, con proyectos ajustados al rigor científico que garantizan la protección del sujeto investigado. Se cumple con el principio de no maleficencia cuando se asegura que los beneficios sean mayores al riesgo, se minimizan los Riesgos, se prevén las complicaciones y se suspende la investigación ante efectos adversos. Las exigencias al consentimiento informado desarrollan el respeto al principio de autonomía. Desde la perspectiva de la justicia, se debe buscar la Pertinencia dando prelación a investigaciones en patologías propias de nuestras poblaciones con la debida protección a poblaciones vulnerables. Se debe garantizar el acceso a resultados y beneficios y reparar los daños que toda investigación cause.

Tenemos en nuestro País un material humano con mucho potencial. Se debe incentivar la buena investigación dentro de parámetros éticos y científicos. Es la tarea de la imaginación. Como lo enseñó Einstein la Imaginación es la mas alta forma de investigación.

EL DETERMINISMO EN EL DERECHO POSITIVO DE LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA QUE REGULA EL EJERCICIO MÉDICO

Miguel Ángel Alarcón-Nivia, MD, FACOG
Magistrado Tribunal Seccional de Ética Médica de Santander*

*“La buena medicina clínica siempre mezclará el arte de la incertidumbre con la ciencia de la probabilidad”
Sir William Osler (internista canadiense, padre de la Medicina moderna)*

INTRODUCCIÓN:

Se entiende por Determinismo aquella doctrina de la filosofía que afirma que cada evento que ocurre en la naturaleza, cada fenómeno del macro y del microcosmos, incluidos los que acontecen en los objetos vivos y en los desanimados, obedecen a una causa predeterminada; es decir, todo lo observable obedece a la ley de causa - efecto. Por lo tanto, el estado actual “determina” en algún sentido el futuro, así como cada evento del estado actual fue determinado por una causa del pasado que lo produjo. Una parte de la esencia del determinismo, involucra la imposibilidad de vencer factores invencibles para el actor, como las pasiones, los factores circunstanciales (“ira e intenso dolor”), los factores sociales, que llevan a un desenlace inevitable. Este escrito contrapone la presencia de la Incertidumbre que es propia de la Medicina, a la legislación colombiana de corte determinista, que ha hecho importantes avances de transformación de la profesión médica en una disciplina de fines y no de medios.

OBJETIVOS:

Mostrar de manera breve la manera como se fue desarrollando la teoría del determinismo en la física, en la filosofía y después en diferentes disciplinas del pensamiento, hasta llegar al determinismo criminal, que le dio

* Magistrado del Tribunal de Ética Médica de Santander. Profesor titular y director del Departamento de Gineco-Obstetricia, Universidad Industrial de Santander.

soporte al determinismo penal, del cual se han derivado tantas doctrinas y jurisprudencias con las cuales se regula el ejercicio médico, cada vez más encerrado por leyes, resoluciones y sentencias que aunque buscan mejorar la calidad de la salud prestada en las instituciones públicas y privadas, están sirviendo de nutriente a la industria de las pólizas y al enriquecimiento de los demandantes, a costa de la angustia y el peculio de los médicos.

La Medicina no es en sí misma una ciencia, en una disciplina que se vale de las ciencias. Un alto porcentaje de sus eventos no obedece a leyes predecibles, sino a desenlaces propios de la incertidumbre (una reacción anafiláctica a un medicamento, un accidente visceral o vascular durante una cirugía muy laboriosa, la falla de un aparato eléctrico que quema un tejido sano sin la voluntad del operador, la septicemia por infección nosocomial en el post operatorio, etc). Puesto que las enfermedades son el resultado de múltiples causas no lineales ni repetibles de igual forma en cada ser humano, el azar participa de manera importante no solo en la historia natural de la enfermedad, sino en el curso clínico de la misma y en los efectos de las intervenciones médicas y quirúrgicas. Así pues, la incertidumbre es inherente a la enfermedad y a los eventos que son propios de una intervención médica o a los efectos tempranos o tardíos de la misma.

NACIMIENTO Y DESARROLLO DE LAS DOCTRINAS QUE CONFORMARON EL DETERMINISMO MECANICISTA EN LA FÍSICA Y EN LA FILOSOFÍA:

La obra cumbre científico-filosófica del pensamiento determinista es el libro "*Philosophiæ Naturalis Principia Mathematica*"^{2,3}, publicado el 5 de Julio de 1686, por el físico londinense Isaac Newton, quien fuera alumno y luego profesor de la Universidad de Cambridge. En la Inglaterra del siglo XVII floreció el uso de los estudios del mundo natural para probar la sabiduría, omnipotencia y benevolencia del Creador, y la obra de Newton fue adoptada rápidamente por los teólogos naturales. Newton publicó las implicaciones teológicas de su obra en la segunda edición (1713), a la cual le agregó un "Escolio General" en el que explícitamente exaltaba la maravilla de la creación divina⁴. Newton explica que esa maravilla del macrocosmos es la obra arquitectónica de una inteligencia divina, que existía desde siempre y que está extendida por todo el universo⁵. Esta inteligencia conocería el presente, el pasado y el futuro de todo lo que ha sucedido o que está por suceder. Los Escolios eran consideraciones

filosóficas y opiniones plausibles que estaban fuera del corpus científico de los Principia, que con esta excepción, tenían un tratamiento puramente matemático. No obstante, Newton creyó necesario hacer estas concesiones a consideraciones no matemáticas tanto por su formación altamente católica, como por la necesidad de poner de manifiesto que sus hallazgos matemáticos tenían connotaciones filosóficas; de ahí el título de su libro. Pasados 139 años de la publicación de los Principia de Newton, el físico francés Pierre Simón Laplace (1749-1827) presentó a Napoleón el segundo tomo de su obra *Traité de Méchanique céleste* (1799-1825). En esta obra y en sus “Ensayos Filosóficos sobre las Probabilidades” (1814), de corte menos religioso (*Laplace decía que “aunque Dios es una hipótesis que puede explicarlo todo, no permite predecir nada”*), fortaleció el determinismo de Newton con sentencias como esta: “... (para) una inteligencia que por un instante conociera todas las fuerzas de la naturaleza, ... nada sería incierto para ella y el futuro, como el pasado, estarían presentes ante sus ojos”⁶. Esta frase de Laplace exponía que el problema de los seres humanos hasta entonces era de desarrollo científico, pues con el tiempo se crearían sistemas de predicción perfectos y rastreadores de los eventos ocurridos hasta el presente.

EL NACIMIENTO DEL DETERMINISMO EN LA CRIMINOLOGÍA:

Una celebridad de la criminología fue el Dr. Ezechia Marco Lombroso, (conocido más por su seudónimo como Cesare Lombroso), nacido en Turín, fue estudiante de Medicina y luego profesor de la Universidad de Pavía. En 1871 fue nombrado profesor de Medicina Legal en la Universidad de Turín y director del Ospedale psiquiátrico San Benedetto, un manicomio de Pésaro, en la costa del mar Adriático. Este cargo administrativo sería definitivo en el origen y desarrollo de sus teorías genéticas y atávicas del crimen. El interés científico de Lombroso hizo que se adentrara en la historia social de cada recluso; a cada uno le hizo mediciones corporales con las cuales fue conformando una base de datos que le dio forma a su famosa obra llamada “*El hombre delincuente*” (1876), en la cual planteó la tesis de que el crimen tenía raíces familiares, y por lo tanto una base genética que les transmitía esta lacra social, manifestada no solo por los actos abominables de estos individuos, sino por señales corporales caracterizadas por asimetrías y deformidades (protuberancia en la frente, pómulos salientes, ojos achinados, protuberancias en el cráneo), que ejemplarizó con numerosos dibujos. Lombroso organizó un museo con los cráneos y

otras piezas óseas de los delincuentes que morían o a quienes ejecutaban, y le dio nacimiento a una nueva disciplina llamada “Antropología criminal”, sustentada por las tablas antropométricas asociadas al tipo de delitos imputados en cada caso. Su teoría se reforzó con el argumento de que los factores genéticos eran puestos de manifiesto o exacerbados por vicios sociales como el alcoholismo, las drogas, por el analfabetismo, por la pobreza extrema, por la convivencia con otros delincuentes y por la lucha contra las adversidades del clima o de las enfermedades asociadas al individuo. Lombroso clasificó a los delincuentes en 10 grupos: epilépticos, habituales, locos, locos-morales, natos o atávicos, ocasionales, pseudocriminales, criminaloides, delincuentes pasionales y delincuentes profesionales.

Como respuesta de la sociedad, concluyó Lombroso, debe recluir o eliminar a estos sujetos que hacen el mal de manera predeterminada. Así nació además la Escuela de la Sociología criminal. El paso de los años demostraría que la tesis de Lombroso carecía de soporte científico pues sus investigaciones se hicieron sin un diseño epidemiológico que hiciera repetibles sus resultados en otros ambientes. Sus conclusiones no podían soportar la refutación (el falsacionismo de la epidemiología que no se había desarrollado en esa época), pues no tuvo grupos humanos de control que le permitiera confrontar los resultados a manera de contraposición⁷. El manicomio de San Benedetto, en Pesaro, fue convertido en Hospital Militar durante la segunda guerra mundial y luego clausurado en los años 90 del siglo XX. El museo de Antropología Criminal del Dr. Lombroso se incorporó al Museo Antropológico de la Universidad de Turín.

EL NACIMIENTO DEL DETERMINISMO EN EL DERECHO PENAL:

En el año 1882 la cátedra de Medicina Legal de la Universidad de Turín, del Dr. Cesare Lombroso, tuvo de alumnos a los abogados Enrico Ferri y Raffaele Garófalo⁸. El Dr. Enrico Ferri, profesor de derecho penal, doctorado en la Universidad de Bolonia en 1878, contribuyó a la teoría de la predestinación al delito, por la influencia de injusticias sociales, por factores ambientales relacionados con el clima (la inclemencia del invierno y del verano, los desastres de los cultivos, etc), las adversidades económicas, los factores mesológicos (la densidad de la población, los problemas de la migración del campo a la ciudad, la socialización imperfecta), ingredientes que impelen a quienes están predestinados a ser delincuentes, a atacar a sus congéneres. De esta forma, las teorías de la Medicina Criminalística se tradujeron al lenguaje del Derecho Penal.

El Dr. Ferri afirmaba que el delincuente es imputable pero no tiene libre albedrío, sus actuaciones son impulsadas por factores que condicionan su voluntad. El fundamento de la pena se basaba por la magnitud de la falta (“...un enfermo está en el hospital hasta sanarse”). Sus teorías fueron descritas en los libros “*Teoría de la imputabilidad y Negación del libre albedrío*” (1878) y *Sociología criminal* (1884 y 1901)⁹ y *Socialismo y Ciencia positiva* (1894).

En este último texto Ferri, de corte socialista hasta entonces, discute con Haeckel para quien el darwinismo se presenta contrario al socialismo. Cesare Lombroso criticó a Enrico Ferri diciendo que no era suficientemente positivista, a lo cual y Ferri le respondió “que para ser bastante positivista tendría que estar midiendo cráneos”, tarea que finalmente acabaría haciendo en la Escuela de Antropología.

Ferri fue nombrado 1912 como director de la Scuola di applicazioni giuridico-criminale, en la Universidad de Roma, que fue su fuente de inspiración a la reforma del Código penal de Italia. Presentó su proyecto en 1921, que se vio trastornado por la llegada al poder del partido fascista al cual se adhirió a pesar de su formación política como socialista, razón por la cual fue duramente criticado. El código penal propuesto por Ferri, que endureció la *Ius puniendi*, fue aprobado en Octubre de 1930^{10, 11}, un año después de su muerte.

Los aportes de Lombroso y luego de Ferri y Garófalo, le dieron nacimiento a la Escuela positiva de la criminología en el Derecho Penal, llamada en su tiempo *La nuova scuola*.

Por su parte el Dr. Raffaele Garófalo, (hijo de dos barones: Giovanni Garófalo y Carolina Zezza), abogado napolitano, alumno de Lombroso, quien fuera estudiante y luego profesor de la Universidad de Nápoles, criminólogo, fiscal de Distrito, miembro Corte de Casación y senador del reino (que era una de las dos cámaras del parlamento de Italia), acogió las tesis deterministas del delito, fue cofundador de la Escuela Criminal Positiva. Igual que Ferri, propugnó la doctrina penal de la manera de sancionar a los malhechores, por su grado de temibilidad y peligrosidad, más que por el delito puntual por el cual fue capturado. Endureció las sanciones para los delincuentes y favoreció la pena de a manera de seleccionar la población sana, que fue calificada como un “Darwinismo natural”. Predicó la euge-

nesia para los enfermos mentales, tesis que había sido defendida por los espartanos de la antigua Grecia*.

El Dr. Raffaele Garófalo resume su pensamiento en el libro *Criminologia: studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione*¹², publicado en Turín 1885. Las teorías contrarias a la pena de muerte, difundidas por el penalista y filósofo Cesare Bonesana, marqués de Beccaria, más la preponderancia de la Nuova Scuola positivista de Lombroso, Ferri y Garófalo en el siglo XIX, refrendada en el Primer Congreso Internacional de Antropología Criminal, realizado en Roma en 1885, convirtieron a Italia en la “patria del mundo del derecho penal” de aquella época. Pero en 1889 en la ciudad de París se celebró el II Congreso internacional de Antropología Criminal, en medio del cuestionamiento de las teorías de los positivistas italianos; los asistentes fueron invitados por el Dr. Valentín Magnan a visitar un reformatorio donde ninguno de los criminales tenía deformidades corporales o rasgos de fealdad que los identificara. Por obvias razones Lombroso y Garófalo, asistentes al evento, se sintieron muy ofendidos. El agrietamiento del determinismo italiano había empezado en Inglaterra con Havelock Ellis y Henry Lettson Elliot y en Francia con Gabriel Tarde (autor de *La Criminalité comparée*), a finales del siglo XIX, quienes apoyaron las influencias sociales en la comisión del delito, pero no aceptaron la predestinación ni la presencia de deformidades corporales como marcadores o distintivos de los antisociales.

LA CAÍDA DEL DETERMINISMO, LA LLEGADA DE LA INCERTIDUMBRE DE HEISEMBERG

Una parte importante de aquello que se descubría en las ciencias hasta los inicios del siglo XX, tenía un toque de determinismo, hasta la aparición en escena de Max Plank, Erwing Schrödinger, Albert Einstein, Niels Bohr, y otros científicos que percibieron que lo inesperado tiene un papel importante en todas las ramas del conocimiento. De esta manera sentaron las bases de una naciente ciencia llamada la Física Cuántica o Mecánica Cuántica que traía involucrada la novedosa teoría de la *Incertidumbre*, cuyo líder fue el físico alemán Werner Heisenberg.

* Los espartanos arrojaban desde el Monte Taigeto a los delincuentes y a las personas con discapacidad, para mantener la pureza de la raza. Igual tesis que practicó Hitler en nombre de la Eugenesia, como parte de su programa “T-4”, durante la segunda guerra mundial.

Heisenberg y sus colegas físicos Max Born y Pascual Jordan, publicaron la teoría de la mecánica cuántica matricial en el ensayo “Sobre el contenido físico de la Cinemática y de la Mecánica Cuántica”¹³. En este escrito se contradice la perfección de las leyes de la física de Newton, se explica la incertidumbre del rumbo e intensidad de las partículas en forma de cuantos, la evolución de las partículas con el tiempo y la aparición súbita de saltos cuánticos (cambios abruptos, inexplicados, de los electrones en fracción de nanosegundos, que causan la emisión o absorción de unidades de energía electromagnética llamadas fotones)^{14,15}.

Con la aparición de estas teorías, que merecieron el premio Nobel de la Física a Max Plank en 1921 y a Heisenberg en 1936, se echaron parcialmente por tierra los postulados de Newton-Laplace, según los cuales el universo sigue leyes físicas estrictamente predecibles. El aporte de la física cuántica, que trae consigo la teoría de las perturbaciones, permitió explorar fenómenos inexplicados como los agujeros negros del universo y el Bosón de Higgs¹⁶.

EL APORTE DE LA FÍSICA CUÁNTICA AL DESARROLLO TECNOLÓGICO:

La llegada de la electrodinámica cuántica, como parte integral de la mecánica cuántica, permitió el desarrollo de la astrofísica, el conocimiento y aplicación tecnológica de las radiaciones electromagnéticas, y con ellas el uso de los rayos gamma, de los rayos X, el uso de las microondas en las telecomunicaciones, la televisión, la telefonía celular, el internet y las comunicaciones vía laser que están en desarrollo. Es muy probable que mediante los diversos postulados de la mecánica cuántica se logren explicar los diversos fenómenos físico-químicos, biológicos y psicológicos que gobiernan la mente humana y, por qué no, los de otros seres vivos^{17,18}.

LO DETERMINÍSTICO Y LA INCERTIDUMBRE EN LOS EVENTOS MÉDICOS.

A simple vista parece absurda la relación entre la física cuántica y la Medicina, pero por obvias razones la incertidumbre aplicada a las partículas atómicas afecta la respuesta de las moléculas y por ende a respuesta bioquímica de la fisiología, de la farmacodinamia, de la farmacocinética, de las relaciones entre el medicamento y las enzimas, de la respuesta al

trauma y a las intervenciones quirúrgicas. Aunque en general se tienen patrones generales de la respuesta humana al ataque de los microorganismos, de la inserción de una prótesis, de la respuesta a un antibiótico, el médico se enfrenta todos los días con la incertidumbre: una cosa es aplicar exactamente la dosis de un anestésico regional y otra es predecir la presentación de neurotoxicidad directa en la fibra nerviosa, un shock anafiláctico, una punción vascular, una infección en el sitio de punción, etc¹⁹. Pero imponerles graves sanciones económicas a los médicos no cambiará estos imprevistos.

Los seres humanos reaccionan de manera diferente a un medicamento benéfico, a una noxa patológica, manifiestan de manera desigual sus síntomas y muestran los signos de forma muy variable. Esta es la razón por la cual se hacen largas listas denominadas “diagnósticos diferenciales”, pues un conjunto de síntomas y de signos pueden corresponder al mismo tiempo a numerosas enfermedades. Penalizar a los médicos por errores en el diagnóstico tampoco va a cambiar esta realidad. La medicina no obedece a la ley de causa-efecto. Comparativamente lo imprevisto en Medicina es abrumadoramente más grande que lo predecible.

EL DETERMINISMO CRECIENTE EN LA LEGISLACIÓN QUE REGULA LA MEDICINA.

El Derecho Positivo, el de las normas que regulan y castigan, ha venido sitiando el ejercicio médico con una abrumadora cantidad de artículos y párrafos que regulan, vigilan, incriminan y sancionan a los médicos de manera desproporcionada. Quizás la excusa sea válida, pues la vigilancia de la Medicina es la vigilancia de la calidad de la salud que cada uno de nosotros se merece a la hora de enfrentar una enfermedad, pero igual reflexión podríamos hacer con los ingenieros que hacen un puente, una represa, un edificio...pero sobre cuyos métodos no se escudriña con tanta meticulosidad.

El cerco administrativo y legal proviene no solo de las quejas de los pacientes sino de todo el aparataje interno administrativo de las instituciones. Así pues, las sanciones pueden surgir del interior de la empresa, o de cualquiera de los juzgados de la ciudad.

A ningún otro profesional se le sanciona por lo que escriba o deje de escribir como consecuencia de una entrevista con su cliente.

Para el médico existen leyes de la república, resoluciones del Ministerio de Salud, acuerdos del Archivo General de la Nación, sentencias de la Corte Constitucional, reglamentos en todas las clínicas y hospitales, etc, que evalúan cada evento adverso, cada complicación. Se le exige al médico que todo le salga bien, que su ejercicio sea siempre de resultados positivos.

Los jueces condenan a los médicos por los resultados adversos que consideran prevenibles si se hubieran tomado las medidas adecuadas de precaución, como rezan las sentencias. La obligación de resultado que cobijó inicialmente a la Cirugía Plástica, se extendió después a la Obstetricia y posteriormente a la Infectología. La jurisprudencia de las cortes, de los juzgados y tribunales, más el atractivo del dinero guardado en las pólizas, y el peculio de los médicos, son todos suficiente factor motivante de los abogados querellantes contra los médicos, para quienes las leyes poco dicen en su defensa, y los convierte en primera o segunda víctima. La tendencia actual de “criminalizar” los accidentes obstétricos o quirúrgicos, calificándolos como lesiones personales, con respaldo de los artículos 331 al 342 del capítulo segundo el Código Penal colombiano (ley 599 de 2000), ponen al médico a la altura de un delincuente que agrede a una persona con mala intención. Con el premio adicional para los demandantes, de obtener un beneficio civil como parte del proceso penal.

La probabilidad de que un médico sea declarado inocente será cada día más remota, mientras no aparezcan sanciones contra los demandantes que soliciten indemnizaciones multimillonarias por quejas no justificadas, por procesos injustos durante 10 o 15 años, que minan la tranquilidad del médico y de su familia. Pero no existe la figura del daño moral contra estos profesionales sometidos a una larga procesión de declaraciones, de pruebas médico-legales y documentos científicos que demuestren su inocencia. No hay nada que pueda resarcir su angustia. El sufrimiento solo es reconocido y gratificado para el paciente, para su familia cercana y para sus parientes lejanos²⁰:

Si el daño derivado de la conducta punible, no pudiere evaluarse pecuniariamente, por razón no imputable al titular de la acción, el juez podrá señalar prudencialmente, como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta diez mil (10.000) salarios mínimos mensuales²¹.

Conclusiones:

- Si bien la vigilancia de los actos médicos y la garantía de la calidad de la atención son obligaciones del estado y de las instituciones privadas, es recomendable filtrar las quejas y las demandas civiles y penales, y acortar los procesos por faltas menores que conducen a muchos años de expectativa e intranquilidad.
- Las teorías de la Nuova Scuola perdieron su fuerza con el paso de los años, pero las normas penales de tipo determinista que infieren que los desenlaces médicos negativos son causados de alguna manera por una Conducta Culposa²² (determinante causa-efecto), tienen a su servicio el artículo 23 del Código Penal colombiano²³.
- Se debe revisar la legislación de corte determinista en lo civil y penal, pues la calificación de muchos de los desenlaces médicos como de fines y no de medios, ha incrementado innecesariamente el volumen de demandas y sanciones contra las instituciones de salud y contra los médicos.
- Las agremiaciones médicas han demorado su protesta por la tendencia penal de criminalizar las complicaciones y los eventos adversos. Se debe cambiar la forma de juzgar a los médicos por este tipo de desenlaces.

BIBLIOGRAFÍA

¹ Referenciada por primera vez por Ralph W. Stacy en *Computers in biomedical research* (1965) p. 320.

² Newton, I. *The Principia: Mathematical Principles of Natural Philosophy*. Traducción al español de Cohen, I.B. y Whitman, A. University of California Press, Berkeley/ Los Angeles/ London, 1999, p. 943.

³ Burgos Herrera L.C. Importancia del caos determinista en Medicina. *Rev. Iatreia*, Medellín. 1994; 7(2), Junio

⁴ HENRY, John. Isaac Newton: ciencia y religión en la unidad de su pensamiento. *Estud. filos. Medellín*, Julio a Dic 2008, n.38, pp. 69-101

⁵ Snobelen, S. 'God of Gods, and Lord of Lords': The Theology of Isaac Newton's General Scholium to the Principia", *Osiris*, 16, 2001, p.p. 169-208

⁶ Pierre-Simon de Laplace, *Essai philosophique sur les probabilités*, Edit. Mme Ve Courcier, imprimeur-libraire pour les mathematics, quai des Augustins No. 57, Paris, 1814 (2e édition)

⁷ Gregorio Klimovsky, *Las desventuras del conocimiento científico. Una introducción a la epistemología*, A-Z editora, Bs.As., 1997

⁸ López Vergara, Jorge. *Criminología: introducción al estudio de la conducta antisocial*. Edit Txtos Iteso, ciudad de Mexico, años 1991 y 2000. Texto completo disponible en

versión On line.

⁹ Ferri, E. “Sociología criminal”, compendiada en “El homicida en la psicología y en la psicopatología criminal”. Traductores J. Masaveu y R. Rivero, Edit Reus, Madrid, 1933.

¹⁰ Código Penal italiano: Ver texto en : <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/it/it/it035it.pdf>

¹¹ Jorge machicado, Derecho penal. op cit. 9

¹² Garófalo R. Criminología: studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione, Torino, 1885, Edit. Casa editrice italiana.

¹³ Über quantenmechanische Kinematischer und Mechanischer Beziehungen. Zeitschrift für Physik A Hadrons and Nuclei, 33, p. 879-893. Traducido por Vanessa López Barquero (Copenhage). Consultar version On-line en español, en: http://www.iftucr.org/IFT/Heisenberg_files/Heisenberg_espan%CC%83ol.pdf

¹⁴ Delteil A, Gao WB, Fallahi P, Miguel-Sanchez J, Imamoğlu A. Observation of quantum jumps of a single quantum dot spin using submicrosecond single-shot optical readout. Phys Rev Lett. 2014 Mar 21;112(11):116802. Epub 2014 Mar 19.

¹⁵ Wiseman HM, Gambetta JM. Are dynamical quantum jumps detector dependent? Phys Rev Lett. 2012 Jun 1;108(22):220402. Epub 2012 May 30.

¹⁶ Heilprin, J. (14 March 2013). “Higgs Boson Discovery Confirmed After Physicists Review Large Hadron Collider Data at CERN”. The Huffington Post. Retrieved 2013-03-14

¹⁷ Sánchez Medina, Guillermo and Márquez Díaz, Jairo Eduardo. El pensamiento cuántico. Una propuesta teórica. rev.colomb.psiquiatr. 2006, vol.35, n.3, pp. 401-413

¹⁸ Santos, Paul Ruiz. Principales aportes de la Física a la Filosofía de la Mente: El vínculo entre la cuántica y el emergentismo. Cuad. neuropsicol.. 2012, vol.6, n.2, pp. 14-23

¹⁹ Degiovanni B, Juan Carlos; Chaves V, Alexandra; Moyano A, Jairo and Raffan S, Fernando. Incidencia de complicaciones en anestesia regional, análisis en un hospital universitario. Estudio de Corte Transversal. Rev. colomb. anesthesiol. 2006, vol.34, n.3, pp. 155-162

²⁰ Pizarro W, Carlos. Responsabilidad profesional médica: Diagnóstico y perspectivas. Rev. méd. Chile. 2008, vol.136, n.4, pp. 539-543 .

²¹ Sentencia C-916/02 de la Corte Constitucional de Colombia. Indemnización por daños en proceso penal

²² Ruiz, Wilson. La responsabilidad médica en Colombia. Criterio Jurídico Santiago de Cali V.4 2004 pp. 195-216

²³ Secretaría del Senado de la República, Ley 599 de 2000. (julio 24) Código Penal Colombiano, Diario Oficial No 44.097 de 24 de julio del 2000.

ACTO MÉDICO - ÉTICA Y CONVENIO DOCENCIA SERVICIO

*Dr. Diego Fernando Zambrano Valverde
Magistrado Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca*

Que satisfactorio reto ha significado investigar sobre un tema que a pesar de siempre haber sido de primordial importancia en la formación médica, solo en la actualidad, presionado por los procesos de calidad, habilitación y acreditación de instituciones prestadoras de servicios de salud, se ha empezado a discutir y casi que a exigírseles su análisis.

No es fácil definir cuándo empezó la educación médica, pero dentro de la cultura occidental podría pensarse que comenzó con los griegos apoyándose en la racionalización y la discusión de los argumentos disímiles, que introdujeron la metodología de la observación y consecuente definición de las características de las enfermedades con pautas de manejo de las mismas.

Basados en la racionalización y la discusión, se crearon Escuelas de medicina como la de Cos, liderada por Hipócrates, en el siglo quinto antes de cristo, donde se originó el Juramento d Hipocrático, con alto contenido ético..... pero no es fácil determinar si para la época, había un momento de inicio de tan grande responsabilidad, al ser, ya médico o sencillamente desde el momento de dedicarse a su estudio o entrenamiento debía ya empezar a cumplir esas premisas del servicio de la medicina.

Posteriormente, la religión católica colaboró activamente en la enseñanza médica en el hemisferio occidental, pues al acoger a los enfermos en sus instituciones donde se les propinaban cuidados a los enfermos, se hacía necesario discutir los criterios diagnósticos de las diferentes enfermedades, como clasificarlas y plantear los posibles manejos.

Durante la edad media el sistema dominante de enseñanza fue “ el de los aprendices”,(lo que equivaldría a los estudiantes de medicina de hoy)..... hasta la aparición de la primera facultad de medicina en Salerno, Italia entre los siglos IX y XI.

En este nuevo esquema ya se comenzó a organizar el conocimiento, y a establecer principios de prácticas saludables. En este momento se inició el sistema de registro de personas autorizadas a la práctica de la medicina, bajo el emperador romano Federico II. Fue en este momento donde se diferenció entre el Médico y el aprendiz médico – (hoy lo he querido llamar el médico-estudiante)

Simultáneamente en el mundo musulmán, ya se encontraban prácticas médicas establecidas y colegios de medicina, en el Cairo, Bagdad, y Córdoba (España). En estas facultades de medicina, los profesores se dedicaban enteramente a enseñar y curiosamente se aislaban de la práctica de la medicina con los enfermos. Por lo tanto eran expertos en la teoría de la medicina más no en la práctica de la misma. (Debe haber sido como si actualmente, domináramos la teoría de Cecil, Harrison o Stein y nunca estuviéramos en contacto con los pacientes).

Este esquema se cambió a partir de 1518 con el establecimiento del Colegio Real de Médicos (Royal College of Physicians) en Londres. En esta propuesta se definió que era necesario examinar las destrezas y capacidades de los practicantes de la medicina, y se determinó que ellos, los practicantes, deberían realizar prácticas médico-quirúrgicas en forma directa con sus pacientes bajo la observación y calificación de sus maestros, estos son los albores del Actuar Médico (Acto Médico?) por estudiantes supervisados por sus maestros.

En 1910 Abraham Flexner de la fundación Carnegie para el avance en la enseñanza: Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching , publicó un informe donde afirmaba que la educación en medicina no era simplemente un proceso misterioso de iniciación profesional o de tutoría. Consideraba que requería un grupo académico de tiempo completo dedicado a sus estudiantes y al acto de enseñar e investigar. Además presupone la existencia de bibliotecas y laboratorios para apoyar las actividades previamente descritas. También se consideró el número de docentes por estudiante, recomendándose expresamente relaciones de 1:1 y máximo de 1:2. Mas tarde, en algunas universidades de Norteamérica, se ha ido evolucionando o acaso retrocediendo en proporciones de hasta 1:20 y en otras latitudes hasta de 1:50 en algunas universidades del tercer mundo.

Me pregunto; estará la práctica de pregrado siempre supervisada y avalada por el docente, el maestro o tutor, en la realidad vivida por las escuelas de

medicina actuales donde no hay menos de 12 estudiantes por rotación?... esto de acuerdo a lo establecido en la norma este número mágico de estudiantes ha sido delegado al Comité Docencia Servicio de cada convenio, según el Artículo 14 del Dcto 2356/2010 y que reza que será acorde a lo establecido, también, por la Comisión para el talento humano de la Salud en Colombia, la cual...hasta la fecha.... nunca ha reglado al respecto!! Aquí se genera otra duda, sobre la calidad de la práctica de nuestros estudiantes actuales.

El compromiso misional, que tienen las instituciones educativas formadoras de profesionales médicos, no ha sido fácil, sus objetivos y estrategias educativas deben ser consecuentes con los cambios de la población, tanto socio demográficos, como socioeconómicos, ajustados a los cambios epidemiológicos y sobre todo coherentes con el desarrollo tecnológico de la humanidad y en nuestro país especialmente deben estar sintonizados con un inmaduro Sistema de Salud y con un conocimiento cada vez mayor, del usuario en cuanto a sus deberes y derechos, otorgados por la ley 100 y principalmente por el sistema Obligatorio de Garantía de Calidad..... consecuentemente se hace necesario hacer permanentes cambios al interior del proceso médico-educativo, desarrollado por los convenios docente-asistenciales hoy llamados “ Docencia-Servicio”.

Estos convenios de Docencia- Servicio, deben ser paralelamente ajustados y dejar de ser un Contrato Marco de Cooperación Interinstitucional, pactado a largos años,(mínimo 10 años dice la norma) poco controlados y poco actualizados a la realidad formativa del médico.

En dichos convenios se deben destacar, los programas formativos por competencias, los cuales son los que más exigen una relación integral, teórica-práctica y una mayor integración entre la docencia y la asistencia o el servicio como lo plantea el Decreto 2376 de 2010 de formación del Talento área de la salud.

Tal decreto, 2376 plantea algunas definiciones que quiero resaltar:

1°)“Relación docencia – servicio”: “Vínculo funcional que se establece entre instituciones educativas y otras organizaciones, con el propósito de formar talento humano en salud o entre instituciones educativas cuando por lo menos una de ellas disponga de escenarios de práctica en salud. Este vínculo se funda en un proceso de planificación académica, administrativa

e investigativa de largo plazo, concertado entre las partes de la relación docencia - servicio”.

No deja de ser un contrato más entre dos instituciones, generalmente con poca formación en ética , como sucede en la mayoría de las Universidades donde la capacitación de Ética es impartida en un seminario de no mas de 40 horas en un solo semestre , al principio de la carrera, y por otro lado las IPS que lo único que tienen son Códigos de Ética declarados por resolución gerencial, sin seguimiento, ni pedagogía para sus colaboradores y mucho menos para sus estudiantes en práctica.no hay planes de enseñanza de la ETICA en las Instituciones de Salud de nuestro país.

2°) “Práctica formativa en salud”: “Estrategia pedagógica planificada y organizada desde una institución educativa que busca integrar la formación académica con la prestación de servicios de salud, con el propósito de fortalecer y generar competencias, capacidades y nuevos conocimientos en los estudiantes y docentes de los programas de formación en salud, en un marco que promueve la calidad de la atención y el ejercicio profesional autónomo, responsable y ético de la profesión”.

Ya se plantea que hay una atención en salud, con autonomía y ETICA..... será posible cumplirlo sin la capacitación que mencionaba anteriormente y aun mas sin el ejemplo de los docentes y la presión administrativa del Sistema?

3°) “Convenio docencia – servicio”: Es el acuerdo de voluntades suscrito entre las instituciones participantes en la relación docencia - servicio, frente a las condiciones, compromisos y responsabilidades de cada una de las partes, formalizadas en un documento”.

Afirmo de nuevo que es un contrato más, pocas veces reglamentado para una práctica ETICA, habida cuenta que hay dentro de el, acciones, actividades y procesos que configurarían un ACTO MEDICO, muy a pesar de la definición manejada por todos nosotros, y en la cual se menciona que una de sus cuatro cualidades es que el acto médico solo puede ser efectuado por un médico, pero que al momento de la realidad educativa y formativa, donde el estudiante aprende practicando, y es cuando yo plantéo que hay actos médicos de ESTUDIANTES o quienes yo denomino, Médicos-Estudiantes.

El Decreto 2376 de 2010, solo menciona la ETICA en el Art. 4º, literal B, al mencionar como objetivo: “Asegurar la formación de talento humano en salud competente, con alto sentido ético, de responsabilidad y compromiso social con la salud de la población.” sin mencionar el cómo lograrlo o la obligatoriedad de la misma y deja la ETICA a responsabilidad de los débiles Comités de Docencia Servicio.

Analicemos ahora un poco, **el perfil legal** del alumno de la carrera de Medicina (en pregrado en su práctica clínica, Internado y aun en el Servicio Social), y es el siguiente:

Es una persona acreditada por la universidad como estudiante activo de la escuela, facultad o programa de medicina, que cumple con funciones de entrenamiento y realiza lo que se ha llamado una “colaboración médica” dentro de sus actividades de enseñanza. Otra vez recordemos de nuevo el Dcto 2356/10 donde menciona en el Artículo 3º. literal a. Preeminencia del interés social: La formación del talento humano en salud que se da en el marco de la relación docencia - servicio, tiene un fin social que debe primar sobre otras consideraciones y servir de límite y orientación para el diseño, ejecución y evaluación de las prácticas formativas.

El título universitario(o el registro médico o la Tarjeta profesional) implica una presunción de aptitud, de formación aceptada, de competencia intelectual específica. Administrativamente en Colombia se exige a las facultades de medicina legalmente reconocidas, que una vez graduado cada nuevo médico, deben reportarlo ante el gobierno con todos los datos necesarios para llevar un control, para que quien practique la medicina si sea realmente medico graduado.

Quiero mencionar aquí algo que llamó mi atención al documentar este tema, encuentro artículos de sociedades médicas y además conceptos de un amplio número de juriconsultos, que señalan que, en Colombia no existe un sistema penal que sancione a los denominados falsos médicos, lo cual puede ser bastante acertado, pues no contamos con un tipo penal especial como existe en otras legislaciones denominado “intrusismo”, y tan solo podemos hacer uso del artículo 296 del Código Penal Colombiano correspondiente al delito de falsedad personal para la incriminación de estas conductas.

En Mexico el ejercicio ilegal de la medicina esta contemplado en la ley general de salud y en el Código Penal y dentro de este último es considerado un delito practicar la medicina o realizar actos medicos sin la debida autorización del estado e investigando encuentro que en las legislaciones Españolas y Argentinas, también aparece expresamente el “intrusismo” ya mencionado y claramente definido asi :*“El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo a la legislación vigente, incurrirá...etc etc....”*

Retomemos el tema de los estudiantes de medicina en su intenso régimen de práctica supervisada, donde no solo se requiere conocimiento sino técnica....el conocimiento es fácil de entregar pero la practica solo se logra practicando.....si el estudiante aprende PRACTICANDO MEDICINA,.....les pregunto!!El estudiante ejerce ilegalmente la profesión de Médico Cirujano?...o es simplemente una ilegalidad necesaria para la sociedad y aceptada por ella misma?

Así también lo plantea el estudio. “ RESPONSABILIDAD LEGAL DEL ESTUDIANTE DE MEDICINA EN EL ESTADO DE JALISCO

(MÉXICO) DURANTE EL PROCESO DE INTERNADO, SERVICIO SOCIAL Y RESIDENCIA MÉDICA” de Peña JA., Profesor de Medicina Forense del Centro Universitario del Sur. Universidad de Guadalajara, en el 2013.

Pue bien es allí donde quiero centrar mi exposición. En términos generales, se entiende por Responsabilidad Profesional Medica, “La obligación que tienen los médicos de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios e involuntarios incluso, dentro de ciertos límites, cometidos en el ejercicio de su profesión”.

Para hablar de responsabilidad médica, además de la existencia previa de un profesional de la medicina es menester la existencia de un acto médico o hecho como consecuencia de su ejercicio profesional; esto es, un evento ocasionado

como consecuencia de tal ejercicio. Que pasa acaso con los estudiantes de medicina en su práctica clínica?, muchos no supervisados como TEÓRICAMENTE exige la norma?

Recordemos que todo procedimiento bien sea diagnóstico o terapéutico conlleva cierto grado de riesgo para el paciente y que nosotros los médicos trabajamos con posibilidades y no con certezas, que es una profesión de medios y no siempre de resultados...el estudiante en algún momento de su carrera va a tener que hacer un procedimiento cualquiera, él debe asumir ese riesgo de su actuar médico así sea supervisado y queramoslo o no, habrá ese riesgo y vá a ser mayor en sus manos que otras manos más experimentadas. Entonces a la luz de la normatividad, incluyendo la ética... Quien va a asumir el riesgo?

Consecuente con estos planteamientos, puede precisarse que la responsabilidad en la actuación de cualquier profesional, deriva de las consecuencias tanto de la conducta propia —activa u omisiva— como la de aquellos que se encuentran bajo su dirección o dependencia, caben aquí los docentes con estudiantes a cargo!.

Podríamos ir sacando conclusiones, que otrora serían descabelladas, como la de afirmar que hay actos médicos ejecutados por Médicos Estudiantes, bajo una mínima supervisión docente y por otro lado...debemos pensar que esta situación de evaluación de riesgos, ha venido diezmando esas prácticas docentes, tornándose precarias ante las presiones jurídicas que viven las IPS por parte de las Empresas Responsables de Pago y los entes de control.

Miremos brevemente otro tema, no menos importante en la práctica médica y los convenios docencia- servicio: los registros en la H. Clínica: así la normatividad rece, que quien debe hacer el registro escrito en la Historia Clínica es el docente, esto no es la realidad!!!...el docente entrega, irresponsablemente, su código al estudiante para que realice la nota médica, usando al estudiante de escribiente, quien entre otras cosas no consigna su concepto y apreciación personal del caso, si no lo ordenado por el tutor y este a su vez difícilmente lo revisa a cabalidad.

Además este registro en la H.C, hace parte del entrenamiento del médico...para tener la capacidad de registrar resumida pero completamente, lo interrogado, lo examinado, lo planteado o propuesto al paciente y organizar mental y verbalmente todo lo acontecido durante su práctica médica para aprender a cumplir con la resolución 1995 de 1999, referente a la Historia Clínica.

A pesar, que los software de registros Clínicos actuales, o sea la Historia Clínica no tienen cavida para el estudiante, respondiendo a la normatividad, planteo que el Médico-Estudiante debe tener participación en tal registro, pero plasmando sus propias percepciones y registrando sus propios planteamientos, para que realmente aprenda este menester, siguiendo de luego con el aval de su docente.

Cada vez mas las exigencias normativas, principalmente las Normas del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad, muy utiles por cierto para la buena atención en los servicios de salud, limitan, una buena enseñanza de la medicina ligada a la práctica, pero siempre...por poca que sea..... habrá practica y al darse, habrá un actuar médico que significará responsabilidad medica y responsabilida etica con el paciente, tal vez sea compartida con el docente a cargo, y asi deba ser, pero siempre deberá estar estipulada clara y explicitamente en los convenios docencia servicio de nuestras instituciones académicas y los prestadores de servicios de salud.

Espero tan solo, que mis planteamientos y mis interrogantes despierten entre nosotros y en las sociedades médicas, la inquietud de mejorar los Convenios Docencia –Servicio alineados a la Ley de Etica médica actual y sus reformas, permitiendo una buena enseñanza de la Medicina basada en una buena práctica.

Los médicos estudiantes en su viva práctica están sujetos a una responsabilidad (quizá no de un profesional médico) pero al estar a cargo de un paciente, asumen una responsabilidad profesional, que puede ser susceptible de queja, reproche o demanda.

Por ello el estudiante debe ser advertido de este tipo de problemas, y así no haya un marco jurídico claramente definido, que demarque la responsabilidad ética y profesional por ser tan solo una práctica, se le debe afianzar y exigir desde muy temprano, en su formación, un actuar responsable, honesto con pericia y diligente.

EL RESIDENTE FRENTE A LA LEY 23 DE ÉTICA MÉDICA

*Dr. Francisco Javier Henao Pérez
Magistrado Tribunal Nacional Ética Médica*

Residencia: Casa donde, sujetándose a determinada reglamentación, residen y conviven personas afines por la ocupación, el sexo, el estado civil, la edad etc.

Residente: Dicho de un funcionario o de un empleado: Que vive en el lugar donde tiene el cargo o empleo

Según la OPS, se define como Residencias Médicas al sistema educativo que tiene por objeto completar la formación de los médicos en alguna especialización reconocida por su país de origen, mediante el ejercicio de actos profesionales de complejidad y responsabilidad progresivas, llevados adelante bajo supervisión de tutores en instituciones de servicios de salud y con un programa educativo aprobado para tales fines (1).

Las residencias médicas es un término que se usa para definir los programas de posgrados en medicina que requieren practicas hospitalarias con alto grado de calidad y con curvas de aprendizaje dependientes del número de casos y del tiempo de exposición a los casos. Cómo estas exigen una dedicación exclusiva y en el pasado los médicos que accedían a estos programas vivían en los hospitales se les denominó “residencias”. Esta denominación se registra como término en los libros en inglés desde el año 1942 y en español desde el año 1952 (2).

Una de las pioneras en la implementación de la concepción actual de las residencias médicas, fue sin duda, la Universidad Johns Hopkins y su Sistema de Hospitales, incluyendo los pioneros de la medicina moderna William H. Welch, William S. Halsted, William Osler and Howard A. Kelly, quienes crearon un currículo que integraba un programa riguroso de enseñanza de las ciencias básicas con un aprendizaje intensivo al lado de la cama del paciente, asistido por un médico graduado o Mentor.

En Colombia, las Especializaciones médicas y quirúrgicas se definen según el artículo 23 del Decreto 1295 del 20 de abril de 2010 del Ministerio de Educación, por el cual se reglamenta el registro calificado de que trata la Ley 1188 de 2008 y la oferta y desarrollo de programas académicos de educación superior Como:

“Son los programas que permiten al médico la profundización en un área del conocimiento específico de la medicina y adquirir los conocimientos, competencias y destrezas avanzados para la atención de pacientes en las diferentes etapas de su ciclo vital, con patologías de los diversos sistemas orgánicos que requieren atención especializada, lo cual se logra a través de un proceso de enseñanza–aprendizaje teórico que hace parte de los contenidos curriculares, y práctico con el cumplimiento del tiempo de servicio en los sitios de prácticas asistenciales y la intervención en un número de casos adecuado para asegurar el logro de las competencias buscadas por el programa. De conformidad con el artículo 247 de la Ley 100 de 1993, estos programas tendrán un tratamiento equivalente a los programas de maestría.”

De tal manera que aunque los residentes ya son médicos graduados y tienen su título expedido por una Universidad Colombiana o legalmente convalidado, si son extranjeros, y por lo tanto les aplica en pleno toda la normatividad de la ley 23 de 1981 sobre Ética médica, si tiene un unas particularidades que es necesario entender:

1. Son Estudiantes de Posgrado
2. Sus programas académicos dependen del Ministerio de Educación, y no del ministerio de salud como en casi todos los países latinoamericanos.
3. Deben realizar su formación en un Hospital Responsable, que tenga un contrato docencia- servicio con una Universidad, y que idealmente cumpla con los requisitos de calidad y habilitación que le permitan ser un Hospital Universitario.
4. Su programa tiene un plan de delegación progresiva de actividades y funciones y por lo tanto de responsabilidades.
5. Deben realizar actividades de investigación.
6. Deben estar al tanto, y poseer a su disposición, para su aprendizaje, nuevas tecnologías.
7. Deben tener acceso a la información científica pertinente.
8. Finalmente deben obtener un Diploma de especialista por parte de la universidad.

1. Son Estudiantes de Posgrado

Las especialidades médico quirúrgicas en Colombia se comenzaron a desarrollar de manera formal a partir de la creación de la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina (ASCOFAME) en 1959, antes de esto, los médicos por lo general se especializaban en el exterior o se dedicaban de forma empírica a una rama específica a lo largo de su trayectoria profesional.

A comienzos de la década de 1970, comenzó a funcionar el ICFES, quien asesorado por ASCOFAME tomó a su cargo, la función de acreditar los programas y facultó a las universidades para expedir los títulos de especialista. Luego, la aparición de la Ley 30 de 1992, confirió la “Autonomía Universitaria” y creó el Consejo Nacional de Educación Superior (CESU), reorganizó el ICFES y creó el Sistema Nacional de Acreditación.

En Colombia existen cerca de 139 especialidades médicas posiblemente algunas menos, dado que programas muy similares aparecen con cambios sutiles en el nombre

En el año 2007 se publicó un estudio sobre las especialidades médico quirúrgicas que evidenció que en el año 2006 se expusieron 389 programas representados en 140 denominaciones diferentes, ofrecidos por 26 facultades de medicina

GARANTIAS ACADÉMICAS A LOS ESTUDIANTES.

Los estudiantes de programas de formación en salud tendrán las siguientes garantías a nivel académico:

1. Las rotaciones en los escenarios de práctica de los estudiantes, deberán obedecer a un programa de prácticas formativas previamente definido por la institución educativa.
2. Participar en actividades asistenciales necesarias para su formación bajo estricta supervisión del personal docente y/o asistencial previsto en los convenios docencia - servicio.

La educación Superior es regulada por la Ley 30 de 1992. Las características generales más importantes de la educación superior en Colombia son:

Es entendida como un servicio público que puede ser ofrecido tanto por el Estado como por particulares, y se realiza con posterioridad a la educación media.

Existe un Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad.

El Estado garantiza la calidad del servicio educativo a través de la práctica de la suprema inspección y vigilancia de la Educación Superior.

Conaces y sus salas organizadas por campos del conocimiento, es el organismo encargado de estudiar el cumplimiento de condiciones mínimas de calidad y dar su concepto ante el Ministerio de Educación para el otorgamiento del Registro Calificado de los programas.

Existe un Sistema Nacional de Acreditación del cual hace parte el Consejo Nacional de Acreditación creado por la Ley 30 de 1992 el cual tiene la responsabilidad de dar fe pública de los altos niveles de calidad de las instituciones de educación superior y sus programas académicos.

Las políticas y planes para el desarrollo de la Educación Superior son, primeramente, propuestos por el Consejo Nacional de Educación Superior (Cesu), organismo con funciones de coordinación, planificación, recomendación y asesoría, integrado por representantes de todas las instancias relacionadas con la educación superior.

Los programas de especialización conducen al título de especialista en la ocupación, profesión, disciplina o área afín respectiva. Los programas de maestría, doctorado y post-doctorado, conducen al título de magíster, doctor o al título correspondiente al post-doctorado adelantado, los cuales deben referirse a la respectiva disciplina o a un área interdisciplinaria del conocimiento.

3. Deben realizar su formación en un Hospital Responsable, que tenga un contrato docencia- servicio con una Universidad, y que idealmente cumpla con los requisitos de calidad y habilitación que le permitan ser un Hospital Universitario.

Los programas deben demostrar que los escenarios de práctica cumplen con los requisitos esenciales fijados en la Resolución #04252 del 14 de

Noviembre de 1997, por medio del cual se establecen las normas técnicas, científicas y administrativas que contienen los requisitos esenciales de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.

Las especializaciones médico quirúrgicas que se desarrollan en las instituciones Prestadoras de Servicios de Salud externas a la Facultad y donde no existen dependencias administrativo académicas propias de la misma, deben demostrar la existencia de convenios docente asistenciales actualizados, en los que se privilegie la actividad docente.

4. Todo programa de Residencia debe pertenecer, o estar afiliado a una Universidad, y cumplir con todos los requisitos exigidos por el ministerio de educación. Debe ser un programa escrito, en donde se contemplen todos los objetivos y metas, se establezcan su duración, el número de créditos académicos, las actividades de docencia y de práctica clínica, los mecanismos de supervisión y los mecanismos de evaluación

5. Debe realizar actividades de investigación.

El Estado fortalecerá la investigación científica en las universidades oficiales y privadas y ofrecerá las condiciones especiales para su desarrollo
Artículo 69 de la constitución Nacional

6. Debe estar al tanto, y poseer a su disposición, para su aprendizaje, nuevas tecnologías.

7. Debe tener acceso a la información científica pertinente.

8. Finalmente obtener un Diploma de especialista por parte de la universidad.

ASPECTOS DE LA LEY 23 EN LOS QUE EL RESIDENTE PODRÍA TENER UNAS CONSIDERACIONES ESPECIALES

ARTICULO 4o. La asistencia médica se fundamentará en la libre elección del médico, por parte del paciente. En el trabajo institucional se respetará en lo posible este derecho.

TRABAJO EN EQUIPO Es necesario aceptar que uno de los pilares fundamentales de atención en salud es el equipo docente asistencial conformado por docentes, estudiantes de pre y posgrado, junto con profesionales de la

entidad prestadora de servicios de salud; que uno de las labores académicas del estudiante de posgrado es la docencia o instrucción a los estudiantes de pregrado, como parte de su desarrollo científico.

ARTICULO 5o. 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 pública.

Dado que el residente Tiene el Compromiso De trabajar en una Institución prestadora de servicios, y no puede “seleccionar sus pacientes” o negarse a atenderlos, podría en un momento dado argumentar esta dependencia.

ARTICULO 7o. Cuando no se trate de casos de urgencia, el médico podrá excusarse de asistir a un enfermo o interrumpir la prestación de sus servicios, en razón de los siguientes motivos:

- a) Que el caso no corresponda a su especialidad;
- b) Que el paciente reciba la atención de otro profesional que excluya la suya;
- c) Que el enfermo rehúse cumplir las indicaciones prescritas.

En el caso del residente es claro que si no corresponde a la especialidad no está dentro de sus obligaciones.

ARTICULO 16. La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto.

El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados. Se debería incluir el riesgo previsto de la” docencia” es decir de la adquisición progresiva de conocimientos y habilidades y de la independencia progresiva y muy necesaria para ir las adquiriendo.

ARTICULO 42. El médico cumplirá a cabalidad sus deberes profesionales y administrativos, así como el horario de trabajo y demás compromisos a que esté obligado en la institución donde preste sus servicios.

Es claro que al existir una relación de dependencia laboral también tendrá el residente ciertas limitaciones derivadas de las imposiciones de la institución, por ejemplo de los protocolos o guías que debe seguir.

AL RESIDENTE COMO A TODO MÉDICO LE OBLIGAN:
LA PRUDENCIA
LA DILIGENCIA
LA PERICIA.

IMPERICIA es la falta de conocimiento técnico y científico en un área profesional. Es sinónimo de ignorancia, ineptitud, inexperiencia, ineficiencia y torpeza.

Consiste, pues, en la incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión médica y equivale a la ‘inobservation des regles d’art’ de la doctrina francesa; parcialmente a la ‘malpractice’ de los anglosajones y al ‘kunstfehler’ de los alemanes.

Se considera que hay impericia cuando faltan la capacidad, habilidad, experiencia y conocimiento de quien emprende un tratamiento, particularmente cuando quien lo efectúa no ha sido certificado por alguna institución reconocida legalmente.

Debe diferenciarse a nivel semántico entre:

- IGNORANTE: El que no conoce lo que debería conocer en el campo en el cual se desempeña.
- NESCIENTE: Aquel que no conoce los conceptos sobre un campo que no tiene por qué conocer

TIPOS DE IMPERICIA:

POR FALTA DE COMPETENCIA EN UN CAMPO ESPECÍFICO DE LA PROFESIÓN. Existe un socorrido argumento jurídico que utilizan aquellos médicos que deciden no profundizar en estudios de especialización y se dedican a una rama de la medicina especializada por su cuenta y riesgo. Ese argumento es: “En este país el título de médico me autoriza a ejercer cualquier acto médico”. Aunque en realidad hasta el momento no se hallen normatizadas sino algunas especialidades por la Ley, es obvio que no es lo mismo un procedimiento efectuado por quien se ha sometido a los filtros de la especialización o residencia, que el mismo acto practicado por quien piensa que con

su diploma de médico general es perito en todos los campos de la medicina y la cirugía. Y cuando los jueces juzgan los resultados de esta conducta francamente irresponsable, analizan a fondo los estudios de quien es responsable de esos actos médicos, para ver si en realidad se encuentra capacitado para llevarlos a cabo.

POR FALTA DE EXPERIENCIA. Aun en el mismo campo de las especialidades, existen áreas que son cada vez más complejas. Por ejemplo, un médico graduado que posteriormente completa estudios de especialización en Cirugía General, muy seguramente no se encuentra capacitado para ser un cirujano cardiovascular, por obvias razones. Este campo, que cae dentro de la Cirugía general, requiere estudios aún más sofisticados y más prolongados por su misma complejidad y efectos derivados

POR FALTA DE HABILIDAD TÉCNICA. Algunos logran completar su residencia o especialización, pero existen determinadas áreas que requieren una especialidad habilidad quirúrgica que no todos poseen. Afortunadamente la mayor parte de especialistas es consciente de sus limitaciones y no incursionan en campos que no conocen muy bien y que acarrearán problemas para el paciente y para su propia práctica profesional

POR FALTA DE EXPERIENCIA PERMANENTE. Es lógico pensar que un cirujano general que se dedica a intervenir la región del cuello por espacio de varios años, no debería ocuparse de una resección de colon, porque existen personas que se han dedicado a este último campo exclusivamente y lo hacen mejor que cualquiera de su misma altura científica

POR MALOS RESULTADOS EN EL EJERCICIO DE LA ESPECIALIDAD. Con todo y los títulos hay médicos que tienen pésimos resultados en su práctica diaria, motivo por el cual deberían revisar sus propias aptitudes para escoger caminos dentro de la profesión que les permitan tener éxito y así brindar un mejor servicio a sus enfermos(8)

En Conclusión el residente podrá demostrar entonces. en algunos casos, que está en un proceso de aprendizaje sistematizado y progresivo, y que por lo tanto el grado de pericia que se le exige no puede ser el mismo que el de un especialista ya formado, deberá entonces tener muy claros sus deberes y derechos en la Universidad y en la IPS. Deberá tener por escrito un manual de funciones de la institución, y Deberá contar siempre con la supervisión de un especialista, pero también con un nivel de independencia que le permitan una formación adecuada.

BIBLIOGRAFÍA

1. Residencias Médicas en América Latina .Serie: La renovación de la atención primaria en Salud en las Americas No 5. OPS. Washington, D.C.: OPS, © 2011
2. Reyes G, Ortiz LC.: Sistema de Residencias Médicas en Colombia: Marco conceptual para una propuesta de regulación. Dirección de Desarrollo del Talento Humano en Salud Bogotá D.C., Enero de 2013. Fecha de Consulta: 15 de Septiembre de 2014. Hora 17:42. Puede consultarse en: www.minsalud.gov.co/salud/Documents/Observatorio%20Talento%20Humano%20en%20Salud/Documento%20de%20Residencias%20M%c3%a9dicas_versi%c3%b3n%206%20%282%29
3. Annals of Surgery .Should We Limit Resident Work Hours? In: Volumen 237, Número 1, 158-159. 2003)
4. The Impact of the 80-Hour Resident Workweek on Surgical Residents and Attending Surgeons. Matthew M. Hutter, MD, MPH, Katherine C. Kelllogg, PhD Charles M. Ferguson, MD, William M. Abbott, MD, and Andrew L. Warshaw, MD Annals of Surgery • Volume 243, Number 6, June 2006.
5. The Impact of Duty Hours on Resident Self Reports of Errors. Arpana R. Vidyarthi, MD, Andrew D. Auerbach, MD, MPH, Robert M. Wachter, MD, and Patricia P. Katz, PhD. Department of Medicine, University of California, 533 Parnassus Avenue, Box 0131, San Francisco, California 94143-0131, USA.
6. Residency Work-Hours Reform A Cost Analysis Including Preventable Adverse Events. Teryl K. Nuckols, MD, MSHS, Jose' J. Escarce, MD, PhD. Division of General Internal Medicine and Health Services Research, David Geffen School of Medicine at the University of California, Los Angeles, Calif, USA; 2The RAND Corporation, Santa Monica, Calif, USA.
7. López Morales F, et al. Síndrome de Burnout en residentes con jornadas laborales prolongadas.
8. Providencia No.42-2006 Tribunal Nacional de Ética Medica: Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora

INFIDENCIAS DE UN TRIBUNAL DE ÉTICA MÉDICA INCIPIENTE

Dr. Guillermo Cabrera Falla
Presidente Tribunal Seccional de Ética Médica del Huila

ANÉCDOTA INOLVIDABLE

Hace algo más de cinco (5) años el Señor Decano de la Facultad de Salud de la Universidad Surcolombiana de Neiva, Dr. Héctor Zamora, me llamó y me dijo que había postulado mi nombre para ser Magistrado en el Tribunal Nacional de Ética Médica, designatura que debía ser ocupada por un médico escogido por las Facultades de Medicina. Agregó: “como sé que tú eres amigo del Dr. Efraím Otero Ruíz, llámalo para que te sirva de palanca”. Me entusiasmó, porque no. Tres de mis hermanos han sido abogados. Muchos otros familiares también. Y no pocos litigios me han tocado en la vida, creando en mí una segunda pasión... el conocimiento del Derecho.

Con el Dr. Otero, nos conocimos hace aproximadamente 40 años en reuniones de nuestra Especialidad, la Endocrinología, pero por razones generacionales tan solo los últimos años nos fuimos haciendo cada vez más cercanos, gozando los dos de nuestra mutua amistad y aprecio. Cogí el teléfono y lo llamé. Le pedí el favor de que me colaborara para ocupar esa alta posición y la respuesta me dejó frío, sin palabras, nada que responder.... Me dijo el Dr. Otero: “mi estimado Guillermo, cuente únicamente con que no voy a votar por Usted”. Pensé por un instante que él se había equivocado ... Pero continuó diciéndome: Ese puesto es para alguien de alguna Universidad de Bogotá. Hemos tenido mala experiencia con colegas de otras ciudades ante la realidad de los bajos honorarios que no alcanzan a veces ni para cubrir el costo de los pasajes, y menos la estadía en la Capital, no acuden a las citaciones, perjudicando la buena marcha del Tribunal Nacional. Descansé, le di toda la razón, llenándose mi corazón de más afecto y respeto ante una persona sin tacha, ejemplo de vida y merecedor de toda admiración por su franqueza, sabiduría y cordialidad. Siempre lo recordaremos. Paz en su tumba, Dr. Otero.

DE NUESTRO NOMBRAMIENTO

Había interés en la conformación del Tribunal de Ética Médica del Huila. Ya era hora. Ordenados los TEM por la Ley 23 de 1981, tan sólo en el 2010 estábamos iniciando los Opitás. Habíamos tenido Secretarios de Salud que decían con su mentalidad ahorrativa y pobre, que era mejor y salía más barato pagarle a Cundinamarca que conformarlo en el Huila. Gran negocio para ellos, que jamás piensan cuando tienen el poder, en facilitar las cosas, hacerlas más accesibles, más efectivas y menos costosas para el médico sometido a demandas, muchas de ellas sin sentido.

Médicos generales que había tenido parte en el renacer del Colegio Médico del Huila, con el apoyo de la Federación Médica Colombiana deseaban ser los primeros en ocupar la Magistratura. Las Hojas de Vida fueron remitidas al Tribunal Nacional.

El nombramiento recayó en personas todas con más de 15 años de ejercicio profesional y de diversas especialidades, reconocidos en el medio social y profesional. Se eligió una única mujer, doctora Cardióloga quién por esa razón obvia fue nombrada como Presidenta. Se compenetró tanto inicialmente con su oficio que le hubiese gustado fallar todos los casos. Un Psiquiatra, a quien por estudioso, le decíamos que debía haber sido Internista. Un Pediatra Intensivista, dominador de su arte. Un Cirujano experimentado, muy respetado, y, el suscrito Endocrinólogo.

LA PRIMERA SALA

Comenzamos a enterarnos de nuestras funciones, deberes e ingresos. Hubo una silenciosa decepción común. Cómo era posible que un trabajo de este nivel intelectual fuese tan mal remunerado. Se especulaba previamente que tendríamos honorarios similares a los que gana un Magistrado de un Tribunal. Además, supimos que éramos objeto de control de la Fiscalía, la Contraloría, la DIAN, del Servicio de Salud del Huila, de la Secretaría de Hacienda Departamental, de Planeación Departamental, Tribunal Nacional de Ética Médica, etc. y que de todas estas instituciones nos podían llegar requerimientos, y hasta demandas en contra nuestra.

Nos sentíamos unos pobres aprendices de Abogacía al no tener idea siquiera de cómo se debía llevar a cabo una investigación, qué etapas procesales

existían, e incluso, de cómo se debía interrogar en las diligencias. Al mismo tiempo que éramos ilustrados por la Abogada – Secretaria a quien le hemos aprendido mucho, nos vimos obligados a estudiar Abogacía.. Otro comentario común era: A los médicos nos están maltratando cada día más y somos demandados injustamente. Estamos aquí es para defender al gremio, al colega, o, me pregunto, nos habían nombrado era para ser jueces justos?

Al médico antes se le saludaba con respeto: “Buenos días Doctor”, ahora es “ Que hubo médico” despectivamente. Y los médicos en su mayoría, también han olvidado andar con la debida bata o blusa blanca que nos identifica.

Casi nada valemos para el sistema establecido de EPSs. Los contratos son elaborados unilateralmente. Si Usted quiere vivir y trabajar, está obligado a firmarlos bajo todas sus premisas y condiciones humillantes impuestas por el patrón. La profesión dejó de ser libre, pero sí, con mayor responsabilidad ante el paciente y ante la Ley.

No estamos blindados de imparcialidad ante la llamada del colega en un pueblo pequeño como el nuestro, más aún cuando se ha laborado por largos años con él, o si se es amigo de familiares suyos, o del paciente quejoso. Cómo ser justos realmente en el momento de hacer Justicia? Tenemos el suficiente valor para declararnos impedidos, si en nuestro interior por historia y amistad de alguna manera, algo nos ata al procesado colega, o al quejoso paciente?

LAMENTABLES DESERCIONES

La primera baja se lamentó profundamente. Fue la del Psiquiatra. Su renuncia no tenía motivación alguna, pero hablando con él, la razón fue “definitivamente, yo no sirvo para juzgar colegas“.

El segundo en retirarse fue el Pediatra, sapiente pero de genio difícil, le indignó que en el Tribunal Nacional de Ética Médica (TNEM) le revocaran una Sentencia contra un médico general condenado por mal manejo de un Dengue en paciente menor. Se derogó su Sentencia por el TNEM, basándose en el hecho de haberse sucedido los hechos en población rural y no contar allí el inculpado con la tecnología necesaria. Esto según el Magistrado Pediatra ponente, no eximía al inculpado del mal manejo del paciente. Y renunció.

Se incorporó en su lugar a un Traumatólogo, comprometido con su tarea, quien anhela algún día hacer un curso en Derecho Médico y a un Internista de fama en el arte de tratar, pero circunstancial en el momento de fallar. Éste, al ver que por recusación de otros Magistrados, el más probable para recibir un expediente complejo sería él, opinó en Sala: “Si ese pleito me llega a tocar, prefiero renunciar” y lo hizo pocos días después, antes del nuevo reparto.

Dado que dos (2) reemplazos de este Magistrado no han aceptaron su designación, algo que entorpeció la buena marcha de sus expedientes y del TEM mismo, se me ocurre que una vez decantados los Tribunales, los reemplazos deberían hacerse como en la Iglesia, en donde los Obispos son nombrados por el Papa, pero, “lo que va a Roma es lo que viene de Roma”, dicen los sacerdotes. En el TEM no poseemos el listado de probables reemplazos nuestros o de conjueces, como si lo poseen los Tribunales en la Justicia Ordinaria.

COMO NOS VEÍAN

El Tribunal de Ética Médica no era conocido en nuestra Sociedad. Magistrados de otros Tribunales y el gremio de abogados, se preguntaban de dónde habíamos salido, a quiénes estábamos suscritos, a qué poder legal estábamos supeditados, cuáles eran nuestras Leyes y Estatutos y la verdad, no conocían siquiera la existencia de la Ley 23 de 1981. Cómo podíamos titularnos con el nombre de Magistrados, unos especialistas médicos, ajenos al Derecho?

La mayoría de colegas aseveraba que, aún como dijera el Poeta Julio Flórez ... “todo nos llega tarde ... hasta la muerte”, era imperiosa la necesidad de crear el TEM en el gremio médico huilense, ante el creciente número de demandas contra los médicos y la incomodidad de tener un apoderado en Bogotá u otra ciudad, mayores gastos, etc.

INTENTO DE SOBORNO

Nos llevó a la obtención y ubicación de cámaras de grabación 24 horas, haber tenido que soportar a un Abogado de edad, defensor de un médico y quién quizás creía que los fallos dependían básicamente de la Secretaria – Abogada, y no tanto de los Magistrados a quienes nos consideraba tal

vez un apéndice nada más y como tal, que nosotros no definíamos las Sentencias en los diferentes casos por ignorancia en la Jurisprudencia y/o por falta de tiempo y dedicación al trabajo en el TEM. Optó por escoger el momento más indicado para lograr encontrar sola en nuestra sede a la Doctora-Secretaria y luego de ojear el expediente correspondiente y de cerciorarse de que no había nadie más, abrió su bolso, sacó un fajo de billetes de \$ 50.000 y se lo ofreció a ella. Naturalmente fue rechazado. Por falta de pruebas, se decidió no demandarlo.

ROBO DE DINERO POR SECRETARIA EMBARAZADA

Lamentablemente, una persona en la cual creíamos que se podía confiar, un buen día hizo desaparecer el dinero con el cual debíamos pagar el arriendo del local que ocupamos. Suma cercana al millón de pesos. Tuvo la frialdad de acusar de la pérdida, a la Abogada. Con tino se le logró sacar de su puesto sin mayores demandas, con el debido permiso del Ministerio del Trabajo y hacer cruce con su último salario y prestaciones sociales del dinero indelicadamente sustraído. Su delito se comprobó con las cámaras ya instaladas, gracias al caso anterior.

CURIOSIDADES EN DILIGENCIAS

Múltiples veces se había citado a un colega Traumatólogo, por ser necesario su testimonio en la investigación en curso. Éste, menospreciando al Tribunal no respondía, luego decía que no tenía tiempo, y/o que tenía tiempo pero en el horario de la mañana a las 8 am, cuando sabía que no se efectuaban las diligencias. Se preguntó a la Abogada – Secretaria, cuál era el procedimiento pertinente a seguir. Ella sugirió hacerlo comparecer con el apoyo de la Policía. O, que también había otra opción a través de entablar un incidente en un Juzgado. Se optó por lo primero y se procedió a hacer la solicitud a la Policía para que lo hiciera presentar ante el Tribunal. No fue de buen gusto, saber que la noticia se difundió desde el Tribunal y se supo en el gremio médico mucho antes de la fecha de la citación, pero esto con el tiempo ha hecho que se respeten más las órdenes emanadas desde el TEM y que se tenga conocimiento del Tribunal mismo. El colega no fue llevado con Policía a la hora y fecha indicadas en el requerimiento, porque la Policía misma no sabía de nuestra existencia y debía cerciorarse primero sobre quiénes éramos. Obtuvimos en los días siguientes el recibo de la excusa de la Policía y su ofrecimiento debido,

para casos futuros. Al siguiente requerimiento del colega, no hubo necesidad de ella. El profesional compareció solo, disgustado sí, pero lo hizo y la diligencia se llevó a cabo.

En otra diligencia de cargos, la declarante lo hacía con tanto sentimiento que sus ojos se colmaron de lágrimas, y fue tal la compenetración del Magistrado(a) que la escuchaba que igualmente se emocionó, se conmocionó y las lágrimas suyas también vertieron. Pero, esta muy humana actitud, podría probablemente estar definiendo su fallo final? Hasta dónde es válida esta conducta para quien imparte justicia? Habría allí roto su imparcialidad? Igualmente hemos tenido “defensa de género”, es esto justicia humana, muy humana ¿? ¡!

SALVAMENTOS DE VOTO Y FALLOS QUE DUELEN

Le hemos escuchado al Dr. Guzmán, que en el Tribunal Nacional de Ética Médica, solamente ha habido un Salvamento de Voto durante su existencia. En el nuestro, con solo tres (3) años de existencia, llevamos cinco (5). Uno de ellos, con un interesante ítem de realidades y principios.

Consideraba el Magistrado(a) ponente que si una persona, en este caso el colega procesado, infringía la Lex Artis e inducía al error a un segundo y tercer colega, estos últimos quedaban exentos de culpa, pues ésta solo se podría atribuírsele al primero. En el Salvamento de Voto se expresó como el error en Medicina pesa demasiado, pues se lleva a cabo es en un ser vivo, y es el paciente a quien estamos obligados a cuidar en su salud e integridad, la culpa puede no ser igual, pero cada uno de los profesionales que ha fallado, si hubiese actuado debidamente y bajo la Lex Artis no hubiese errado, ni dejado inducirse al error. Errores todos, muy costosos. En otro caso se condenó a un Ginecólogo por dejar con episiotomía hecha, a una embarazada en trabajo de parto -periodo expulsivo- hasta tanto llegase el nuevo Ginecólogo que lo debía relevar a las 7 am. En ese estado pasó más de una (1) hora la paciente y al final el feto por cesárea falleció. En el TNEM, se revocó la Sentencia porque la paciente había “consentido” el parto vaginal. Sí, así fue, pero con la rúbrica del médico y no de la paciente escrita al margen y muy probablemente no en el instante de la elaboración del consentimiento asistido. El abandono de la paciente fue fatal. Pero... los fallos del Superior son como una orden militar o religiosa, y hay que acatarlos, así duelan.

NUESTRO FUTURO

Lo veo incierto, cuando el Secretario de Salud nos cuenta que a Antioquia le han dado para reparación de su red de hospitales públicos \$90.000 millones y que al Huila no le quieren dar \$2.000 millones con ese mismo destino en 2015. Que por disminución de las regalías del petróleo el Presupuesto del Departamento será menor, y en carta oficial nos ofrece tan sólo la suma de \$117.000.000 para este año. Todo puede pasar. Nos cansamos de pedir citas a Políticos, Gobernador, Secretario de Salud, manifestarlo ante el TNEM, al Ministerio de Salud, etc. Hasta la acción de cumplimiento fue infructuosa por lo anotado. Podríamos estar abocados a desaparecer si las cosas no cambian.

Por lo anterior, considero imperiosa la necesidad de lograr que el Gobierno garantice la financiación de todos los Tribunales de igual forma, respetando naturalmente las dimensiones de cada uno de ellos.

Por último, me permito sugerir: 1.- A fin de fortalecer los Colegios Médicos, que el colegiarse sea una exigencia oficial para poder ejercer la Profesión. 2.- En ciertos procesos condenatorios se podría pensar, como es en el Canadá, en establecer multas a favor de las arcas de los Colegios Médicos.

Esto, dada la manifiesta debilidad de los Colegios Médicos de los cuales depende nuestra existencia..

Muchas Gracias.

EL EJERCICIO PROFESIONAL ÉTICO DENTRO DEL MARCO DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

*Dr. Gabriel Lago Barney¹
Magistrado Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá*

La Ley 1751 de 2015, conocida como Ley Estatutaria en Salud, cuyo objeto es regular la prestación de los servicios sanitarios como un derecho fundamental, contempla el ejercicio digno y autónomo de los profesionales de la salud, en lo que se refiere a la toma de decisiones, diagnóstico y tratamiento de los pacientes, dentro del marco de los esquemas de autorregulación, la ética, la racionalidad y la evidencia científica.

El concepto de dignidad dentro de la misma Ley, se centra en las condiciones laborales para el ejercicio de las profesiones sanitarias conforme lo establece la Legislación.

Es importante tener en cuenta, para desarrollar los principios éticos asociados al quehacer profesional dentro de los parámetros de la Ley Estatutaria, examinar el alcance que se le da en dicha normativa a los conceptos de autonomía y autorregulación, y el significado de lo que en la misma se entiende por dignidad.

El ejercicio de la medicina y otras disciplinas afines, va más allá del proceso diagnóstico y terapéutico del enfermo. Comprende una relación espiritual entre el médico y el paciente, que trasciende a su entorno familiar y que debe propender a controlar los factores sociales y ambientales que lo afectan; a mitigarle el dolor en padecimientos crónicos e incurables; a ayudarle a un buen vivir o a un morir dignamente; así como a integrar acciones dentro del sistema sanitario con la generación y transmisión de conocimientos, desarrollo y uso adecuado de las tecnologías y la intervención en la salud colectiva, entre otros. Es decir, la actuación del médico no se circunscribe a la curación del enfermo, sino que se extiende a su núcleo familiar, a los condicionantes y determinantes de su salud.

¹ Médico pediatra de la Pontificia Universidad Javeriana, Magistrado del Tribunal de Ética Médica de Bogotá.

El significado que le da la Ley Estatutaria al ejercicio digno, se limita a aspectos de carácter estrictamente laboral, sin hacer referencia alguna a la dignidad de los demás profesionales sanitarios. Hechas estas aclaraciones, se da paso a algunas consideraciones éticas y legales que servirán de base para la posterior discusión.

Las sociedades para regularse cuentan con dos sistemas normativos: la ética como canon de conducta del individuo y la ley, para la regulación de las relaciones dentro del grupo. El derecho establece límites a la actuación de los ciudadanos, indicando cuando las conductas son socialmente reprochables desde la cultura en que se está inmerso; estableciendo comportamientos aceptables o punibles. Por su parte, la ética busca la mejor solución a un conflicto; no aspira a calificar si una acción es buena o mala, sino óptima. La ética pretende resolver los conflictos de valor, para mejorar la calidad de las decisiones en el ejercicio profesional; atiende los valores en conflicto originados en las diferentes dimensiones de la persona. Lo óptimo debe conciliar los hechos clínicos con los valores implicados. En medicina, cualquier solución distinta a la óptima no es de buen recibo. (1)

Los valores se conciben entonces, como aquello importante para una persona y que merece respeto.

Aristóteles en su obra *La Metafísica* (2) define el concepto de principio como punto de partida o parte esencial o primera de donde proviene una cosa; es el origen que mueve la voluntad con cierto propósito, como consecuencia necesaria de algo o con el fin de lograr cierto propósito. A éste el individuo le da un valor, haciendo que todo principio tenga un valor; pero no todo valor es un principio, es decir, el punto de partida puede ser igual, pero el de llegada puede no serlo; sin que ello signifique que se vulneró un valor. Los valores, así vistos, son la base de las obligaciones morales.

El médico en su actuación, al considerar el valor del paciente como merecedor de respeto, adquiere una obligación y por ende un deber, que se entiende como un curso de acción en la toma de decisiones ante un conflicto de interés; el mejor curso de acción es aquel que lesiona menos los valores en conflicto. (1) Este es el origen de la deontología (*deontos*: lo que es necesario, preciso o debido, deber, obligación; *logía*: estudio o tratado)

Luego de estas consideraciones, veamos la constricción que el modelo sanitario actual ejerce sobre el ejercicio autónomo de la profesión, el cual cuenta

con tres ejes que atentan contra la salud de las personas y la práctica ética de la medicina. (Figura 1)

Tridente de la constricción de la autonomía en salud

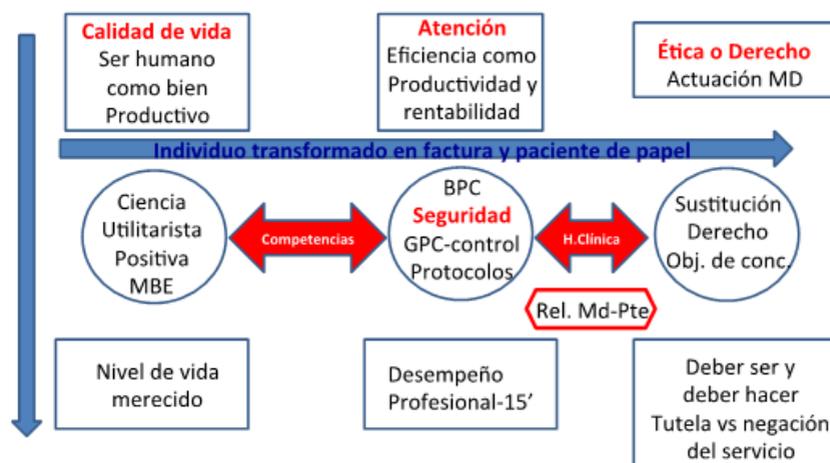


Figura 1. Tridente de la constricción de la autonomía en salud.

Calidad de vida

La Organización Mundial de la Salud define calidad de vida como: “*La percepción del individuo de su situación en la vida dentro del contexto cultural y de los valores en que vive, y en relación con sus objetivos, expectativas, valores e intereses*”; definición que se inclina a concebirla como el bienestar del sujeto y la satisfacción de su estado interior.

La calidad de vida se mide en términos del ser humano como bien productivo, y en cuanto bien, se transforma en un elemento transable al que se le puede asignar un valor, generalmente pecuniario, conforme al nivel de vida y producción que mantenga, el cual ha sido meticulosamente estudiado con modelos actuariales y de esperanza de vida que suelen utilizar los aseguradores para tasar la vida en función de lo que el desarrollo de una ciencia utilitarista positiva determina como normal y aceptable; conforme a la mejor evidencia científica, instituyendo parámetros de riesgo-beneficio y costo-efectividad, que en forma progresiva impiden el acceso a los servicios sanitarios, invalidando de esta manera al individuo. Este modelo se apoya en el concepto de bienestar como satisfacción de preferencias, privilegiando el derecho individual sobre el deber de especie, o derecho humano.

En contraposición, la dignidad humana, en cuanto a los derechos de los seres humanos se refiere, exige, sin importar la condición del individuo, protección jurídica. José Miguel Serrano Ruiz-Calderón considera: “ *Mantener la esencia del Derecho como objeto de la justicia que garantiza la dignidad humana- evitando que el hombre se use como medio -, y la igualdad- impidiendo definiciones de persona que distinguen entre unos seres humanos y otros.*”(3)

El que no se preserve esta igualdad y dignidad comporta riesgos, al considerar un derecho acompañado de la vulneración de otros derechos, como sucede en las pre- existencias en salud; o por medio de los ingentes esfuerzos para imponer leyes que desconocen al individuo como persona en el sentido jurídico; emprendiendo actos contra un grupo, que se justifica en un derecho subjetivo y en una liberación del mismo. Es así que en situaciones como el aborto, que se ha impuesto desde la “privacy” de la madre; la reducción del embrión a objeto del deseo de paternidad-maternidad; el homicidio de deficientes desde el deseo autónomo de una muerte digna; la destrucción de embriones desde la esperanza de supuestos grupos de enfermos y así sucesivamente; privilegian al individuo sobre la especie.

A través de la historia y hasta nuestros días, han surgido corrientes ideológicas que niegan la sacralidad de la vida humana, donde se combinan dos causas de corrupción de la justicia que señalaba Santo Tomás de Aquino, así: “*La falsa prudencia del sabio y el abuso del poderoso.*” Que traducido al modelo actual de calidad, el sabio corresponde al científico utilitarista y la calidad de vida en términos de producción, al abuso del poderoso. (3)

La estrategia óptima para alcanzar el objetivo de imponer un modelo de calidad como el propuesto, es sustituir el concepto de derecho humano por derechos de la persona, privando de sentido la dignidad, lo que permite introducir nociones como el de vida carente de valor vital; estableciendo ciertos niveles de “calidad”, por debajo de los cuales no merece la pena vivir ni respetar al ser humano; esto es evidente en muchos de los conflictos que hoy se presentan. En buena hora, la Ley Estatutaria procura revertir esta situación, al considerar la salud como un derecho fundamental y no como un bien.

Sistema de atención en salud

En el modelo de calidad propuesto, el eje se desvió de la asistencia al paciente a la rentabilidad de la atención; donde es más importante la facturación, su control y auditoría, que el resultado en términos de salud y dignidad de la persona. De allí que se considere “buen médico”, aquel que es capaz de producir ingentes ingresos a bajos costos, es decir, con alta rentabilidad, siendo necesario para ello limitar las funciones del facultativo a lo mínimo: diagnosticar y adoptar conductas fáciles de controlar por medio de ayudas diagnósticas y prescripciones; las primeras por medio de protocolos y las segundas, con el uso de un vademécum restringido, quedando sin control la responsabilidad, la que se delega en el profesional -en principio autónomo-, y a quien se le pueden endilgar las fallas en la atención.

Con el fin de minimizar los riesgos, el modelo organiza y reduce el conocimiento al basado en la mejor evidencia (MBE), lo que se traduce en guías de práctica clínica (GPC), que aunque se presentan como recomendaciones fundamentadas en la mejor evidencia científica disponible, producto de investigaciones, -no siempre libres de conflictos de interés-, se aplican como protocolos y se venden como un ejercicio seguro de la medicina, entendida como buenas prácticas clínicas (BPC); lo cual, tal y como fueron concebidas inicialmente, cumplirían este objetivo. Pero con el uso que se les da, las desdibujan, constituyéndose en elementos de auditoría y fuentes de demandas contra el médico que se aparte de ellas, considerando esta separación una falta al ejercicio ético de la medicina.

Con la definición adoptada en Alma Ata², que consideró la salud como el completo estado físico, mental y social, se generó una meta inalcanzable, que para tratar de lograrla condujo a la medicalización de la sociedad y a la medición de la vida y la salud en función de la estadística y la tecnología; identificando características humanas como riesgos para enfermar y la creación de nuevas enfermedades de origen estadístico; reduciendo la capacidad del ser humano para sobrellevar en forma autónoma los retos físicos, emocionales y sociales, siempre cambiantes, de manera satisfactoria y con sensación de bienestar, a pesar de padecer una enfermedad crónica o limitante. Esto llevó a Alejandro Jadad y colaboradores (4), en diversas partes del mundo, a repensar el concepto de salud como: “Capacidad para adaptarse y

² Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud de Almá-Atá, realizada en Kazajistán, del 6 al 12 de septiembre de 1978.

administrar su vida de cara a los retos físicos, emocionales y sociales que se le presenten.”, lo que permite dar un giro al concepto de enfermedad como objeto de la medicina, al tener al paciente como eje de la atención y fundamento de la relación asistencial; transformando los modelos de calidad, de un nivel de vida en que merezca la pena vivir desde la perspectiva científica, al modelo de calidad centrado en la dignidad y el respeto por la autonomía del ser humano.

En los modelos de atención basados en la eficiencia, convergen el buen desempeño del profesional sanitario y la acreditación institucional; el primero, al adherirse a las guías como protocolos y la segunda, al considerar que un centro asistencial es de alta calidad por llevar registros de corte notarial en donde se deja constancia de los procesos administrativos, mas no de la calidad y calidez de la atención al paciente. Se miden los resultados de la administración, mas no de la mejoría y el desarrollo de acciones que garanticen un trato digno de las personas. Esto ha conducido a diseñar modelos altamente eficientes, donde se atiende a un usuario en quince minutos o menos, manejando “*atención personalizada e integral de alta calidad*”; llegando al absurdo de expedir normas en que los pacientes pueden reclamarle al médico si éste se demora en la consulta. Lo mejor que le puede ofrecer un ser humano a otro en una relación, es su tiempo y capacidad de escucha.

Para un adecuado funcionamiento, este modelo de atención necesita individuos altamente competentes en saber y hacer mucho de poco, lo que viene forzando cambios en los esquemas educativos de las facultades de ciencias de la salud, donde las competencias del saber y hacer (Medicina técnica), orientadas a la enfermedad como problema, dejan de lado al ser humano como ser integral, único, complejo e irrepetible (Medicina culta), promoviendo competencias y habilidades para atender de manera aislada el órgano enfermo en un evento específico, lo cual aumenta la eficiencia en la atención, incrementa los ingresos por solicitudes de ayudas diagnósticas en que se abusa de la tecnología y de las prescripciones, produciendo lo que he llamado: “la relación médico-órgano-evento”, de la cual queda constancia en la “factura-hoja de control” denominada historia clínica, en la que prima el registro de las actividades de facturación y auditoría, de adherencia a los aspectos administrativos y contables de las guías, sobre la narrativa característica de la historia de salud de un ser humano o de la correlación entre el acto médico y el diagnóstico. Hoy la historia clínica se ha convertido en una factura con datos médicos del cliente- paciente que tiene una enfermedad codificable. (CIE)

La ética médica convertida en derecho médico

La mejor manera de controlar el pensamiento médico, es atender contra la posibilidad de pensar, para lo cual las guías de práctica clínica utilizadas como acicate, desde el punto de vista científico, moldean el acto médico; el reducido tiempo de atención, no permite dilucidar lo que realmente afecta al paciente, teniéndose que limitar el profesional a atender el órgano enfermo, -sobre la base de, al contar con la mejor evidencia, reducir la posibilidad de error-, generando sensación de seguridad en las partes, lo que se interpreta como una racionalidad médico-científica basada en la mejor evidencia disponible; que rara vez tiene en cuenta el contexto de la atención, la condición de salud, socioeconómica y cultural del paciente, para no mencionar el sistema de creencias, representaciones y relaciones.

Es decir, con las guías de práctica clínica mal empleadas, se constriñe el acto médico al no dar cabida al criterio formado a través de la experiencia en el ejercicio profesional; la cual aplica el facultativo dentro de un contexto de tiempo, modo y lugar determinado; y ante una persona que siente, piensa, espera y teme, que pertenece a una familia, mantiene un estilo de vida, proviene de una cultura y su vida está determinada por un ambiente.

La reglamentación progresiva de la norma, como reflejo de una buena práctica médica, cierra las posibilidades al discernimiento y la discusión, ya que apartarse de los lineamientos y la regulación se considera una transgresión de la normativa. Es así, como se llega a la negación del servicio al paciente en el punto de convergencia de falta de evidencia, preexistencia de la patología o no inclusión dentro del plan de beneficios; lo que deja expuesto al médico y vulnerable al paciente, en aras de proteger la estructura organizacional que subyace a la denominada relación asistencial.

Este vínculo se ve transgredido a nivel del diagnóstico, al exigir los comités técnico- científicos justificaciones para la autorización de ayudas diagnósticas, tratamientos e intervenciones, lo cual es un disfraz para simular el respeto del derecho a la salud del paciente y la adopción de altos estándares de calidad en la atención; siendo realmente un control para la contención del gasto y aumento de la rentabilidad. De esta forma se doblega al médico, dejando al paciente avocado a emprender acciones como la tutela, para que se le garantice, por vía judicial, el derecho que no ha sido capaz de proteger el grupo social.

En efecto, es en la relación médico-paciente donde se le da la posibilidad al médico de ejercer la autonomía y recuperar el carácter humanitario de la profesión, garantizando el derecho fundamental a la salud de los pacientes y procurando la autorregulación que demanda un ejercicio ético.

La relación del médico con el paciente no es como cualquier otra, ya que en ésta, están proscritas interacciones que comúnmente se dan entre los miembros de un conglomerado social; debido al carácter de confidencialidad y al ambiente de confianza en que ésta se desarrolla. No es común que en una reunión social los participantes hablen de sus hábitos sexuales, siendo éste en cambio, un tema normalmente abordado en una consulta médica. Lo cierto es, que la relación asistencial impone al facultativo una responsabilidad trascendental, lo que hace de la medicina una profesión sui géneris, que no puede ser comparada con otras, como se pretende al tratar de ubicarla como un oficio especializado más, del que se perciben unos ingresos y en el que se cumple un horario.

No, la relación médico-paciente tiene unas características únicas que la diferencian de cualquier otra; y en cuanto a su impacto sobre la vida, salud e integridad de las personas, demanda una consideración y respeto especial, porque dentro de ella se tratan asuntos de la mayor sensibilidad para el ser humano, quien confía al facultativo lo más íntimo de su ser como son su sistema de creencias, intimidad, integridad, sexualidad, pudor, representaciones, imaginarios, limitaciones, expectativas, conocimientos, capacidades, temores, expresados todos ellos en diferentes lenguajes, que son develados al médico en un acto de confianza; secretos que deben ser considerados y guardados rigurosamente en atención a la dignidad y compasión que merece el individuo.

El paciente trasmite al médico con su lenguaje lo que siente, piensa y teme, para que con un conocimiento, no sólo científico sino también culto, el profesional, por medio de sus habilidades y desde una perspectiva de su saber, emita un concepto lo más certero posible, que sin lugar a dudas afectará y modificará la vida del paciente. Este concepto, manejo, indicación de ayudas diagnósticas, prescripciones, intervenciones y recomendaciones incidirán en su estilo de vida. El acto médico demanda del facultativo sigilo, seriedad, diligencia, prudencia, pericia y cautela, fundamentados en un conocimiento y rigor científico, y en la consideración de los principios de autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia.

Características de la Relación médico paciente (Carácter del Médico)

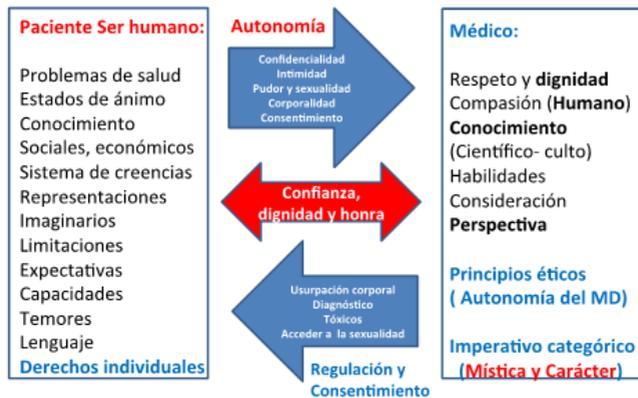


Figura 2. Características de la relación médico-paciente

El paciente al consentir la intervención del médico, basado en la confianza que el galeno le transmite, lo faculta para adoptar conductas, que socialmente están proscritas, como es intervenir en su cuerpo por medio de punciones y cirugías, intoxicarlo con medicamentos, practicarle exámenes molestos y aún dolorosos, desmembrarlo o extraerle órganos, irradiarlo o privarlo de su libertad y aún de su estado de conciencia.(5) La actuación del facultativo obviamente trasciende la familia, y las otras dimensiones de la vida del individuo, que es menester honrar. Todo esto se permite por la relación de confianza, respeto por la persona y por su autonomía, con el fin de prevenir una enfermedad, esclarecer un diagnóstico, determinar una intervención y o tratamiento, restablecer la salud, aliviar el dolor, mejorar los momentos de felicidad o ayudar a preparar para una muerte digna. Es aquí donde convergen la autonomía médica, el consentimiento del paciente y la autorregulación, para brindarle una atención óptima como lo exige la ética. (Figura2)

Luego entonces, no se puede coaccionar ni modificar la actuación del médico, ya que esto supone cercenar un derecho humano que se desarrolla en la relación asistencial; y en este orden, no es de buen recibo, ni tiene sentido limitar el tiempo de interacción, el uso racional de recursos, mediante protocolos cuyos fines netamente económicos, desconocen los derechos fundamentales. Por el contrario, es perentorio promover una relación más humana, confidencial, auténtica, autónoma y autorregulada entre el médico y un individuo único e irrepetible, como es el ser humano en condición de paciente.

Bibliografía

1. Gracia, D. y Rodríguez, J.J. (2006). *Ética en Cuidados Paliativos*, Madrid, Fundación de Ciencias de la Salud.
2. Aristóteles. (2006) *La Metafísica. Libro V, Parte 1*. Madrid. Editorial Gredos.
3. Serrano, J.M. (2006, 8 de enero), *Entrevista virtual con Zenit.org*. Madrid-Roma
4. Jadad, A. What is Health?. *British Medical Journal*, Julio 30 de 2011; 343: d 4817
5. Rhodes, R. y Smith, L. (2006), *Molding Professional Character. Lost Virtue: Professional Character Development in Medical Education*. Amsterdam, Elsevier, p. 99- 114

LA LEY ESTATUTARIA EN SALUD: UN AVANCE SOCIAL

*Dr. Fernando Guzmán Mora.
Magistrado Tribunal Nacional de Ética Médica*

I- INTRODUCCIÓN

La Ley Estatutaria en Salud es uno de los adelantos mas significativos que puede registrar la historia de la Seguridad Social Colombiana en los últimos cien años de vida política.

Efectivamente, por primera vez se consagra la Salud como derecho Fundamental de manera oficial, cuestión que no se encontraba consagrada en ninguna de las constituciones nacionales anteriores y, en particular, en la Constitución Social de Derecho de 1991, que ubicaba este derecho como un derecho no fundamental, al encontrarse por fuera de los artículos 11 A 41, que los consagraba expresa pero erróneamente como taxativos, dejando algunos tan importantes como los derechos de los niños por fuera de esta sección trascendental.

Gracias al Señor Magistrado CIRO ANGARITA BARON, Ilustre Magistrado de la Corte Constitucional, en épocas pretéritas (cuando la Justicia Colombiana aun no se contaminaba de la tremenda corrupción que hoy la descompone en forma publica), se comenzó a considerar el Derecho a la Salud como perteneciente al grupo de Derechos Fundamentales al ligar su existencia con el Derecho a la Vida.

Quiere esto decir que, aunque los constituyentes de 1991 ni siquiera consideraron este Derecho a la Salud como inherente a la persona humana, ya nuestra querida (y parcialmente perdida) Corte Constitucional había defendido ese Derecho Publico como parte de la dotación del ciudadano colombiano en su relación con el Estado del cual forma parte integral.

Así se encuentra consagrado en el título de esta Ley:

LEY ESTATUTARIA 1751 DE 2015 (Febrero 16) POR MEDIO DE LA CUAL SE REGULA EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES.

Así como en sus primeros artículos:

Artículo 1°. Objeto. La presente ley tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección.

Artículo 2°. Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.

Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.

Artículo 3°. Ámbito de aplicación. La presente ley se aplica a todos los agentes, usuarios y demás que intervengan de manera directa o indirecta, en la garantía del derecho fundamental a la salud.

Define posteriormente las obligaciones estatales respecto de la garantía de este derecho a los colombianos y a quienes se encuentren en territorio colombiano en la siguiente forma:

Artículo 5°. Obligaciones del Estado. El Estado es responsable de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud; para ello deberá:

- a) Abstenerse de afectar directa o indirectamente en el disfrute del derecho fundamental a la salud, de adoptar decisiones que lleven al deterioro de la salud de la población y de realizar cualquier acción u omisión que pueda resultar en un daño en la salud de las personas;

- b) Formular y adoptar políticas de salud dirigidas a garantizar el goce efectivo del derecho en igualdad de trato y oportunidades para toda la población, asegurando para ello la coordinación armónica de las acciones de todos los agentes del Sistema;
- c) Formular y adoptar políticas que propendan por la promoción de la salud, prevención y atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas, mediante acciones colectivas e individuales;
- d) Establecer mecanismos para evitar la violación del derecho fundamental a la salud y determinar su régimen sancionatorio;
- e) Ejercer una adecuada inspección, vigilancia y control mediante un órgano y/o las entidades especializadas que se determinen para el efecto;
- f) Velar por el cumplimiento de los principios del derecho fundamental a la salud en todo el territorio nacional, según las necesidades de salud de la población;
- g) Realizar el seguimiento continuo de la evolución de las condiciones de salud de la población a lo largo del ciclo de vida de las personas;
- h) Realizar evaluaciones sobre los resultados de goce efectivo del derecho fundamental a la salud, en función de sus principios y sobre la forma como el Sistema avanza de manera razonable y progresiva en la garantía al derecho fundamental de salud;
- i) Adoptar la regulación y las políticas indispensables para financiar de manera sostenible los servicios de salud y garantizar el flujo de los recursos para atender de manera oportuna y suficiente las necesidades en salud de la población;
- j) Intervenir el mercado de medicamentos, dispositivos médicos e insumos en salud con el fin de optimizar su utilización, evitar las inequidades en el acceso, asegurar la calidad de los mismos o en general cuando pueda derivarse una grave afectación de la prestación del servicio.

Lo refuerza posteriormente en la siguiente forma:

Artículo 6°. Elementos y principios del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud incluye los siguientes elementos esenciales e interrelacionados:

a) Disponibilidad. El Estado deberá garantizar la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y personal médico y profesional competente;

b) Aceptabilidad. Los diferentes agentes del sistema deberán ser respetuosos de la ética médica así como de las diversas culturas de las personas, minorías étnicas, pueblos y comunidades, respetando sus particularidades socioculturales y cosmovisión de la salud, permitiendo su participación en las decisiones del sistema de salud que le afecten, de conformidad con el artículo 12 de la presente ley y responder adecuadamente a las necesidades de salud relacionadas con el género y el ciclo de vida. Los establecimientos deberán prestar los servicios para mejorar el estado de salud de las personas dentro del respeto a la confidencialidad;

c) Accesibilidad. Los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información;

d) Calidad e idoneidad profesional. Los establecimientos, servicios y tecnologías de salud deberán estar centrados en el usuario, ser apropiados desde el punto de vista médico y técnico y responder a estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas. Ello requiere, entre otros, personal de la salud adecuadamente competente, enriquecida con educación continua e investigación científica y una evaluación oportuna de la calidad de los servicios y tecnologías ofrecidos.

Así mismo, el derecho fundamental a la salud comporta los siguientes principios:

a) Universalidad. Los residentes en el territorio colombiano gozarán efectivamente del derecho fundamental a la salud en todas las etapas de la vida;

- b) Pro homine. Las autoridades y demás actores del sistema de salud, adoptarán la interpretación de las normas vigentes que sea más favorable a la protección del derecho fundamental a la salud de las personas;
- c) Equidad. El Estado debe adoptar políticas públicas dirigidas específicamente al mejoramiento de la salud de personas de escasos recursos, de los grupos vulnerables y de los sujetos de especial protección;
- d) Continuidad. Las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua. Una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas;
- e) Oportunidad. La prestación de los servicios y tecnologías de salud deben proveerse sin dilaciones;
- f) Prevalencia de derechos. El Estado debe implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes. En cumplimiento de sus derechos prevalentes establecidos por la Constitución Política. Dichas medidas se formularán por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años;
- g) Progresividad del derecho. El Estado promoverá la correspondiente ampliación gradual y continua del acceso a los servicios y tecnologías de salud, la mejora en su prestación, la ampliación de capacidad instalada del sistema de salud y el mejoramiento del talento humano, así como la reducción gradual y continua de barreras culturales, económicas, geográficas, administrativas y tecnológicas que impidan el goce efectivo del derecho fundamental a la salud;
- h) Libre elección. Las personas tienen la libertad de elegir sus entidades de salud dentro de la oferta disponible según las normas de habilitación;
- i) Sostenibilidad. El Estado dispondrá, por los medios que la ley estime apropiados, los recursos necesarios y suficientes para asegurar progresivamente el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, de conformidad con las normas constitucionales de sostenibilidad fiscal;

j) Solidaridad. El sistema está basado en el mutuo apoyo entre las personas, generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades;

k) Eficiencia. El sistema de salud debe procurar por la mejor utilización social y económica de los recursos, servicios y tecnologías disponibles para garantizar el derecho a la salud de toda la población;

l) Interculturalidad. Es el respeto por las diferencias culturales existentes en el país y en el ámbito global, así como el esfuerzo deliberado por construir mecanismos que integren tales diferencias en la salud, en las condiciones de vida y en los servicios de atención integral de las enfermedades, a partir del reconocimiento de los saberes, prácticas y medios tradicionales, alternativos y complementarios para la recuperación de la salud en el ámbito global;

m) Protección a los pueblos indígenas. Para los pueblos indígenas el Estado reconoce y garantiza el derecho fundamental a la salud integral, entendida según sus propias cosmovisiones y conceptos, que se desarrolla en el Sistema Indígena de Salud Propio e Intercultural (SISPI);

n) Protección pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palanqueras. Para los pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palanqueras, se garantizará el derecho a la salud como fundamental y se aplicará de manera concertada con ellos, respetando sus costumbres.

Parágrafo. Los principios enunciados en este artículo se deberán interpretar de manera armónica sin privilegiar alguno de ellos sobre los demás. Lo anterior no obsta para que sean adoptadas acciones afirmativas en beneficio de sujetos de especial protección constitucional como la promoción del interés superior de las niñas, niños y mujeres en estado de embarazo y personas de escasos recursos, grupos vulnerables y sujetos de especial protección.

Como puede apreciarse, el Estado Colombiano se compromete de manera ineludible a consagrar, promover, aplicar, defender y responder por este Derecho Fundamental en la forma mencionada en la simple transcripción de los artículos que hemos mencionado en este primer escrito al respecto.

II- EL FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL

A- LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Nuestra estructura normativa, bajo la óptica del pensador jurídico de importancia y acatamiento mundial Hans Kelsen, se puede encuadrar en un sistema piramidal cuya parte superior esta ocupada por la Constitución Nacional. El sistema normativo se puede definir como la organización del conjunto de normas jurídicas que componen el ordenamiento jurídico del Estado, estableciendo jerarquías, materias y relaciones que permiten escoger cuál norma debe aplicarse a un caso específico y en un momento determinado.

La CONSTITUCIÓN es la norma que regula la expedición y relación de todas las normas del ordenamiento jurídico. Es, por tanto, la Ley de leyes, pues todas deben sujetarse a sus derroteros. Es la base de todo el ordenamiento y aunque muchas veces no enuncia el sistema de manera expresa, debe ser deducido de sus principios.

Se puede leer en el artículo 4 de la Carta Fundamental:

ARTÍCULO 4o. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

B- EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Este grupo normativo se refiere a aquellas normas a las cuales la misma CN remite. Y se refiere de manera muy concreta a los tratados internacionales relacionados con derechos humanos, aprobados por Colombia, ratificados por el Congreso e involucrados a este Bloque de Constitucionalidad a través de leyes aprobatorias de los mismos.

Se pueden examinar los artículos 53 (convenios de trabajo), 93 (derechos humanos), 94 (derechos inherentes a la persona humana) y 214 (normas de Derecho Internacional Humanitario).

La expresión Bloque de Constitucionalidad aparece en la sentencia C-225 95 de la Corte Constitucional Colombiana, que expresa.

“Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores”.

Respecto de la obligatoriedad de respetar esos tratados internacionales de derechos humanos, el mencionado Bloque de Constitucionalidad limita a los estados a darles prioridad sobre muchas normas internas

“...los Estados no pueden invocar su soberanía interna para justificar violaciones a los derechos humanos ya que tienen la obligación internacional de respetarlos. Es pues razonable que para maximizar el cumplimiento de esos mandatos internacionales, los Estados constitucionales confieran a esos estándares internacionales la máxima jerarquía interna...”

Y cuando hay aparente contradicción entre la norma Constitucionalidad y una norma de Derecho Internacional sobre Derechos Humanos involucrada al BC, existe la posibilidad de aplicar el principio pro homine o de favorabilidad, en el sentido de priorizar la que sea mas favorable a los derechos humanos

Pero el Bloque de Constitucionalidad también involucra otras normas que son desarrollo constitucional, como las leyes estatutarias (Art. 151, 152, 153 y 214).

Lo anterior porque estas leyes obedecen a parámetros de constitucionalidad de las leyes ordinarias

C- LAS LEYES ESTATUTARIAS

Son prolongación de la Constitución para organizar la República. Deben aprobarse con mayoría absoluta de ambas cámaras. Son algo así como la reglamentación de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales e incluyen:

n) LEYES ESTATUTARIAS DE DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES

- n - LEY ESTATUTARIA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA
- n - LEY ESTATUTARIA DE LOS PARTIDO POLÍTICOS
- n - LEY ESTATUTARIA DE LA OPOSICIÓN
- n - LEY ESTATUTARIA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA
- n - LEY ESTATUTARIA DE ESTADOS DE EXCEPCIÓN
- n - LEY ESTATUTARIA EN SALUD

ARTÍCULO 152. Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias:

- a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección;
- b) Administración de justicia;
- c) Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales;
- d) Instituciones y mecanismos de participación ciudadana.
- e) Estados de excepción.
- f) La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley.

ARTÍCULO 153. La aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias exigirá la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y deberá efectuarse dentro de una sola legislatura.

Dicho trámite comprenderá la revisión previa, por parte de la Corte Constitucional, de la exequibilidad del proyecto. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defenderla o impugnarla.

D- LEYES ORGÁNICAS

Tienen naturaleza ordenadora y autolimitante. Constituyen un mandamiento al Congreso con el objeto de regular su función legislativa, señalando límites y condiciones. Requieren de la mayoría absoluta de las dos cámaras para su aprobación. Ellas son:

- LEY ORGÁNICA DEL CONGRESO
- LEY ORGÁNICA DEL PRESUPUESTO
- LEY ORGÁNICA DEL PLAN
- LEY ORGÁNICA DEL ORDENAMIENTO TERRITORIAL

ARTÍCULO 151. El Congreso expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa. Por medio de ellas se establecerán los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras, las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo, y las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales. Las leyes orgánicas requerirán, para su aprobación, la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra Cámara.

III- CUAL ES ENTONCES LA DISCUSIÓN PLANTEADA?

El punto básico es la ubicación en importancia, de acuerdo con la pirámide kelseniana, entre las leyes estatutarias y las leyes orgánicas.

Y a este respecto la respuesta es clara: La Ley Estatutaria es una ampliación de la Constitución Nacional. Es el desarrollo constitucional de aspectos de enorme importancia y repercusión sociales, mientras que la Ley Orgánica es una especie de fundamento y directriz técnica respecto de la forma de legislar en aspectos también de importancia nacional, pero cuya condición es más concreta sobre determinados grupos de autoridad: el Congreso, los depositarios del Presupuesto, los organizadores del territorio y los orientadores del plan económico anual.

Salta a la vista que los aspectos de Derechos Fundamentales, Administración de Justicia, estados de Excepción, Partidos Políticos, Participación Ciudadana y Servicios de Salud de la personas poseen una mayor importancia que los mencionados anteriormente.

IV- CONCLUSIÓN

La Ley Estatutaria, al ser prolongación de la Constitución Nacional y ocuparse de asuntos de la mayor importancia nacional e individual, se encuentra jerárquica y jurídicamente por encima de la Ley Orgánica, también importante, pero un nivel por debajo de la primera

V- BIBLIOGRAFÍA

- 1- Ayala Corrao Carlos M (2002) “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias” en Méndez Silva, Ricardo (Ed) Derecho Internacional de Los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México, UNAM.
- 2- Dulitzky, Ariel (2004) “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado” en Abregú, Martín. Courtis, Christian La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires, CELS.
- 3- Fernández Entalgo, Jesús (1992) “Aplicación judicial de los tratados y convenios de derechos humanos: el caso de España” en Gustavo Gallón (Comp) Espacios internacionales para la justicia colombiana, Vol. II. Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana.
- 4- Guzmán, F. Moreno, S. (2015) Dignidad Humana y derechos Fundamentales. Gazeta del Tribunal Nacional de Etica Medica. Bogota.
- 5- Guzmán, F. Moreno, S. (2015) La ley estatutaria en salud (ley 1751 de 2015) y el derecho fundamental a la salud. Gazeta del Tribunal Nacional de Etica Medica. Bogota.
- 6- O'Donnell, Daniel. (2004) Derecho Internacional de los derechos humanos. Bogotá: Oficina Alto Comisionado de ONU para los derechos humanos.
- 7- Pinto, Mónica. (2004) “El principio pro hómine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos” en Abregú, Martín. Courtis, Christian. La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires, CELS.
- 8- Uprimny, Rodrigo (1991) “Estado de sitio y tratados internacionales: una crítica a la jurisprudencia constitucional de la Corte” en Gustavo Gallón (comp.) Guerra y Constituyente. Bogotá, Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana.
- 9- Uprimny, Rodrigo (2001) “El “Bloque de Constitucionalidad” en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal” en Daniel O'Donnell, Inés Margarita.

SUJETOS DISCIPLINABLES

Dr. Claudia Patricia Gaviria Gallo
Abogada Secretaria Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas

En los Tribunales de Ética Médica del País existen los otros sujetos disciplinables que conforman el equipo de trabajo de los Tribunales, los cuales son:

◊ Magistrados:

(PROCURADURÍA) Ley 734 de 2002.

(CONTRALORÍA) ARTICULO 267 Constitución Política. El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

LEY 23 DE 1981. (MAGISTRADOS)

◊ Abogados – Secretarios:

Ley 1123 de 2007 (ABOGADOS)

◊ Contadores

Ley 43 de 1990, por la cual se adiciona la Ley 145 de 1960, (CONTADORES)

La espada de Damocles

Es una frase popular que debemos a un historiador griego y que hasta hoy se utiliza para referirse a un peligro inminente, aludiendo a una espada que pende sobre nuestra cabeza y que en cualquier momento caerá sobre nosotros. Todos los miembros de los Tribunales poseen su propia espada de Damocles y existe un ente gubernamental encargado de disciplinarlo y vigilar que sus actuaciones estén acordes a los lineamientos legalmente establecidos por el Estado.

Constitución Política de Colombia.

◇ FINES DEL ESTADO Y FUNCIÓN ADMON

◇ PARTICULARES CUMPLIENDO FUNCIONES PÚBLICAS

ARTICULO 2, Constitución Política: Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

ARTICULO 6, Constitución Política. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

ARTICULO 90, Constitución Política. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

ARTICULO 123, Constitución Política. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

ARTICULO 209, Constitución Política. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los

principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

ARTICULO 210, Constitución Política. Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa. Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley. La ley establecerá el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes.

ARTICULO 267, Constitución Política. El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial.

La Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal. No tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización.

El Contralor será elegido por el Congreso en pleno en el primer mes de sus sesiones para un período igual al del Presidente de la República, de terna integrada por candidatos presentados a razón de uno por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, y no podrá ser reelegido para el período inmediato ni continuar en ejercicio de sus funcio-

nes al vencimiento del mismo. Quien haya ejercido en propiedad este cargo no podrá desempeñar empleo público alguno del orden nacional, salvo la docencia, ni aspirar a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones.

Sólo el Congreso puede admitir las renunciaciones que presente el Contralor y proveer las vacantes definitivas del cargo; las faltas temporales serán provistas por el Consejo de Estado.

SENTENCIA C-037/03: Al respecto señaló en la SENTENCIA C-286/96 lo siguiente: A la inversa, el particular, quien precisamente no se encuentra en la condición del servidor público, toda vez que no ha establecido un vínculo de dependencia o subordinación frente al Estado -en cualquiera de los cargos, organismos, entidades o corporaciones que hacen parte de su estructura-, ni percibe de él asignación o salario, está en principio exento del régimen disciplinario estatal y su responsabilidad ante las autoridades únicamente puede surgir de las transgresiones en que incurra en relación con los preceptos constitucionales y legales, tal como lo pregona el artículo 6° de la Carta Política. Así lo contemplan, entre otras normas, los artículos 2, 116, 123, 131, 221 (1° del Acto Legislativo No. 2 de 1995), 246, 267, 277-9, 318, 340 (Cfr. Sala Plena. Sentencia C-015 del 23 de enero de 1996) y 365 de la Constitución, que autorizan el ejercicio de funciones públicas por personas particulares, en ciertas situaciones y previos determinados requisitos que la propia Carta o las leyes establecen, o que les permiten participar en actividades de gestión de esa misma índole.

Retomando y precisando el criterio material a que se ha hecho referencia la Corte destacó en la Sentencia C-563 DE 1998 que:

- “Cuando se asigna al particular el cumplimiento de una función pública, éste adquiere la condición de un sujeto cualificado, en la medida en que se amplifica su capacidad jurídica, sin que por ello deje de ser un particular. Sin embargo, en este evento su situación jurídica se ve afectada en virtud de las responsabilidades que son anejas a quien cumple funciones de la indicada naturaleza.

Al respecto dijo la Corte en la SENTENCIA C-181/02 : “En resumen, las consideraciones anteriores pueden plantearse de la siguiente forma: aunque, en principio, los particulares no se encuentran sometidos al régimen disciplinario de la Ley 200 de 1995, pues este ha sido previsto para la sanción de

las conductas desplegadas por los servidores públicos, aquellos sí lo están cuando han sido encargados de la prestación de una función pública. Ello no quiere significar, según la última apreciación, que el régimen aplicable a los particulares sea, in tutto, el mismo de los servidores públicos. La ley, en cada caso, determinará cuáles son los aspectos sancionatorios previstos para unos y otros, tal como se deduce del texto del inciso tercero del artículo 123 Constitucional.”

LEY 678 DE 2001 (Responsabilidad Patrimonial de los agentes del Estado):

◇ ACCIÓN DE REPETICIÓN

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA y SERVICIO CIVIL
Consejero ponente: William Zambrano Cetina. Bogotá D.C., veintiuno (21) de octubre de dos mil diez (2010). Radicación No. 2016. Expediente: 11001-03-06-000-2010-00077-00. Referencia: Tribunales de Ética Médica.

C-181 DE 2002. “Cuando el particular es titular de funciones públicas, correlativamente asume las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias

DECRETA: CAPITULO I. *Aspectos sustantivos*. ARTÍCULO 1°. Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto regular la responsabilidad patrimonial de los servidores y ex servidores públicos y de los particulares que desempeñen funciones públicas, a través del ejercicio de la acción de repetición de que trata el artículo 90 de la Constitución Política o del llamamiento en garantía con fines de repetición. Texto Subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-484 de 2002 , Ver Sentencia Corte Constitucional 100 de 2001.

ARTÍCULO 2°. *Acción de repetición*. La acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial. Texto Subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-484 de 2002 ; texto

en cursiva declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-338 de 2006, por los cargos examinados. Ver Sentencia Corte Constitucional 100 de 2001.

No obstante, en los términos de esta ley, el servidor o ex servidor público o el particular investido de funciones públicas podrá ser llamado en garantía dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública, con los mismos fines de la acción de repetición. Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-484 de 2002.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA y SERVICIO CIVIL. Consejero ponente: William Zambrano Cetina. Bogotá D.C., veintiuno (21) de octubre de dos mil diez (2010). Radicación No. 2016. Expediente: 11001-03-06-000-2010-00077-00. Referencia: Tribunales de Ética Médica.

Ahora bien, respecto de la hipótesis planteada por el Ministerio consultante sobre quién debe asumir el pago de las condenas proferidas por la Jurisdicción Contenciosa por decisiones dictadas por los Tribunales de Ética Médica y Odontológica Nacionales y Seccionales, “*cuando el Ministerio de la Protección Social no se ha pronunciado por no ser competente o por no haberse hecho uso del recurso de apelación*”; estima la Sala que, en consideración al hecho de que los Tribunales de Ética Médica cumplen una función pública cuya financiación le corresponde a la Nación a través del Ministerio de la Protección Social, es a éste a quien le corresponde, además de representarlo judicialmente, asumir el pago de las condenas impuestas por la actividad de los Tribunales de Ética. Lo anterior se da al margen del grado de participación que haya tenido el Ministerio dentro del trámite administrativo disciplinario. En síntesis, el referido Ministerio, además de tener a su cargo la representación judicial de los Tribunales de Ética Médica y Odontológica, debe disponer de una partida presupuestal para asumir el pago de las condenas que a éstos se les imponga, en razón de que es a través de estos Tribunales como el Estado y en particular el Ministerio de la Protección Social ejercen la función disciplinaria sobre los profesionales que ejercen la medicina y la odontología.

Ley 715 de 2001

◇ COMPETENCIA DE LOS DEPARTAMENTOS EN SALUD.

◇ FINANCIACIÓN DE LOS TRIBUNALES DE ÉTICA.

Ley 715 de 2001. CAPITULO II. COMPETENCIAS DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES EN EL SECTOR SALUD.

ARTÍCULO 43. *COMPETENCIAS DE LOS DEPARTAMENTOS EN SALUD.* Sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia. Para tal efecto, se le asignan las siguientes funciones:

43.1. De dirección del sector salud en el ámbito departamental.

◇ (...)

43.1.8. Financiar los tribunales seccionales de ética médica y odontológica y vigilar la correcta utilización de los recursos. (Artículo modificado por la Ley 1446 de 2011).

LEY 734 DE 2002 (Código Único Disciplinario).

◇ SUJETOS DISCIPLINABLES.
◇ FUNCIONES PROCURADURÍA

El Tribunal de Ética de Medicina cumple una función pública, por investigar y Sancionar a los profesionales de la medicina. (Art 73).

(Art. 73 ley 23 de 1981). Los Tribunales Éticos –Profesionales, en ejercicio de las atribuciones que se les confiere mediante la presente ley, cumplen una función pública, pero sus integrantes por el solo hecho de serlo no adquieren el carácter de funcionarios públicos.

• **Artículo 53. Sujetos disciplinables.** El presente régimen se aplica **a los particulares que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales; que ejerzan funciones públicas**, en lo que tienen que ver con estas; *presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política, administren recursos de este*, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado.

Jurisprudencia: Los textos tachados y subrayados fueron objeto de las siguientes decisiones:

Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia C-037/03.

La misma sentencia C-037/03 declaró EXEQUIBLE el aparte en letra itálica, “en el sentido de que el particular que preste el servicio público, solo es disciplinable cuando ejerza una función pública que implique la manifestación de las potestades inherentes al Estado, y éstas sean asignadas explícitamente por el legislador”.

Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva.

Jurisprudencia: Inciso declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1076/02.

Procuraduría General de la Nación

Es la encargada de iniciar, adelantar y fallar las investigaciones que por faltas disciplinarias se adelanten contra los servidores públicos y contra los particulares que ejercen funciones públicas, de conformidad con lo establecido en el Código Único Disciplinario, Ley 734 de 2002.

Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal). Art. 82 Ley 23 de 1981.

- PRINCIPIOS RECTORES Y GARANTIAS PROCESALES
- IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES
- DEBER DE DENUNCIAR
- DE LOS DEBERES DE LOS SERVIDORES JUDICIALES
- TEMERIDAD Y MALA FE
- PROHIBICIÓN DE TRANSCRIPCIONES
- PRUEBAS

Artículo 1º. *Dignidad humana.* Los intervinientes en el proceso penal serán tratados con el respeto debido a la dignidad humana.

Artículo 2º. *Libertad.* Modificado por el art. 1, Ley 1142 de 2007. Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie podrá ser molestado en su persona ni privado de su libertad sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.

El juez de control de garantías, previa solicitud de la Fiscalía General de la Nación, ordenará la restricción de la libertad del imputado cuando resulte necesaria para garantizar su comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. Igualmente, por petición de cualquiera de las partes, en los términos señalados en este código, dispondrá la modificación o revocación de la medida restrictiva si las circunstancias hubieren variado y la convirtieren en irrazonable o desproporcionada.

(...)

CAUSALES DE IMPEDIMENTO. SON CAUSALES DE IMPEDIMENTO

Artículo 56. Causales de impedimento. Son causales de impedimento:

◊ 4. **Que el funcionario judicial haya sido apoderado o defensor de alguna de las partes, o sea o haya sido contraparte de cualquiera de ellos, o haya dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso.**

◊ 5. Que exista amistad íntima o enemistad grave entre alguna de las partes, denunciante, víctima o perjudicado y el funcionario judicial.

Artículo 59. Impedimento conjunto. Si la causal de impedimento se extiende a varios integrantes de las salas de decisión de los tribunales, el trámite se hará conjuntamente.

Artículo 60. Requisitos y formas de recusación. Modificado por el art. 84, ley 1395 de 2010 Si el funcionario en quien se dé una causal de impedimento no la declare, cualquiera de las partes podrá recusarlo. La recusación se propondrá y decidirá en los términos de este código.

Artículo 61. Improcedencia del impedimento y de la recusación. No son recusables los funcionarios judiciales a quienes corresponda decidir el incidente. No habrá lugar a recusación cuando el motivo de impedimento surja del cambio de defensor de una de las partes, a menos que la formule la parte contraria o el Ministerio Público.

Artículo 62. Suspensión de la actuación procesal. Desde cuando se presente la recusación o se manifieste el impedimento del funcionario judicial hasta que se resuelva definitivamente, se suspenderá la actuación.

Cuando la recusación propuesta por el procesado o su defensor se declare infundada, no correrá la prescripción de la acción entre el momento de la petición y la decisión correspondiente.

Artículo 63. Impedimentos y recusación de otros funcionarios y empleados. Las causales de impedimento y las sanciones se aplicarán a los fiscales, agentes del Ministerio Público, miembros de los organismos que cumplan funciones permanentes o transitorias de policía judicial, y empleados de los despachos judiciales, quienes las pondrán en conocimiento de su inmediato superior tan pronto como adviertan su existencia, sin perjuicio de que los interesados puedan recusarlos. El superior decidirá de plano y, si hallare fundada la causal de recusación o impedimento, procederá a reemplazarlo.

Cuando se trate de impedimento o recusación de personero municipal, la manifestación se hará ante el procurador provincial de su jurisdicción, quien procederá a reemplazarlo, si hubiere lugar a ello, por un funcionario de su propia dependencia o de la misma personería, o por el personero del municipio más cercano.

En los casos de la Procuraduría General de la Nación, Fiscalía General de la Nación y demás entidades que tengan funciones de policía judicial, se entenderá por superior la persona que indique el jefe de la respectiva entidad, conforme a su estructura. En estos casos no se suspenderá la actuación.

Artículo 64. Desaparición de la causal. En ningún caso se recuperará la competencia por la desaparición de la causal de impedimento.

Artículo 65. Improcedencia de la impugnación. Las decisiones que se profieran en el trámite de un impedimento o recusación no tendrán recurso alguno.

DEBER DE DENUNCIAR

Artículo 67. Deber de denunciar. Toda persona debe denunciar a la autoridad los delitos de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio.

El servidor público que conozca de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio, iniciará sin tardanza la investigación si tuviere competencia para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento ante la autoridad competente.

Artículo 68. Exoneración del deber de denunciar. Nadie está obligado a formular denuncia contra sí mismo, contra su cónyuge, compañero o compañera permanente o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, ni a denunciar cuando medie el secreto profesional.

◁ DE LOS DEBERES DE LOS SERVIDORES JUDICIALES.

ARTÍCULO 138. DEBERES. Son deberes comunes de todos los servidores públicos, funcionarios judiciales e intervinientes en el proceso penal, en el ámbito de sus respectivas competencias y atribuciones, los siguientes:

1. Resolver los asuntos sometidos a su consideración dentro de los términos previstos en la ley y con sujeción a los principios y garantías que orientan el ejercicio de la función jurisdiccional.
2. Respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso.
3. Realizar personalmente las tareas que le sean confiadas y responder por el uso de la autoridad que les haya sido otorgada o de la ejecución de las órdenes que pueda impartir, sin que en ningún caso quede exento de la responsabilidad que le incumbe por la que le corresponda a sus subordinados.
4. Guardar reserva sobre los asuntos relacionados con su función, aun después de haber cesado en el ejercicio del cargo.
5. Atender oportuna y debidamente las peticiones dirigidas por los intervinientes dentro del proceso penal.
6. Abstenerse de presentar en público al indiciado, imputado o acusado como responsable.
7. Los demás establecidos en la Ley Estatutaria de Administración de JustiConcordancias

ARTÍCULO 139. DEBERES ESPECÍFICOS DE LOS JUECES. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, constituyen deberes especiales de los jueces, en relación con el proceso penal, los siguientes:

1. Evitar las maniobras dilatorias y todos aquellos actos que sean manifiestamente inconducentes, impertinentes o superfluos, mediante el rechazo de plano de los mismos.
2. Ejercer los poderes disciplinarios y aplicar las medidas correccionales atribuidos por este código y demás normas aplicables, con el fin de

asegurar la eficiencia y transparencia de la administración de justicia.

3. Corregir los actos irregulares.

4. Motivar breve y adecuadamente las medidas que afecten los derechos fundamentales del imputado y de los demás intervinientes.

Jurisprudencia Vigencia

5. Decidir la controversia suscitada durante las audiencias para lo cual no podrá abstenerse so pretexto de ignorancia, silencio, contradicción, deficiencia, oscuridad o ambigüedad de las normas aplicables.

6. Dejar constancia expresa de haber cumplido con las normas referentes a los derechos y garantías del imputado o acusado y de las víctimas.

TEMERIDAD O MALA FE

ARTÍCULO 141. TEMERIDAD O MALA FE. Se considera que ha existido

temeridad o mala fe, en los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal en la denuncia, recurso, incidente o cualquier otra petición formulada dentro de la actuación procesal.

3. **Cuando se utilice cualquier actuación procesal para fines claramente ilegales, dolosos o fraudulentos.**

4. **Cuando se obstruya la práctica de pruebas u otra diligencia.**

5. **Cuando por cualquier otro medio se entorpezca el desarrollo normal de la actuación procesal.**

PROHIBICIÓN DE TRANSCRIPCIONES

ARTÍCULO 163. PROHIBICIÓN DE TRANSCRIPCIONES. En desarrollo de los principios de oralidad y celeridad las providencias judiciales en ningún caso se podrá transcribir, reproducir o verter a texto escrito apartes de la actuación, excepto las citas o referencias apropiadas para la debida fundamentación de la decisión.

PRUEBAS: ARTICULOS 372 AL 441.

Ley 962 de 2004 DECRETO 19 DE 2012(Racionalización de Trámites).

- AMBITO DE APLICACIÓN
- MEDIOS TECNOLOGICOS

- DERECHO DE TURNO
- COBROS NO AUTORIZADOS

ARTÍCULO 2o. AMBITO DE APLICACIÓN. Esta ley se aplicará a los trámites y procedimientos administrativos de la Administración Pública, de las empresas de servicios públicos domiciliarios de cualquier orden y naturaleza, y de los particulares que desempeñen función administrativa. Se exceptúan el procedimiento disciplinario y fiscal que adelantan la Procuraduría y Contraloría respectivamente.

ARTÍCULO 3o. Las personas, en sus relaciones con la administración pública, tienen los siguientes derechos los cuales ejercerán directamente y sin apoderado: A obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a las peticiones, actuaciones, solicitudes o quejas que se propongan realizar, así como a llevarlas a cabo. A conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados y obtener copias, a su costa, de documentos contenidos en ellos. A abstenerse de presentar documentos no exigidos por las normas legales aplicables a los procedimientos de que trate la gestión. Al acceso a los registros y archivos de la Administración Pública en los términos previstos por la Constitución y las leyes. A ser tratadas con respeto por las autoridades y servidores públicos, los cuales deben facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. A exigir el cumplimiento de las responsabilidades de la Administración Pública y del personal a su servicio, cuando así corresponda legalmente. A cualquier otro que le reconozca la Constitución y las leyes.

ARTÍCULO 6o. MEDIOS TECNOLÓGICOS.

“... Toda persona podrá presentar peticiones, quejas, reclamaciones o recursos, mediante cualquier medio tecnológico o electrónico del cual dispongan las entidades y organismos de la Administración Pública...”.

ARTÍCULO 15. DERECHO DE TURNO. Los organismos y entidades de la Administración Pública Nacional que conozcan de peticiones, quejas, o reclamos, deberán respetar estrictamente el orden de su presentación, dentro de los criterios señalados en el reglamento del derecho de petición de que trata el artículo 32 del Código Contencioso Administrativo, sin consideración de la naturaleza de la petición, queja o reclamo, salvo que tengan prelación legal. Los procedimientos especiales regulados por la

ley se atenderán conforme a la misma. Si en la ley especial no se consagra el derecho de turno, se aplicará lo dispuesto en la presente ley. En todas las entidades, dependencias y despachos públicos, debe llevarse un registro de presentación de documentos, en los cuales se dejará constancia de todos los escritos, peticiones y recursos que se presenten por los usuarios, de tal manera que estos puedan verificar el estricto respeto al derecho de turno, dentro de los criterios señalados en el reglamento mencionado en el inciso anterior, el cual será público, lo mismo que el registro de los asuntos radicados en la entidad u organismo. Tanto el reglamento como el registro se mantendrán a disposición de los usuarios en la oficina o mecanismo de atención al usuario. Cuando se trate de pagos que deba atender la Administración Pública, los mismos estarán sujetos a la normatividad presupuestal.

ARTÍCULO 16. COBROS NO AUTORIZADOS. Ningún organismo o entidad de la Administración Pública Nacional podrá cobrar, por la realización de sus funciones, valor alguno por concepto de tasas, contribuciones, formularios o precio de servicios que no estén expresamente autorizados mediante norma con fuerza de ley o mediante norma expedida por autoridad competente, que determine los recursos con los cuales contará la entidad u organismo para cumplir su objeto. - El artículo 16 del Decreto 19 de 2012, publicado en el Diario Oficial No. 48.308 de 10 de enero de 2012, establece: ‘ARTÍCULO 16. EXTENSIÓN APLICACIÓN LEY 962 DE 2005. Los artículos 15 y 16 de la Ley 962 de 2005 serán igualmente aplicables a los particulares que cumplen funciones administrativas.’

Ley 1164 de 2007 (Disposiciones en Materia de Talento Humano)

- <> FUNCIONES DEL CONSEJO NACIONAL DEL TALENTO HUMANO EN SALUD
- <> DEL REGISTRO ÚNICO NACIONAL DEL TALENTO HUMANO EN SALUD. Resolución 3030 de 2014.
- <> DE LA RESPONSABILIDAD DE APLICAR LA ÉTICA Y LA BIOÉTICA EN SALUD

Artículo 6°. De las funciones. El Consejo Nacional del Talento Humano en Salud tendrá las siguientes funciones:

- e). Promover la actualización de las normas de ética de las diferentes disciplinas, apoyando los tribunales de ética y los comités bioéticos, clínicos, asistenciales y de investigación; Sentencia C-889/06.

Artículo 23. Del Registro Único Nacional del Talento Humano en Salud. Créase el Registro Único Nacional del Talento Humano en Salud consistente en la inscripción que se haga al Sistema de Información previamente definido, del personal de salud que cumpla con los requisitos establecidos para ejercer como lo señala la presente ley, proceso con el cual se entiende que dicho personal se encuentra certificado para el ejercicio de la profesión u ocupación. En este registro se deberá señalar además la información sobre las sanciones del personal en salud que reporten los Tribunales de Ética y Bioética según el caso; autoridades competentes o los particulares a quienes se les deleguen las funciones públicas. C-1063 de 2008.

Parte Final del artículo 38. De la responsabilidad de aplicar la ética y la bioética en salud: El personal de salud debe difundir y poner en práctica los principios, valores, derechos y deberes mencionados en esta ley; compete de modo especial a quienes conforman los tribunales de ética de cada profesión, los comités bioéticos: clínicos asistenciales y de investigación, los profesores de ética y bioética de las carreras y ocupaciones en salud, los comités ad hoc y demás grupos, asesores y decisorios de la ética y bioética en salud velar por la aplicación y difusión de estas disciplinas.

Sentencia C-889/06

<>CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OBJECION PRESIDENCIAL-Alcance

<>CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OBJECION PRESIDENCIAL-Extensión excepcional de competencia

<>CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OBJECION PRESIDENCIAL-Posibilidad de ampliar el examen a aspectos que no fueron planteados explícitamente por el Gobierno

<>SENTENCIA DE OBJECION PRESIDENCIAL-Efectos de cosa juzgada relativa.

<>ESTRUCTURA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA-Modificación requiere iniciativa gubernamental o aval del Gobierno

<>ESTRUCTURA DE LA ADMINISTRACION NACIONAL-No modificación por norma objetada, puesto que órgano asesor ya había sido creado. Aun cuando el texto del artículo 4 expresamente señala la creación del Consejo Nacional de Talento Humano en Salud como organismo asesor del gobierno, ya había sido creada por el Decreto 1849 de 1992, tal como lo señala el Procurador General de la Nación. En efecto, en el mismo proyecto de ley, el legislador establece en el

parágrafo 2 del artículo 6, que el Consejo Nacional de Talento Humano en Salud sustituye, “para todos los efectos,” al Consejo Nacional para el Desarrollo de los Recursos Humanos en Salud, que era el organismo asesor y coordinador de los Ministerios de Salud, Educación y Trabajo, para el desarrollo de los recursos humanos en salud, el cual estaba adscrito al Ministerio de Salud. El proyecto de ley objetado tampoco establece ninguna modificación de la adscripción del Consejo Nacional para el Desarrollo de los Recursos Humanos en Salud, por lo que a la luz de lo que establece la Ley 790 de 2002, que fusionó los Ministerios de Trabajo y Seguridad Social y de Salud y conformó el Ministerio de la Protección Social, debe entenderse que el Consejo Nacional de Talento Humano en Salud continúa adscrito al Ministerio de la Protección Social. Tampoco modifica la estructura de la administración el que el proyecto de ley defina la periodicidad de las reuniones del Consejo Nacional de Talento Humano en Salud en el parágrafo 1 del artículo 6 del proyecto. Por lo anterior, dado que el Consejo Nacional de Talento Humano en Salud ya había sido creado en 1992, que ni los artículos 4, 5 y 7, ni los párrafos 1, y 2 del artículo 6 del Proyecto de Ley No. 024 de 2004 Senado, 404 de 2005 Cámara alteran la adscripción de ese organismo asesor, y que la participación de particulares en el Consejo no altera su naturaleza, resultan infundadas las objeciones presidenciales a estos artículos.

Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo)

- DERECHOS DE LAS PERSONAS ANTE LAS AUTORIDADES.
- PROHIBICIONES
- DEBER DE APLICACIÓN UNIFORME DE LAS NORMAS Y LA JURISPRUDENCIA
- FORMACIÓN Y EXAMEN DE EXPEDIENTES
- CORRECCIÓN DE IRREGULARIDADES EN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

Artículo 1º. Finalidad de la parte primera. Las normas de esta Parte Primera tienen como finalidad proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía de los intereses generales, la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración, y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares.

DERECHOS DE LAS PERSONAS ANTE LAS AUTORIDADES.

ARTÍCULO 5. DERECHOS DE LAS PERSONAS ANTE LAS AUTORIDADES. En sus relaciones con las autoridades toda persona tiene derecho a:

1. Presentar peticiones en cualquiera de sus modalidades, verbalmente, o por escrito, o por cualquier otro medio idóneo y sin necesidad de apoderado, así como a obtener información y orientación acerca de los requisitos que las disposiciones vigentes exijan para tal efecto.

Las anteriores actuaciones podrán ser adelantadas o promovidas por cualquier medio tecnológico o electrónico disponible en la entidad, aún por fuera de las horas de atención al público.

2. Conocer, salvo expresa reserva legal, el estado de cualquier actuación o trámite y obtener copias, a su costa, de los respectivos documentos.

3. Salvo reserva legal, obtener información que repose en los registros y archivos públicos en los términos previstos por la Constitución y las leyes.

4. Obtener respuesta oportuna y eficaz a sus peticiones en los plazos establecidos para el efecto.

5. Ser tratado con el respeto y la consideración debida a la dignidad de la persona humana.

6. Recibir atención especial y preferente si se trata de personas en situación de discapacidad, niños, niñas, adolescentes, mujeres gestantes o adultos mayores, y en general de personas en estado de indefensión o de debilidad manifiesta de conformidad con el artículo 13 de la Constitución Política.

7. Exigir el cumplimiento de las responsabilidades de los servidores públicos. A formular alegaciones y aportar documentos u otros elementos de prueba en cualquier actuación administrativa en la cual tenga interés, a que dichos documentos sean valorados y tenidos en cuenta por las autoridades al momento de decidir y a que estas le informen al interviniente cuál ha sido el resultado de su participación en el procedimiento correspondiente.

9. Cualquier otro que le reconozca la Constitución y las leyes.

PROHIBICIONES

ARTÍCULO 9o. PROHIBICIONES. A las autoridades les queda especialmente prohibido:

1. Negarse a recibir las peticiones o a expedir constancias sobre las mismas.
2. Negarse a recibir los escritos, las declaraciones o liquidaciones privadas necesarias para cumplir con una obligación legal, lo cual no obsta para prevenir al peticionario sobre eventuales deficiencias de su actuación o del escrito que presenta.
3. Exigir la presentación personal de peticiones, recursos o documentos cuando la ley no lo exija.
4. Exigir constancias, certificaciones o documentos que reposen en la respectiva entidad.
5. Exigir documentos no previstos por las normas legales aplicables a los procedimientos de que trate la gestión o crear requisitos o formalidades adicionales de conformidad con el artículo 84 de la Constitución Política.
6. Reproducir actos suspendidos o anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cuando no hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión.
7. Asignar la orientación y atención del ciudadano a personal no capacitado para ello.
8. Negarse a recibir los escritos de interposición y sustentación de recursos.
9. No dar traslado de los documentos recibidos a quien deba decidir, dentro del término legal.
10. Demorar en forma injustificada la producción del acto, su comunicación o notificación.
11. Ejecutar un acto que no se encuentre en firme.
12. Dilatar o entrabar el cumplimiento de las decisiones en firme o de las providencias judiciales.
13. No hacer lo que legalmente corresponda para que se incluyan dentro de los presupuestos públicos apropiaciones suficientes para el cumplimiento de las sentencias que condenen a la administración.
14. No practicar oportunamente las pruebas decretadas o denegar sin justa causa las solicitadas.
15. Entrabar la notificación de los actos y providencias que requieran esa formalidad.
16. Intimidar de alguna manera a quienes quieran acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para el control de sus actos.

DEBER DE APLICACIÓN UNIFORME DE LAS NORMAS Y LA JURISPRUDENCIA

ARTÍCULO 10. DEBER DE APLICACIÓN UNIFORME DE LAS NORMAS Y LA JURISPRUDENCIA. <Artículo CONDICIONALMENTE exigible> Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

FORMACIÓN Y EXAMEN DE EXPEDIENTES

ARTÍCULO 36. FORMACIÓN Y EXAMEN DE EXPEDIENTES. Los documentos y diligencias relacionados con una misma actuación se organizarán en un solo expediente, al cual se acumularán, con el fin de evitar decisiones contradictorias, de oficio o a petición de interesado, cualesquiera otros que se tramiten ante la misma autoridad.

◊ Si las actuaciones se tramitaren ante distintas autoridades, la acumulación se hará en la entidad u organismo donde se realizó la primera actuación. Si alguna de ellas se opone a la acumulación, podrá acudir, sin más trámite, al mecanismo de definición de competencias administrativas.

◊ Con los documentos que por mandato de la Constitución Política o de la ley tengan el carácter de reservados y obren dentro de un expediente, se hará cuaderno separado.

◊ Cualquier persona tendrá derecho a examinar los expedientes en el estado en que se encuentren, salvo los documentos o cuadernos sujetos a reserva y a obtener copias y certificaciones sobre los mismos, las cuales se entregarán en los plazos señalados en el artículo 14.

CORRECCIÓN DE IRREGULARIDADES EN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

ARTÍCULO 41. CORRECCIÓN DE IRREGULARIDADES EN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA. La autoridad, en cualquier momento anterior a la expedición del acto, de oficio o a petición de parte, corregirá las irregularidades que se hayan presentado en la actuación administrativa para

ajustarla a derecho, y adoptará las medidas necesarias para concluirla.

Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso)

- INMEDIACIÓN
- DEBIDO PROCESO
- AUDIENCIAS Y DILIGENCIAS
- DEBERES DEL JUEZ
- AUDIENCIAS Y DILIGENCIAS
- EXAMEN DE LOS EXPEDIENTES
- RETIRO DE EXPEDIENTES
- CONTROL DE LEGALIDAD

Artículo 1°. Objeto. Este código regula la actividad procesal en los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios. Se aplica, además, a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes.

Artículo 6°. Inmediación. El juez deberá practicar personalmente todas las pruebas y las demás actuaciones judiciales que le correspondan. Solo podrá comisionar para la realización de actos procesales cuando expresamente este código se lo autorice. Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido respecto de las pruebas extraprocesales, las pruebas trasladadas y demás excepciones previstas en la ley.

Artículo 14. Debido proceso. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones previstas en este código. Es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Artículo 36. Audiencias y diligencias. Las audiencias y diligencias que realicen los jueces colegiados serán presididas por el ponente, y a ellas deberán concurrir todos los magistrados que integran la Sala, so pena de nulidad.

Artículo 42. Deberes del juez. Son deberes del juez:

1. Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, presidir las audiencias, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y dilación del proceso y procurar la mayor economía procesal.

2. Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este código le otorga.
3. Prevenir, remediar, sancionar o denunciar por los medios que este código consagra, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal.
4. Emplear los poderes que este código le concede en materia de pruebas de oficio para verificar los hechos alegados por las partes.
5. Adoptar las medidas autorizadas en este código para sanear los vicios de procedimiento o precaverlos, integrar el litisconsorcio necesario e interpretar la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto. Esta interpretación debe respetar el derecho de contradicción y el principio de congruencia.
6. Decidir aunque no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquella sea oscura o incompleta, para lo cual aplicará las leyes que regulen situaciones o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional, la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del derecho sustancial y procesal.
7. Motivar la sentencia y las demás providencias, salvo los autos de mero trámite.
La sustentación de las providencias deberá también tener en cuenta lo previsto en el artículo 7 sobre doctrina probable.
8. Dictar las providencias dentro de los términos legales, fijar las audiencias y diligencias en la oportunidad legal y asistir a ellas.
9. Guardar reserva sobre las decisiones que deban dictarse en los procesos. El mismo deber rige para los empleados judiciales.
10. Presidir el reparto de los asuntos cuando corresponda.
11. Verificar con el secretario las cuestiones relativas al proceso y abstenerse de solicitarle por auto informe sobre hechos que consten en el expediente.
12. Realizar el control de legalidad de la actuación procesal una vez agotada cada etapa del proceso.
13. Usar la toga en las audiencias.
14. Usar el Plan de Justicia Digital cuando se encuentre implementado en su despacho judicial.
15. Los demás que se consagren en la ley.

ARTÍCULO 107. AUDIENCIAS Y DILIGENCIAS. Las audiencias y diligencias se sujetarán a las siguientes reglas:

1. Iniciación y concurrencia. Toda audiencia será precedida por el juez y, en su caso, por los magistrados que conozcan del proceso. La ausencia del juez o de los magistrados genera la nulidad de la respectiva actuación. Sin embargo, la audiencia podrá llevarse a cabo con la presencia de la mayoría de los magistrados que integran la Sala, cuando la ausencia obedezca a un hecho constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito. En el acta se dejará expresa constancia del hecho constitutivo de aquel.

Las audiencias y diligencias se iniciarán en el primer minuto de la hora señalada para ellas, aun cuando ninguna de las partes o sus apoderados se hallen presentes.

Las partes, los terceros intervinientes o sus apoderados que asistan después de iniciada la audiencia o diligencia asumirán la actuación en el estado en que se encuentre al momento de su concurrencia.

(...)

PARÁGRAFO PRIMERO. Las partes y demás intervinientes podrán participar en la audiencia a través de videoconferencia, teleconferencia o por cualquier otro medio técnico, siempre que por causa justificada el juez lo autorice.

ARTÍCULO 123. EXAMEN DE LOS EXPEDIENTES. Los expedientes solo podrán ser examinados:

1. Por las partes, sus apoderados y los dependientes autorizados por estos de manera general y por escrito, sin que sea necesario auto que los reconozca, pero solo en relación con los asuntos en que aquellos intervengan.
 2. Por los abogados inscritos que no tengan la calidad de apoderados de las partes. Estos podrán examinar el expediente una vez se haya notificado a la parte demandada.
 3. Por los auxiliares de la justicia en los casos donde estén actuando, para lo de su cargo.
 4. Por los funcionarios públicos en razón de su cargo.
 5. Por las personas autorizadas por el juez con fines de docencia o de investigación científica.
 6. Por los directores y miembros de consultorio jurídico debidamente acreditados, en los casos donde actúen.
- Hallándose pendiente alguna notificación que deba hacerse personal-

mente a una parte o a su apoderado, estos solo podrán examinar el expediente después de surtida la notificación.

ARTÍCULO 124. RETIRO DE EXPEDIENTE. Mientras esté en trámite el proceso el expediente no podrá ser retirado del juzgado. El informe requerido por autoridad competente sobre una actuación judicial, no podrá sustituirse por la remisión del expediente.

ARTÍCULO 132. CONTROL DE LEGALIDAD. Agotada cada etapa del proceso el juez deberá realizar control de legalidad para corregir o sanear los vicios que configuren nulidades u otras irregularidades del proceso, las cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes, sin perjuicio de lo previsto para los recursos de revisión y casación.

Ley 1751 de 2015 (Ley Estatutaria de Salud)

<> DERECHOS Y DEBERES DE LAS PERSONAS, RELACIONADOS CON LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD. <>AUTONOMÍA PROFESIONAL

DERECHOS Y DEBERES DE LAS PERSONAS, RELACIONADOS CON LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD.

Artículo 10. Derechos y deberes de las personas, relacionados con la prestación del servicio de salud. Las personas tienen los siguientes derechos relacionados con la prestación del servicio de salud: g) **A que la historia clínica sea tratada de manera confidencial y reservada y que únicamente pueda ser conocida por terceros, previa autorización del paciente o en los casos previstos en la ley, ya poder consultar la totalidad de su historia clínica en forma gratuita y a obtener copia de la misma;**

AUTONOMÍA PROFESIONAL

Artículo 17. Autonomía profesional. Se garantiza la autonomía de los profesionales de la salud para adoptar decisiones sobre el diagnóstico y tratamiento de los pacientes que tienen a su cargo. Esta autonomía será ejercida en el marco de esquemas de autorregulación, la ética, la racionalidad y la evidencia científica. Se prohíbe todo constreñimiento, presión o restricción del ejercicio profesional que atente contra la autonomía de los profesionales de la salud, así como cualquier abuso en el ejercicio profesional que atente

contra la seguridad del paciente. **La vulneración de esta disposición será sancionada por los tribunales u, organismos profesionales competentes y por los organismos de inspección, vigilancia y control** en el ámbito de sus competencias. Parágrafo. Queda expresamente prohibida la promoción u otorgamiento de cualquier tipo de prebendas o dádivas a profesionales y trabajadores de la salud en el marco de su ejercicio laboral, sean estas en dinero o en especie por parte de proveedores; empresas farmacéuticas, productoras, distribuidoras o comercializadoras de medicamentos o de insumos, dispositivos y/o equipos médicos o similares.

LA RESERVA DE LA HISTORIA CLÍNICA Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD

Dr. Rocío Gómez Gallego
Presidenta Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia

INTRODUCCIÓN

La problemática del acto médico documental es de realce en la actualidad por su elaboración, su contenido, su custodia y, de manera particular, por los problemas éticos y jurídicos que se deslindan del acceso a estos documentos pues cuando se violentan el sigilo sobre y la reserva de esos datos se fracturan las garantías establecidas y reconocidas en nuestra Constitución Política.

Lo anterior es trascendente puesto que las decisiones del Alto Tribunal Constitucional que conlleven un cambio significativo en la teoría de la reserva de la historia clínica, en virtud de los derechos a la verdad y al acceso de la justicia, pasan de unas limitaciones en cuanto a quienes pueden conocerla, cuando el interesado ha fallecido o se encuentra en estado grave de salud, a una nueva tendencia en la cual se reconoce la posibilidad de acceder a la historia clínica, al núcleo familiar más cercano del paciente pero cumpliendo con unos requisitos legales establecidos en las mismas jurisprudencias.

El presente trabajo invita a deliberar acerca del papel significativo que tiene la reserva de la historia clínica y su relación con el derecho a la intimidad, en el ejercicio de la profesión médica, a la luz de la *lex artis*, de la Ley de Ética Médica o la Ley 23-81, su Decreto Reglamentario 3380 del mis-

* Médica Pediatra. Universidad de Antioquia. Medellín
Magíster en Filosofía con énfasis en Ética
Magister en Bioética
Psicoanalista
Magistrada Presidente Tribunal de Ética Médica de Antioquia
rogomez@une.net.co

mo año, la Resolución 1995-99, la Ley Estatutaria 1581-12 y su Decreto 1377-13 y del análisis de algunas sentencias de la Corte Constitucional relacionadas con la protección de datos sensibles. Estas consideraciones nos permiten tomar posiciones unificadas en torno a la reserva de la historia clínica, dificultades que se presentan a diario en la práctica de los Tribunales de Ética Médica. Con esto se contribuya a la humanización del acto médico dentro del marco constitucional y de los derechos fundamentales.

1. CONCEPTOS BÁSICOS

1.1 Derechos Fundamentales

Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la dignidad humana y dentro de sus fines está garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. El sujeto, razón y fin de la Constitución de 1991 es la persona, es el ser humano en toda su dimensión social, individuo-comunidad.¹ Es a partir del ser humano, de su dignidad, su personalidad jurídica y su desarrollo que adquieren sentido los derechos, las garantías y los deberes.²

En Colombia los derechos humanos fueron consagrados en la Constitución, denominados derechos fundamentales, sin los cuales no se concibe al ser humano. Los derechos humanos son **inherentes** a todas las personas, sin ningún tipo de discriminación, son **universales, interrelacionados, interdependientes e indivisibles**. Los derechos fundamentales son reconocidos por el orden jurídico como valiosos. La Constitución en distintas jurisprudencias les reitera y asigna un nivel reforzado de protección o garantía muy superior al otorgado a otras situaciones de legítima prerrogativa individual.³ Estas potestades habitualmente están contempladas en la ley y garantizadas por ella, por medio de los tratados, el derecho internacional consuetudinario, los principios generales, entre otros.

1.2 Dignidad Humana

Para definir la dignidad, es necesario apoyarse en la filosofía y señalar el Principio de Humanidad enunciado por Kant, el cual reza así:

¹ Sentencia T-002-92. Magistrado Ponente Dr Alejandro Martínez Caballero

² *Ibidem*

³ Chinchilla Herrera Tulio Elí. ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales. Bogotá. Editorial Temis. 1999, p. 3

*“El hombre es fin en sí mismo y no solamente medio”*⁴

En consecuencia, la dignidad representa el carácter de fin en sí mismo y no solamente un medio para otros fines. Este es el principio de la no instrumentación del ser humano. Fin en sí mismo quiere decir que el ser humano no puede ser usado como un objeto o instrumento, sino que es una persona merecedora de respeto en tanto concepto universal, para todos los seres de la palabra. De acuerdo con la teoría kantiana, el hombre fin moral en sí no tiene precio sino dignidad, este es su valor intrínseco y universal sin equivalente y sin intercambio⁵.

El concepto de la dignidad está ligado al significado de la persona humana y simboliza el deber y el respeto a sí mismo. Igualmente está articulado con los conceptos de autonomía y libertad. Por ende, todos los seres humanos son personas y, por consiguiente, les es inherente su dignidad. Así, la dignidad es lo que cada ser racional valora de sí mismo y, es también, lo que debe reconocer y respetar en los otros.⁶ Esta propuesta kantiana es paradigma de la noción moderna de la dignidad humana, ocupa un lugar trascendental en las sociedades pluralistas y democráticas, refleja principios básicos de convivencia, es el principio fundante del ordenamiento jurídico y del Estado y es un derecho fundamental. Este principio no es solo una declaración ética sino una norma jurídica de carácter vinculante con todas las autoridades. Su consagración como valor fundante y constitutivo del orden jurídico obedeció a la necesidad histórica de que el conglomerado social se comprometiera con la defensa y el respeto de los derechos fundamentales.⁷

1.3 Derecho a la intimidad personal y familiar

En dicha gama de derechos, está el derecho a la intimidad como un derecho fundamental que permite a las personas manejar su propia existencia con el mínimo de entrometimientos exteriores y está consagrado en el Artículo 15 de la Constitución Colombiana, así:

“Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar...”

⁴ Kant I. Fundamentación de la metafísica de las costumbres. México: Porrúa; 1983, p. 43-44

⁵ *Ibidem*

⁶ Gómez Gallego Rocio. La dignidad humana en el proceso salud-enfermedad. Bogotá: Universidad del Rosario; 2008, p. 40-46

⁷ Sentencia T 499-92. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

Es un derecho general, absoluto, extrapatrimonial, inalienable e imprescriptible, que se hace valer frente al Estado y los particulares, es decir, erga omnes. Como consecuencia de lo anterior, toda persona, solo por serlo, es titular a priori del derecho a la intimidad y, por lo tanto, es la única legitimada para permitir la divulgación de los datos concernientes a su vida privada.

La exhibición pública o comunicación de hechos que la persona desea y tiene derecho a mantener en secreto, esto es, su vida privada, constituye primariamente un ataque a su intimidad, una agresión contra la dignidad. A su vez, la afectación a la intimidad puede tener secundariamente efectos sobre el buen nombre y el honor, e incluso sobre su derecho a la imagen, en la medida en que la persona puede sentir que el respeto y la consideración de los otros se han visto menguados, debido a la revelación de esos datos íntimos, que algunos pueden juzgar indignos.⁸

1.4 Derecho al buen nombre

El Artículo 15 de la Constitución Política también consagra el derecho al buen nombre. Este es aquella parte de la propia percepción y valoración, el honor en términos jurídicos, que se presenta a los demás, como imagen cierta de la persona con la cual se relacionan.⁹

En cuanto al derecho al buen nombre, la Corte lo ha definido como:

“...la reputación, o el concepto que de una persona tienen los demás”¹⁰

El buen nombre puede ser vulnerado también por los particulares, como lo reconoció la sentencia T-1095-07¹¹:

“La vulneración del derecho al buen nombre puede provenir de una autoridad pública, pero es incuestionable que algunos comportamientos de particulares llegan también a afectarlo...”

⁸ Sentencia T-222-92. Magistrado Ponente Dr. Ciro Angarita Barón

⁹ Sentencia T-412-92 Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero

¹⁰ T-405-07 Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño. También las sentencias T-977-99, C-498-02 Magistrado Ponente. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

¹¹ Sentencia T-1095-07 Magistrado Ponente Dr. Nilson Pinilla Pinilla

La Corte ha indicado que las “expresiones ofensivas o injuriosas”¹² así como informaciones falsas o erróneas que distorsionan el concepto público de una persona, lesionan este derecho, entendido como expresión de la reputación o la fama que tiene una persona¹³. Cuando se pone en conocimiento de información reservada a quien no está autorizado para conocerla, se vulnera el derecho al buen nombre de la persona sobre la cual versa la información indebidamente difundida.¹⁴

1.5 Derecho a la honra

El Artículo 21 de la Constitución Política, consagra:

“Se garantiza el derecho a la honra. La Ley señalará la forma de su protección.”

El derecho a la honra se ejercita, gozando del reconocimiento que los demás hacen de lo que somos y hacemos. Es lo que perciben y valoran los demás de nosotros a partir de lo cual fijan las expectativas sobre nuestra conducta, pero esto es independientemente de cómo quisiéramos que se nos viesen.¹⁵

La honra de todas las personas tiene un contenido mínimo consagrado en el Artículo 1° de la Constitución de 1991; es decir, en toda persona se supone la dignidad requerida para ser titular de los derechos y garantías reconocidas por la Constitución, por el solo hecho de pertenecer a la especie humana.¹⁶

Sobre la honra, la Corte ha determinado:

“Es un derecho que debe ser protegido con el fin de no menoscabar el valor intrínseco de los individuos frente a la sociedad y frente a sí mismos, y garantizar la adecuada consideración y valoración de las personas dentro de la colectividad”¹⁷.

¹² En la Sentencia SU-082-95 Magistrado Ponente. Jorge Arango Mejía. La Corte hizo una relación de la jurisprudencia en torno al concepto y los alcances de los derechos al buen nombre y a la honra

¹³ T-405-07 Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño

¹⁴ Sentencia T-413-93 Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz

¹⁵ Ibidem

¹⁶ Ibidem

¹⁷ Sentencia T-411-95 Magistrado Ponente. Dr. Alejandro Martínez Caballero

El uso de información indebidamente difundida, para alterar la apreciación de terceros sobre la persona objeto de ella, viola su derecho a la honra.¹⁸

1.6 La historia clínica, el derecho a la intimidad y el secreto profesional

La historia clínica es un documento privado sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por el paciente y la institución y, de manera excepcional, por un tercero. Además, es el único archivo o banco de datos donde reposan legítimamente todas las atenciones, valoraciones, pruebas, procedimientos, intervenciones diagnósticos, recomendaciones realizados por los médicos y el personal de salud al paciente. Los datos allí consignados forman parte de la esfera íntima de la persona, son bienes jurídicos de especial protección y son depositarios de la información ineludible para la adecuada atención en la salud.

El titular de la historia clínica es el propio paciente quien goza del derecho de acceso a ese expediente. Si se le niega dicho acceso, se viola el derecho a la salud del peticionario, en cuanto es necesaria la expedición del documento en mención para conocer los datos concernientes a su estado de salud.¹⁹ Los datos del paciente consignados en la historia clínica están protegidos por el derecho a la intimidad del cual es su titular y desde la vertiente médica, por el secreto profesional. El médico y los demás profesionales y auxiliares o cualquier otra persona que por sus funciones tenga acceso a la historia clínica tienen la obligación de mantener el secreto sobre los datos que en ella aparecen. En igual sentido, las personas tienen derecho a mantener en reserva la información relacionada con su estado de salud. El derecho a la intimidad en materia médica, explica que el ordenamiento prevea instituciones como la inviolabilidad del secreto médico y de la historia clínica, tal como lo ha reiterado la Corte en varias ocasiones.

La protección de la reserva de la documentación clínica se encuentra cimentada en la dignidad humana y en la autonomía de las personas porque la divulgación de ciertas informaciones sobre la situación clínica de una persona puede someterla a discriminaciones y obstaculizar su libre desarrollo. En consecuencia, la circulación de los datos clínicos de una persona requiere de su consentimiento expreso. No

¹⁸ Sentencia T-413-93 Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz

¹⁹ Sentencia T-275-05. Magistrado Ponente Dr Humberto Antonio Sierra Porto

obstante, hay excepciones donde se ven afectados o en peligro los derechos fundamentales de terceros. Esto podría justificar una injerencia en esa esfera íntima de la persona siempre y cuando se cumplan unos requisitos constitucionales que se verán más adelante. Si se difunden conceptos acerca de la salud de una persona para hacer público lo que está reservado, se viola la reserva legal de la historia clínica y sus derechos constitucionales a la intimidad, buen nombre, honra.²⁰

2. ALCANCE ÉTICO-JURÍDICO DE ALGUNAS SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional fincó que el derecho a la intimidad, el cual se deduce de la dignidad humana y del natural instinto de toda persona a la libertad, la autonomía y la autoconservación, “**protege el ámbito privado del individuo y de su familia como el núcleo humano más próximo**”²¹. Entonces, el individuo y su familia pueden reclamar consideración particular y pública para su interioridad, lo cual se traduce en:

*“...privación de conocimiento e injerencia en la esfera reservada que les corresponde y que está compuesta por asuntos, problemas, situaciones y circunstancias de su exclusivo interés...”*²².

Lo anterior significa que la esfera reservada no hace parte del dominio público y, por tanto, no puede ser materia de información suministrada a terceros, de la intervención o análisis de grupos humanos ajenos ni de divulgaciones o publicaciones.

En síntesis, a partir del desarrollo jurisprudencial constitucional, el derecho a la intimidad, es considerado un elemento esencial del ser, está referido a ese ámbito privado que no puede ser invadido por los demás miembros de la comunidad ni por el Estado. Por ello cada uno de los miembros de la familia puede demandar el respeto a su identidad y privacidad personal. El derecho a la intimidad, en paralelo con derechos como al libre desarrollo de la personalidad y la libertad de conciencia, permite a las personas ampliar y fortalecer su condición de seres libres y autónomos, presupuesto esencial en un Estado Democrático como es Colombia.

²⁰ Sentencia T-413-93 Magistrado Ponente Dr Carlos Gaviria Díaz

²¹ Sentencia T-261-95 Magistrado Ponente Dr. Jose Gregorio Hernandez Galindo

²² Sentencia T-261-95. Magistrado Ponente Dr. Jose Gregorio Hernandez Galindo, Sentencia C-640-10 Magistrado Ponente Dr Mauricio González Cuervo

La protección de esa esfera inmune a la intrusión de los otros, incluido el Estado, como prerrequisito para la construcción de la autonomía individual, tiene que ser jurídicamente relevante por medio de los mecanismos constitucionales de protección los cuales se extienden a todas las personas amparadas por la Constitución, sin importar su raza o clase social. Conforme a lo expuesto, ese espacio personal y ontológico, sólo puede ser objeto de limitaciones para guarda de un interés general que responda a los presupuestos establecidos por el Artículo 1° de la Constitución.

2.1 Principios que orientan la garantía al derecho a la intimidad, buen nombre, honra, personalidad

La sentencia T-787-04 recogió cinco principios y los reiteró en distintas sentencias, entre ellas la C-850-13 y T-634-13²³. Estos principios son esenciales de cara a la reserva de la historia clínica, determinan la legitimidad de la intervención pública en las esferas de lo íntimo y sustentan la protección del derecho a la intimidad. Dichos principios se clasifican y explican en los siguientes términos:

2.1.1 Principio de libertad.

Acorde con este, los datos personales de un individuo, solo pueden ser registrados o divulgados con el consentimiento libre, previo, expreso o tácito del titular, a menos que el ordenamiento jurídico le imponga la obligación de revelar dicha información, para cumplir un objetivo constitucionalmente legítimo. En este sentido, es ilícita la obtención y divulgación de datos personales, sin la previa autorización del titular o en ausencia de un claro y preciso mandato legal.

2.1.2 Principio de finalidad

Este se expresa en la exigencia de someter la recopilación y divulgación de datos a una finalidad constitucionalmente legítima. Lo anterior impide obligar a los ciudadanos a revelar datos íntimos de su vida personal, sin un soporte en la Constitución que, por ejemplo, legitime la cesión de parte de su interioridad en beneficio de la comunidad.

²³ Sentencia T-787-04 Magistrado Ponente Dr Rodrigo Escobar Gil. Sentencia T-634-13 Magistrada Ponente Dra María Victoria Calle Correa

2.1.3 Principio de necesidad

De conformidad con este principio la información personal objeto de divulgación, se limita estrechamente a aquella que guarda relación de conexión con la finalidad pretendida mediante su revelación. En consecuencia, está prohibido el registro y la divulgación de datos que excedan el fin constitucionalmente legítimo.

2.1.4 Principio de veracidad

Adicionalmente, este principio exige que los datos personales autorizados para divulgar correspondan a situaciones reales y, por lo mismo, está prohibida la divulgación de datos falsos o erróneos.

2.1.5 Principio de integridad

Mediante este principio se exige que la información objeto de divulgación debe suministrarse de manera completa para impedir registros y divulgaciones de datos parciales, incompletos o fraccionados.

De acuerdo con el hilo conductor para analizar los problemas ético-jurídicos que se presentan con el acceso a la historia clínica es necesario relacionar las garantías fundamentales ya definidas con el alcance legal de la reserva de la historia clínica. Conservando esta línea, se traen nuevamente a colación el Artículo 34 de la Ley 23-81 concordado con el Artículo 23 del Decreto 3380 del mismo año, el Artículo 1 literal c) y el Artículo 14 de la Resolución 1995-99, donde se señalan el carácter privado, el acceso a la información y la protección del documento clínico en cuestión; además, quienes conforman el equipo de salud y quienes evalúan la calidad de los servicios prestados, así:

La LEY 23-81 con relación a la historia clínica dispone lo siguiente:

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.*

Concordado con el Decreto 3380 de 1981. Art. 23.- El conocimiento que de la historia clínica tengan los auxiliares del médico o de la institución

en la cual este labore, no son violatorios del carácter privado y reservado de esta.

La RESOLUCIÓN 1995 de 1999 regla lo siguiente:

Artículo 1. Definiciones

a...

b...

c Equipo de Salud. Son los Profesionales, Técnicos y Auxiliares del área de la salud que realizan la atención clínico asistencial directa del Usuario y los Auditores Médicos de Aseguradoras y Prestadores responsables de la evaluación de la calidad del servicio brindado.

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 procedentes, debiendo en todo caso, mantenerse la reserva legal.

Ha de notarse que desde la jurisprudencia el alcance de la reserva de la historia clínica ha evolucionado. En un principio establecía rigurosamente que la reserva de la historia clínica era oponible a los familiares de la persona fallecida que solicitaban su consulta por razones principalmente patrimoniales, entendiendo que el derecho a la consulta no hacía parte de los derechos que se transmiten a los herederos del causante. Con posterioridad, encontré situaciones en las cuales resultaba constitucionalmente necesario autorizar el acceso de los familiares a la historia clínica de la persona gravemente enferma o fallecida que no había dado la correspondiente autorización.

En atención a la Sentencia T-596-04²⁴ el Alto Tribunal fijó que hay circunstancias en las cuales los familiares tienen derecho de acceder a dicha

²⁴ Sentencia T-596-04 Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa

información y en la T-834-06 avanzó para aceptar que primaban sobre el derecho a la intimidad de la persona fallecida, los derechos fundamentales de acceso a la justicia e información del pariente cercano. La Corte enriqueció el concepto con relación a la reserva de la historia clínica y el derecho fundamental a la intimidad, para reconocer lo siguiente:

“algunos casos la historia clínica no es solo un documento privado objeto de reserva, sino la única prueba sobre los tratamientos médicos recibidos por la titular de la misma”.²⁵

En la referida sentencia la Corte le asignó valor al derecho “a la verdad” de las personas que han sido perjudicadas por la muerte de un familiar y al derecho de acceder a los documentos en los cuales se da cuenta de las circunstancias de la muerte.

Se continúa con la evolución del alcance de la reserva de la historia clínica. En la sentencia T-158A-08, la Corte concluyó que cuando el paciente titular de la historia clínica fallece:

“el carácter reservado del documento se mantiene frente a terceros que no tienen un interés legítimo para conocer su contenido pero no frente a sus familiares más cercanos”.²⁶

El Alto Tribunal Constitucional definió que el derecho de acceso de los familiares más cercanos (padres, hijos, hermanos, cónyuge y compañero o compañera permanente), a esta información encuentra sustento en el derecho a la intimidad familiar, derecho a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que murió su ser querido y el derecho a la vida en condiciones dignas (en el sentido de tranquilidad moral y mental).

En todo caso, se condicionó que:

“los familiares cercanos deben comprometerse a guardar la reserva de la información médica en todo aquello que no sea estrictamente necesario para el ejercicio o la garantía de sus derechos fundamentales”.²⁷

En la Sentencias T-303-08 y T-343-08, la Corte estableció lo siguiente:

²³ Sentencia T-834-06 Magistrado Ponente Dr. Nilson Pinilla Pinilla

²⁴ Sentencia T-158 A-08 Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil

²⁵ Sentencia T-1137-08 Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño

“cuando el paciente muere surgen derechos de orden familiar que deben ser protegidos con fundamento en el derecho a obtener la verdad sobre las causas y motivos de la muerte de un ser querido y además con base en el derecho a la intimidad de orden familiar”.²⁸

En resumen, existen casos en los cuales la historia clínica debe ser entregada a los familiares, sin previa autorización; en consecuencia se requiere que se satisfagan los siguientes requisitos reiterados por la Corte en las sentencias T-158 A-08, T-303-08, T- 343-08, T-837-08, T-119-09.²⁹

- a) La persona que eleva la solicitud deberá demostrar que el fallecimiento del paciente.
- b) El interesado deberá acreditar la condición de padre, madre, hijo o hija, cónyuge o compañero o compañera permanente con relación al titular de la historia clínica, ya que la regla aquí establecida sólo es predecible de los familiares más próximos del paciente.
- c) El peticionario deberá expresar las razones por las cuales demanda el conocimiento de dicho documento, sin que, la entidad de salud o la autorizada para expedir el documento pueda negar la solicitud por no encontrarse conforme con dichas razones. Por medio de esta exigencia se busca que el interesado asuma algún grado de responsabilidad en la información que solicita, no frente a la institución de salud sino, principalmente, frente al resto de los miembros del núcleo familiar, ya que debe recordarse que la información contenida en la historia clínica de un paciente que fallece está reservada debido a la necesidad de proteger la intimidad de una familia y no de uno solo de los miembros de ella.
- d) Finalmente y por lo expuesto en el literal anterior, debe recalarse que quien acceda a la información de la historia clínica del paciente por esta vía no podrá hacerla pública, ya que el respeto por el derecho a la intimidad familiar de sus parientes exige que esa información se mantenga reservada y alejada del conocimiento general de la sociedad. Lo anterior, implica que no es posible hacer circular los datos obtenidos y que estos solamente podrán ser utilizados para satisfacer las razones que motivaron la solicitud.

²⁸ Sentencia T-303-08 Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Sentencia T-343-08. Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández

²⁹ Sentencia T-119-09 Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández

Acreditado el cumplimiento de estos requisitos, la institución prestadora de servicios de salud o la autoridad médica, no puede alegar, para no permitir el acceso a dicho documento, el carácter reservado del mismo. En estos casos, señaló la Corte Constitucional, las entidades mencionadas deben inaplicar lo dispuesto en la Ley 23-81 y la Resolución 1995-99, para aplicar directamente los derechos fundamentales que se garantizan con el acceso.

Por último se anota que la jurisprudencia de la Corte Constitucional es la que se ha ocupado de analizar las diversas situaciones en torno a la reserva de la historia clínica, pues si bien la Ley 23-81 y su Decreto Reglamentario 3380-81 tratan el tema, es bueno recordar que la citada ley es anterior a la Constitución de 1991, la Resolución 1995-99 no tiene categoría de Ley de la República, razón por la cual no hay un análisis acorde con los problemas vigente. En suma, la historia clínica merece un tratamiento diligente en las circunstancias actuales.

3 ALGUNOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Vale la pena preguntarse entonces ¿cuál sería nuestra posición como Magistrados del Tribunal de Ética Médica ante factores preponderantes de contención como el derecho a la intimidad, el principio de reserva de la historia clínica, el sigilo profesional y el principio de confidencialidad?

1º Problema:

¿Es ético que un médico que estuvo a cargo de la atención de determinado paciente, utilice motu proprio la historia clínica en una causa o litigio suyo?

¿Puede el médico utilizar la historia clínica del paciente como elemento material probatorio en un asunto litigioso a su favor?

¿Puede un médico, ejercer una defensa, consiguiendo la historia clínica de su paciente y presentarla ante la autoridad judicial o administrativa, para que sea valorada a su favor?

Respuesta afirmativa

Algunos podrían manifestar que el médico en un litigio tiene derecho a presentar la historia clínica de su paciente sin autorización del mismo

alegando que lo hace en nombre del Principio de la buena fe y en razón de su defensa. En este caso, se recuerda que por el Principio de la buena fe nadie está autorizado para vulnerar los derechos de los demás.

Respuesta negativa

Acorde con los principios que orientan la garantía del derecho a la intimidad, buen nombre, honra, especialmente el Principio de Libertad, el médico no puede utilizar a motu proprio la historia clínica de un paciente para hacerla pública o hacerla valer en una causa propia. Igualmente, cuando un médico se encuentra en un proceso litigioso con relación a un paciente, asume el papel de parte y pierde legalmente la posibilidad de acceder y utilizar la historia clínica de aquel. El médico tiene derecho a defenderse pero debe obtener las pruebas por medio de la autoridad competente para que esta verifique que existe un objetivo constitucional legítimo que se debe cumplir. Si presenta la historia clínica sin la debida autorización del paciente o de la autoridad competente podría incurrir en una conducta penal señalada en el Artículo 194 del Código Penal (Divulgación y empleo de documentos reservados).

2° Problema

¿Podría un gerente de un hospital presentar una queja ante un Tribunal de Ética Médica cuando observa faltas a la ética por parte de unos médicos que están bajo su cargo, aportando la historia clínica de los pacientes afectados?

Respuesta afirmativa

Algunos podrían dar una respuesta afirmativa manifestando que el gerente sí puede entregar las historias porque los altos funcionarios administrativos de una entidad de salud son garantes de la ética médica, del comportamiento de los médicos bajo su cargo y por tal razón no hay violación de la historia porque el traslado se hace a la autoridad competente.

Respuesta negativa

El funcionario administrativo puede interponer la queja señalando cuáles son las presuntas irregularidades que lo llevan a pensar que hubo un

comportamiento irregular conforme a los parámetros fijados por la Constitución, la ley y las correspondientes jurisprudencias. Del mismo modo debe esperar que la autoridad determine cuáles son las pruebas necesarias, pertinentes y procedentes para llegar a la verdad y que ese ente competente las solicite formalmente.

3° Problema

En un proceso disciplinario ético-profesional, en el cual se investiga la conducta del médico con relación a la atención del paciente A ¿puede el médico investigado aportar las historias clínicas de los pacientes B, C y D para demostrar que prestó atención médica simultánea; es decir, realizó atención a varios pacientes a la vez y con ello justificar su comportamiento con el paciente A?

Respuesta afirmativa

Según el criterio de algunos, el médico sí puede aportar las historias clínicas de otros pacientes atendidos de manera simultánea pues su propósito no es vulnerar la intimidad de los mismos, sino demostrar que en el momento del acto médico cuestionado, también se encontraba atendiendo pacientes de igual o mayor complejidad similares al que motivó la queja.

Respuesta negativa

No debe entregar la historia pues ello vulnera el derecho a la intimidad de los pacientes y, en todo caso, el médico puede sin problema alguno solicitarle a la autoridad que aporte debidamente las pruebas.

A MANERA DE CONCLUSIONES

-La violación de la reserva a la que está sometida la información contenida en la historia clínica vulnera el derecho a la intimidad personal, el derecho al buen nombre y el derecho a la honra.

- La reserva de la historia clínica merece protección constitucional por encontrarse dentro del ámbito de protección del derecho fundamental a la intimidad, consagrado en el Artículo 15 de la Carta Magna.

-Es necesario que el nuevo Código de Ética Médica regule el tema relacionado con el acceso a la historia clínica.

-Desde la jurisprudencia el alcance de la reserva de la historia clínica ha evolucionado, tal como se demuestra en las sentencias ya mencionadas

-Es obligación de los médicos conocer y relacionar las garantías fundamentales del derecho a la intimidad con el alcance legal de la reserva de la historia clínica para contribuir con la humanización del acto médico dentro del marco constitucional y de los derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

Chinchilla Herrera Tulio Elí. ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? Bogotá. Editorial Temis. 1999, 163 p.

Código de Ética Médica Ley 23 de 1981 y su Decreto Reglamentario 3380 de 1981. Bogotá: Ministerio de Salud; 1981.

Constitución Política de Colombia. Leyer Editorial. Vigésima Edición. Bogotá, 2005

Gómez Gallego Rocío. La dignidad humana en el proceso salud-enfermedad. Bogotá: Universidad del Rosario; 2008, p. 40-46.

Gutiérrez Gutiérrez Ignacio. Dignidad de la persona y derechos fundamentales. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S. A. Madrid. 2005

Guzmán Mora Fernando, Franco Delgadillo Eduardo, Saavedra Rojas Edgar. Derecho Médico Colombiano. Elementos Básicos. Responsabilidad Ética Médica Disciplinaria. Tomos I, II, III. Bogotá. Universidad Libre, 2006.

Kant Inmanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres. México: Porrúa; 1983

Ley del Talento humano: Ley 1164 de 2007. Bogotá: Congreso de la República de Colombia; 2007

Ley Estatutaria 1581-12 y su Decreto 1377-2013 Bogotá: Congreso de la República de Colombia.

Resolución Número 1995, julio de 1999, República de Colombia, Bogotá: Ministerio de Salud; 1999

Sánchez Carazo Carmen. La intimidad y el secreto médico. Madrid: Díaz de Santos; 2000.

Sánchez-Caro Jesús, Sánchez-Caro Javier. El médico y la intimidad. Madrid: Díaz de Santos; 2001.

Sánchez-Caro Javier, Abellán Fernando. Derechos y deberes de los pacientes: Ley 41 /2002 de 14 de noviembre: consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas. Granada: Comares; 2003.

Sentencia T-002-92. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero

Sentencia T-222-92. Magistrado Ponente Dr. Ciro Angarita Barón

Sentencia T-412-92 Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero

Sentencia T-499-92. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

Sentencia T-413-93 Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz

Sentencia T-261-95 Magistrado Ponente Dr. Jose Gregorio Hernandez Galindo

Sentencia T-411-95 Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero

Sentencia T-977-99 Magistrado Ponente. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia C-498-02 Magistrado Ponente. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia T-729-02 Magistrado Ponente Dr. Eduardo Montealegre Lynett

Sentencia T-787-04 Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia T-596-04 Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa

Sentencia T-275-05 Magistrado Ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porto

Sentencia T-834-06 Magistrado Ponente Dr. Nilson Pinilla Pinilla

Sentencia T-405-07 Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia T-1095-07 Magistrado Ponente Dr. Nilson Pinilla Pinilla

Sentencia T-158 A-08 Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil

Sentencia T-303-08 Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia T-343-08 Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández

Sentencia T-1137-08 Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño

Sentencia T-119-09 Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández

Sentencia C-640-10 Magistrado Ponente Dr. Mauricio González Cuervo

Sentencia T-427-13 Magistrada Ponente Dra. María Victoria Calle Correa

Sentencia T-634 -13 Magistrada Ponente Dra. María Victoria Calle Correa

Tealdi JC, director. Diccionario Latinoamericano de Bioética. Bogotá: UNESCO: Redbioética: Universidad Nacional de Colombia; 2008.

Tribunal Nacional de Ética Médica. Gaceta Jurisprudencial. Enero 2013. Número Especial. Delitos contra la integridad sexual en el acto médico. Bogotá. 2013

POR QUÉ DEMANDAN LOS PACIENTES?

*Dr. Francisco Pardo Vargas
Magistrado Tribunal Nacional de Ética Médica*

Ante el aumento que se viene presentando de demandas a los médicos por presuntas faltas a la ética profesional, y la inoperancia del artículo 47 de la Ley 23 de 1.981 que dispone: “Es obligatoria la enseñanza de la Ética Médica en las facultades de medicina”, se considera oportuno exponer sucintamente a quienes tienen deberes de magisterio, los principales factores que favorecen la presentación de las demandas.

• POR QUÉ DEMANDAN LOS PACIENTES ?

Porque el paciente considera deficiente justificada o injustificada-
mente la atención prestada por el médico.

Pero esta respuesta, en su sencillez, engloba una serie de circunstancias que compromete a sus actores y por ello es imposible desligar sus actuaciones, las cuales van a confluir en el éxito o en el insuceso del acto médico. De ahí que en el siguiente análisis se tendrán en cuenta las perspectivas tanto del médico como del paciente.

- Ante todo, QUIEN PUEDE DEMANDAR ?
- Una persona privada, generalmente un paciente, quien considera que ha sido trasgredida un norme ética.
- Un representante legal de persona jurídica. Por ejemplo, el director de una institución de salud.
- El representante legal de una entidad pública. Verbigracia el director de un sistema de salud del estado.
- Una autoridad pública. Fiscal, personero, etc.
- Un magistrado de un tribunal de ética, quien hace la denuncia de manera oficiosa¹.

1. ASPECTOS CRÍTICOS EN LA PRESENTACION DE LA DENUNCIA

- Relación médico paciente:
- La implantación de la medicina gerenciada, con el peligro de

¹ Tribunal Nacional de Etia Médica. Gaceta Jurisprudencial junio 2012 página 18.19.

convertir la atención en salud en un negocio, tiende a fracturar la relación del médico con su paciente impidiendo una comunicación adecuada que permita al paciente comprender su estado de salud, y haciendo uso de su autonomía tome una decisión inteligente sobre el tratamiento indicado por el médico.

- Consentimiento informado

Como consecuencia de lo anterior, se facilita cumplir con el requisito del consentimiento informado como acto médico y no como simple trámite administrativo. Una buena comunicación con su médico permitirá al paciente toma una decisión “sustancialmente autónoma” y blindará al médico de reclamos injustificados o mal intencionados.

- Lex Artis

Comprende las reglas de la experiencia decantada de una profesión u oficio, “orienta a través de una serie de normas técnicas y procedimientos que puedan aplicarse en situaciones similares y es experiencia, es estudio, es actualización periódica”. Quien aplique la Lex Artis en su ejercicio profesional tendrá un respaldo científico que lo protegerá de denuncias infundadas².

- Historia Clínica

“La historia clínica tiene además un valor jurídico: convertida en prueba material por orden del juez puede ser la mejor protección del médico contra las reclamaciones o litigios por mala práctica o, por el contrario, la más eficiente pieza condenatoria que se puede esgrimir contra el médico, pues es el testigo más objetivo de la calidad o falta de calidad del trabajo del médico.

1. REQUISITOS DE UN BUEN MÉDICO

Como actor principal en la atención de los pacientes debe tener tres cualidades a saber:

- Pericia: “conocimientos y habilidades necesarias para la atención médica adecuada frente a un caso concreto”
- Diligencia: “hacer lo que se debe hacer cuando se debe hacer”

² Guzmán Mora Fernando. Responsabilidad Ética Médica Disciplinaria. Tomo I pag. 840.

• Prudencia: “manejo adecuado del riesgo” El doctor Edmund Pellegrino define la prudencia como la virtud del conocimiento práctico, la capacidad para la autocrítica moral, la capacidad para en ciertas circunstancias, cual elección moral o curso de acción es el más conducente hacia el bien del agente o la actividad en que el agente está envuelto”.

Como diría Santo Tomas de Aquino, “prudentia est recta ratio agibilium”, una forma recta de actuar, es decir, la prudencia es piedra angular de todas las virtudes, es la guía que permite el recto actuar³.

5. FACTORES SUBJETIVOS QUE MOTIVAN LA DEMANDA

• Ignorancia: este factor se evita si ha existido una buena relación médico paciente en la cual se ha explicado con sencillez y de manera comprensible al interesado sus condiciones de salud, el tratamiento indicado y el pronóstico, requisitos, además, previos para diligenciar el consentimiento informado.

• Engaño: lamentablemente debe incluirse dentro de los factores motivantes de demanda, el engaño al paciente por parte de médicos inescrupulosos que desconociendo que la medicina es una actividad de MEDIOS ofrecen RESULTADOS, con intervenciones desafortunadas que llegan hasta producir lesiones irreparables, ocasionando de paso un grave perjuicio a la dignidad de la profesión.

• Intereses económicos: la pretensión de obtener algún beneficio material de la queja presentada puede detectarse por ciertas características de la denuncia, como el tiempo prologado transcurrido entre la fecha de los hechos y la instauración de la denuncia. A eso se suma una argumentación habilidosa del apoderado que generalmente refleja una ignorancia sobre la esencia del proceso ético médico, el cual, según el autorizado concepto de nuestro asesor jurídico es por naturaleza de derecho público y sus objetivos son eminentemente sociales por lo cual sería inconcebible que el paciente o sus familiares pretendiesen constituirse en parte civil para obtener la indemnización que buscan sobre los posibles perjuicios recibidos. Es hipótesis imposible de concebir porque ni el paciente ni sus familiares pueden pretender convertir el proceso disciplinario en instrumento de presuntos resarcimientos económicos y si estiman haber recibido un perjuicio económico de la asistencia médica, deberán optar por la iniciación de un proceso penal o uno de naturaleza civil o contencioso administrativo.

³ www.unav.es/cbb/dhbcedaarticulo15.1.html.

LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO (IVE) Y EN LA EUTANASIA.¹

Dra. Diana Marcela Hincapié Cetina²
Abogada

La Corte Constitucional con la sentencia de exequibilidad condicionada del artículo 122 del Código Penal Colombiano que tipifica el delito de Aborto³, se ocupó, valga decir como un asunto menor, del ejercicio de la

¹ Ponencia presentada en el Encuentro Nacional de Tribunales de Ética Médica. Bogotá D.C.6/6/15

² Abogada egresada Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Administrativo, Especialista en Derecho Tributario. Magister en Derecho Constitucional y estudiante Doctorado en Derecho Universidad Nacional de Colombia. Profesora en Facultades de Derecho, litigante en responsabilidad médica y consultora del Gobierno Nacional sector salud.

³ El 10 de mayo de 2006 la Corte Constitucional de Colombia al decidir sobre tres demandas de inconstitucionalidad presentadas por cinco ciudadanos, cuatro mujeres y un hombre, contra el capítulo cuarto del Código Penal conformado por los artículos 122, 123, 124 y el 32 numeral 7 de la Ley 599 de 2000, por presuntas violaciones a los derechos a la dignidad, la autonomía reproductiva, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad y la libre determinación, entre otros, declaró en la Sentencia C-355, previas consideraciones sobre la dignidad humana como parámetro para resolver la tensión que se presenta en las normas acusadas, la exequibilidad condicionada del artículo 122 del Código Penal Colombiano que tipificaba el delito de Aborto, despenalizando específicamente, cuando con la voluntad de la mujer la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: "a) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico; b) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; c) Cuando el embarazo, sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto." Sentencia C-355 de 2006. Magistrados ponentes: Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández. Diez (10) de mayo de dos mil seis (2006). Expedientes D-6122, 6123 y 6124.

objección de conciencia de los profesionales de la medicina⁴ como negativa para la práctica del procedimiento de Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE)⁵.

Enlistó quince requisitos para su ejercicio⁶, siendo uno de ellos, el más

⁴ Entendidos como aquellas personas que obtuvieron su título de Médico en una Institución de Educación Superior reconocida legalmente para el efecto y se inscribieron en el registro de prestadores que maneja cada autoridad sanitaria de la entidad territorial donde ejercen su profesión- próximamente Colegio Médico Colombiano por delegación de funciones del Gobierno Nacional-, con base en la normativa vigente Ley 14/62, Decreto 1975/90 y Ley 1164/07.

⁵ En adelante en el texto identificaremos con la sigla IVE, el procedimiento terapéutico denominado Interrupción Voluntaria del Embarazo, como se encuentra definido en la adaptación que efectuó el entonces Ministerio de la Protección Social, hoy Ministerio de Salud y Protección Social, de “Aborto sin riesgos: Guía técnica y de políticas para sistemas de salud. Segunda Edición. Ginebra. OMS, 2012.”, a través de la Resolución 4905 de 2006, así: “INTERRUPCION VOLUNTARIA Y SEGURA DEL EMBARAZO: Es la terminación de una gestación por personal idóneo, usando técnicas asépticas y criterios de calidad que garanticen la seguridad del procedimiento, en instituciones habilitadas conforme al Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud, SOGCS, que cuenta con la voluntad de la mujer, cuando no se incurre en delito de aborto y que corresponde a las siguientes situaciones:...” renglón seguido describe los casos despenalizados por la Corte Constitucional. Sin perjuicio, de la pérdida de vigencia sobreviniente de la misma, por causa de la nulidad declarada por el Consejo del Estado del Decreto 4444 de 2006 que le servía de fuente de competencia.

http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/resolucion_minproteccion_4905_2006.htm.

⁶ “... 2. Los profesionales de la salud en todos los niveles tienen la obligación ética, constitucional y legal de respetar los derechos de las mujeres. 3.- Los médicos o el personal administrativo no puede exigir documentos o requisitos adicionales a los mencionados en el numeral primero, con el fin de abstenerse de practicar o autorizar un procedimiento de IVE. 4.- La objeción de conciencia no es un derecho del que son titulares las personas jurídicas. 5.- La objeción de conciencia es un derecho que solo es posible reconocer a las personas naturales. 6.- La objeción de conciencia debe presentarse de manera individual en un escrito en el que se expongan debidamente los fundamentos. 7.- La objeción de conciencia no puede presentarse de manera colectiva. 8.- La objeción de conciencia debe fundamentarse en una convicción de carácter religioso. 9.- La objeción de conciencia no puede fundamentarse en la opinión del médico en torno a si está o no de acuerdo con el aborto. 10.- La objeción de conciencia no puede vulnerar los derechos fundamentales de las mujeres. 11.- El médico que se abstenga de practicar un aborto con fundamento en la objeción de conciencia tiene la obligación de remitir inmediatamente a la mujer a otro médico que si pueda llevar a cabo el aborto. Y, en el caso de las IPS, éstas deben haber definido previamente cual es el médico que está habilitado para practicar el procedimiento de IVE. 12.- Cuando se presenta objeción de conciencia el aborto debe practicarse por otro médico que esté en disposición de llevar a cabo el procedimiento de IVE, sin perjuicio de que posteriormente se determine si la objeción de conciencia era procedente y pertinente, a través de los mecanismos establecidos por la profesión médica, o en su defecto por el Ministerio de la Protección Social, conforme a las normas pertinentes. 13. El Sistema de Seguridad Social en Salud debe garantizar un número adecuado de proveedores habilitados para prestar los servicios de interrupción del

gravoso, aquél de “...fundamentarse en una convicción de carácter religioso”, lo cual resulta a todas luces contrario a la carta política que pretende defender el supremo tribunal constitucional, por varias razones:

El artículo 18 de la Constitución Política, señala: “*Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia.*”⁷

Si bien a partir del texto podríamos concluir que la prohibición a revelar bajo imposición las convicciones o creencias, es clara, y que el desarrollo constitucional jurisprudencial actual desconoce tal prohibición por cuanto compele a los médicos en ejercicio, que se nieguen a la práctica de un procedimiento de IVE, a manifestar su motivación en convicciones que deben revelar y que estas necesariamente habrán de obedecer a creencias religiosas; intentaré hacerle justicia a la figura jurídica de la objeción de conciencia, haciendo un análisis más profundo.

Así mismo afirmar que en un estado aconfesional como el Colombiano, no resulta ajustado a la Constitución obligar a actuar conforme a confesiones religiosas, que en ejercicio de la Libertad religiosa comporta creer, no creer o descreer, lo que nos permite concluir que quien no profese una religión, no podrá, por tanto, ejercer la objeción de conciencia.

El escenario de tensión que propició la Corte Constitucional, entre los derechos de la mujer gestante y los derechos de quienes ejercen la profesión médica, si se hablara en lenguaje de libertades, entre la libertad reproductiva de la mujer y la libertad de conciencia del(a) médico, consiste en que no se aplicó el mismo test de proporcionalidad entre la autonomía y la dignidad de la mujer, decidiéndose por esta última, lo que se evidencia

embarazo. 14.- Las mujeres tienen derecho al acceso real, oportuno y de calidad al Sistema de Seguridad Social en Salud cuando soliciten la interrupción de su embarazo, en todos los grados de complejidad del mismo. 15.- El Sistema de Seguridad Social en salud no puede imponer barreras administrativas que posterguen innecesariamente la prestación del servicio de IVE. 16.- El incumplimiento de las anteriores previsiones da lugar a la aplicación de las sanciones previstas en el Sistema General de Seguridad.” Ver Sentencia T-209 de 2008. Referencia: expediente T-1673450. Acción de tutela interpuesta Gladys Belén Arias Becerra contra la EPS Coomeva y el Hospital Universitario Erasmo Meoz de Cúcuta. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Veintiocho (28) de febrero de dos mil ocho (2008). Que reproduce el texto contenido en la sentencia C-355 de 2006. Valga señalar que se trata de la misma magistrada ponente.

⁷ <http://www.banrep.gov.co/regimen/resoluciones/cp91.pdf>

en las consideraciones de la Corte en su célebre sentencia, pues, de lo contrario, el test de proporcionalidad se habría planteado en términos de autonomía médica y dignidad en el ejercicio de la profesión, de modo que al darle prevalencia a la dignidad, las excesivas limitaciones a la objeción de conciencia no se habrían dado, menos aún supeditándolas a cuestiones religiosas.

Si bien puede afirmarse que resulta asunto de política pública garantizar la prestación de un servicio de salud como la consistente en la práctica de IVE, que por tanto, cualquier médico en el país⁸ está en la obligación de practicarla, es dable afirmar que resulta muy pesada la carga para los médicos en ejercicio, si debería ser el Estado, no el particular que ejerce su profesión de manera libre, el garante y ejecutor, si se quiere, de esa prestación del servicio. Lo cual atendiendo el modelo español se brindaría a través de IPS de naturaleza pública, donde se minimice la posibilidad de ejercer objeción de conciencia, por cuanto quienes allí se desempeñen conocerán la oferta de servicios.

Incluso tal propuesta funcionaría en nuestro Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) porque identificada la oferta sin restricciones a dichos servicios, en los casos despenalizados por la corte, ya no sería necesario ejercer la objeción de conciencia.

Siguiendo en orden a la distinción de trato de la Corte en su fallo, que generó, por su alto contenido axiológico, discriminación hacia los médicos, otras instancias la perpetuaron. El Congreso de la República intentó fallidamente regular la objeción de conciencia en IVE y hasta la libertad de conciencia, vía ley estatutaria, desde la legislatura 2008-2009⁹, hoy día todos archivados, en uno de esos proyectos se señalaban requisitos

⁸ Cabe acotar que lo deseable sería que el procedimiento IVE sea practicado por un médico especialista en Ginecología y Obstetricia en una Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) con dicho servicio habilitado en los términos del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad- SOGC- pero como no hay oferta suficiente de estos especialistas, serán médicos generales quienes la practiquen en no muy pocas ocasiones

⁹ Proyecto de Ley Estatutaria 115 de 24 de agosto de 2010. Senado. Gacetas 547-883 /2010. Proyecto de Ley Estatutaria 22 de 27 de julio de 2011. Senado. Gaceta 703 de 2011. Proyecto de ley Estatutaria 136 de 21 de septiembre de 2011. Senado Gacetas 703-867-924/2011 y 219 de 2012. Proyecto de ley Estatutaria 3 de 13 de agosto de 2012. Senado. Gacetas 449/2012 y 526/2012. Proyecto de ley Estatutaria 95 de 2012. Senado. Gacetas 544-661 y 877 de 2012 y 065-312 y 377/2013.

de forma del ejercicio de la objeción de conciencia, como surtirla ante Defensor del Pueblo, entre otros trámites burocráticos.

El ejecutivo en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social decidió, en un ejercicio bastante improductivo, reglamentar la jurisprudencia de la Corte, a través de la expedición del Decreto 4444 de 2006, el cual fue demandado en acción de nulidad ante el Consejo de Estado, en el marco de lo cual fue suspendido provisionalmente y posteriormente declarado nulo.¹⁰ Idéntica suerte corrieron las Circulares 58 de 2009 y 03 de 2011¹¹, expedidas por la Superintendencia Nacional de Salud y sin embargo, fueron reproducidas en la Circular 03 de 2013, hoy vigente, a pesar de la prohibición de reproducir el contenido de las circulares ya declaradas nulas.

Siguiendo con el Ejecutivo nos encontramos con el papel los tribunales de pares encargados del control ético disciplinario del profesional médico, o máximas autoridades de escrutinio de conductas de sus pares médicos en el ejercicio y a sus miembros como particulares en ejercicio de función pública y escenario de máxima expresión de autocontrol y autorregulación del ejercicio ético y bioético de la Medicina.

La decisión contenida en la Resolución de fecha once (11) de agosto de 2009 donde el Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas declaró responsable ético disciplinariamente a un médico especialista en Ginecología y Obstetricia en ejercicio y le impuso sanción, basados en la Ley 23 de 1981 (Código de Ética Médica), consistente en la suspensión en el ejercicio de la medicina por un mes, que en Providencia No. 83-09 del 24 de noviembre de 2009, el Tribunal Nacional de Ética Médica la confirmó.

¹⁰ el citado decreto viola el principio de legalidad al ser expedido con desconocimiento del ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional que según se indica el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política sólo le asiste con el fin de lograr la cumplida ejecución de las leyes, y en el caso particular no hay ley preexistente que regule el tema, sino que el Gobierno Nacional en suma reglamentó una sentencia de la Corte Constitucional, así lo señaló el Consejo de Estado en Auto del 15 de octubre de 2009 Sección Primera del Consejo de Estado. Expediente 2008-00256-00 Autoridades Nacionales y sentencia Octubre 2009. Expediente 2008-00256-00

¹¹ Sentencia de veintitrés (23) de mayo de dos mil trece (2013) consejera ponente: María Elizabeth García González radicación número: 11001-03-24-000-2012-00017-00 actor: Hospital Universitario San Ignacio demandado: Superintendencia Nacional de Salud referencia: acción de nulidad.

Efectuada la consulta a las secretarías de los tribunales seccionales de ética médica, no se han adelantado investigaciones, ni producido fallos relacionados con el ejercicio de objeción de conciencia, adicionales a los aquí señalados de la seccional Caldas, que llegó al Tribunal Nacional para decidir recurso de apelación, ni el de la seccional de Santander por orden de la Corte Constitucional en cumplimiento de sentencia T - 209 de 2008.

Sobre la decisión sancionatoria del Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas, confirmada por el Tribunal Nacional de Ética Médica, vale la pena acotar que la Procuraduría General de la Nación coadyuvó solicitud presentada por el médico sancionado ante la Sala Plena de la Corte Constitucional, en el sentido de “dar pronta respuesta sobre la manera en que se han protegido o se pretenden proteger los derechos fundamentales y especialmente el derecho al debido proceso (Art. 29 CP) del Doctor Germán Arango Rojas”, y le propuso como alternativas para ello declarar de oficio la nulidad de la Sentencia T-946 de 2008 o aclarar que ésta no le era oponible al Dr. Germán Arango Rojas.

Siendo esta última la acogida por el alto tribunal, de modo que la Corte Constitucional solicitó al Tribunal Nacional de Ética Médica, dejar sin efectos la sanción ético-disciplinaria que hizo al Dr. Arango Rojas y borrar de sus antecedentes toda referencia a esta sanción, toda vez que estuvo motivada en el equivocado análisis fáctico del caso y en la indebida sanción que hizo la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional en la Sentencia T-946 de 2008 y estuvo fundada en un Decreto del Ministerio de la Protección Social que para el momento de esa decisión ya había sido suspendido por el Consejo de Estado, entre otros (Procuraduría, 2010).

Si retomamos la definición de objeción de conciencia como la acotó la Corte Constitucional, es decir, como un derecho que le asiste a personas naturales de negarse a practicar IVE en los casos señalados por la Corte y en las condiciones establecidas en la sentencia.

O aún la de autores con visión confesional, como el sacerdote jesuita Llano Escobar, la definen como: “Se entiende por Objeción de Conciencia el derecho en conciencia que le asiste a todo ciudadano y a toda institución para declararse impedido para cumplir una ley o la orden de alguna autoridad que le crean la obligación de poner por obra acciones o conductas

contrarias a su conciencia.”¹² *Cursiva fuera de texto.*

Proponemos considerarla como la posibilidad de un profesional en Medicina de negarse en su ejercicio profesional a practicar un aborto o Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE), en los casos señalados por la Corte y motivado por convicciones personales.

Sin embargo, el documento que se elaboró a manera de articulado de reforma de la Ley 23 de 1981, a raíz de la convocatoria que el entonces Ministerio de la Protección Social, efectuó a las organizaciones representativas del gremio médico, para que consensuaran una reforma, tal como lo expresa el médico Juan Mendoza-Vega, miembro del grupo de médicos que participaron en la redacción de una propuesta modificatoria de la Ley 23 de 1981, en su artículo denominado: “Reforma de la Ley de Ética Médica una labor fundamental”¹³

En dicho proyecto, se incorporó un artículo que regularía la objeción de conciencia, así:

“ARTÍCULO 12. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA. Se entiende por Objeción de conciencia la negativa de una persona natural a realizar un acto permitido por la ley, con base en sus convicciones personales.

Cuando un médico tenga objeción de conciencia para practicar un acto médico, deberá manifestarlo en forma clara, de inmediato, verbalmente y dejando registro por escrito, tanto a la persona que solicitó sus servicios como a las entidades involucradas, si es el caso, advirtiéndole que se debe buscar la atención de otro profesional que no tenga tal objeción. El médico objetor no demorará ni interferirá de ningún modo esa remisión.

La objeción de conciencia deberá manifestarse siempre frente a un acto médico concreto, pero no será necesario argumentarla ni someterla a debate o controversia.

¹² Llano Escobar, Alfonso. S.J. Objeción de Conciencia Institucional. Colección monografías Pontificia Universidad Javeriana. Grupo Editorial Ibañez. Bogotá D.C, 2011. P. 27.

¹³ En [http://www.anmdecolombia.net/medicinacompletas/MEDICINA%20Vol%2032%20\(89\)%20Junio%202010.pdf](http://www.anmdecolombia.net/medicinacompletas/MEDICINA%20Vol%2032%20(89)%20Junio%202010.pdf). Pp. 101-103. ISSN: 0120-5498 • MEDICINA (Bogotá) Vol. 32 No. 2 (89) Págs. 101-102 • Junio 2010

Basada en la perspectiva deontológica de Habermas¹⁷ de justicia para todos, pero reconociendo y posicionando como contrapúblico fuerte, en la acepción de Fraser¹⁸, al gremio médico que al ejercer la autonomía de la profesión, la autorregulación y el autocontrol de la misma, podrán jalonar procesos de autogobierno con vocación de permanencia entre los médicos y su dinámica con el Estado.

En consecuencia, se propone hacerle justicia al asunto de la objeción de conciencia de los profesionales de la Medicina en la práctica de IVE, analizando los posibles cauces que permitan reconocerla, posicionarla y posibilitarla como reivindicación de ejercicio digno de la profesión, la misma de que habla la Ley 23 de 1981 o Código de Ética Médica, así:

En su artículo 2° dentro del juramento médico señala: “Ejercer mi profesión dignamente y a conciencia”.¹⁹ En el artículo 6° habilita al médico a rehusar la prestación de sus servicios para actos que sean contrarios a la moral, y cuando existan condiciones que interfieran el libre y correcto ejercicio de la profesión. Y finalmente, en su artículo 54 señala que el médico se atenderá a las disposiciones legales vigentes en el país y a las recomendaciones de la Asociación Médica Mundial, con relación al tema del aborto y la inseminación artificial.

Sobre el particular, en la vigésima cuarta Asamblea General de la Asociación Médica Mundial celebrada en Oslo-Noruega en el año de 1970, enmendada por la trigésimo quinta y quincuagésimo séptima asambleas celebradas en Venecia-Italia en 1983 y Pilanesberg – Sudáfrica en 2006, respectivamente, se señaló lo siguiente frente al procedimiento terapéutico del Aborto:

“(…)

5. Por lo tanto, donde la ley permita el aborto terapéutico, la operación debe ser realizada por un médico competente en la materia y en un lugar aprobado por las autoridades del caso.

¹⁷ Habermas, Jürgen. *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático del derecho en términos de teoría del discurso*. Editorial Trotta. Madrid, España. 1998

¹⁸ Fraser, N. (1997). *Iustitia interrupta. Reflexiones Críticas desde la posición “postsocialista”*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores

¹⁹ <http://www.minsalud.gov.co/Normatividad/LEY%200023%20DE%201981.pdf>

6. Si las convicciones del médico no le permiten aconsejar o practicar un aborto, éste puede retirarse, siempre que garantice que un colega calificado continuará prestando la atención médica.”²⁰

En ese marco legal, si se quiere incorporando la disposición que fue consensuada por distintos actores de las organizaciones médicas, a través de la radicación en Cámara de Representantes o Senado de la República de un proyecto de ley ordinaria modificatorio de la Ley 23 de 1981 o adicionándola, por iniciativa del gremio médico, del cual deberá conceptuar el Ministerio de Salud y Protección Social, pero cuyo concepto no obliga, es que debe surtirse la autorregulación de la objeción de conciencia incluso en materia sanitaria.

Es en este punto es donde finalmente hablo de la objeción de conciencia en eutanasia.

Mediante la expedición de la Resolución 1216 de 2015²¹ el Ministerio de Salud y Protección Social, da cumplimiento a una sentencia de la Corte Constitucional que le ordenó en el término de 30 días, contados a partir de la comunicación de la mencionada sentencia, “*emita una directriz y disponga todo lo necesario para que los Hospitales, Clínicas, IPS, EPS y, en general, prestadores del servicio de salud, conformen el comité interdisciplinario del que trata esta sentencia y cumplan con las obligaciones emitidas en esta decisión.*”²²

Cabe acotar que la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-239 de 1997, consideró que el derecho fundamental a vivir en forma digna implica el derecho fundamental a morir con dignidad y, en dicha determinación, exhortó al Congreso de la República a expedir la regulación respectiva, lo cual no se ha producido.

En el citado acto administrativo se prevé la creación de un Comité Científico-Interdisciplinario para el Derecho a Morir con Dignidad, conformado

²⁰ En: <http://www.wma.net/es/30publications/10policies/a1/>

²¹ Por medio de la cual se da cumplimiento a la orden cuarta de la sentencia T-970 de 2014 de la Honorable Corte Constitucional en relación con las directrices para la organización y funcionamiento de los Comités para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad

²² Referencia: Expediente T-4.067.849. Acción de tutela instaurada por “Julia” en contra de Coomeva E.P.S Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de dos mil catorce (2014).

por Un médico con la especialidad de la patología que padece la persona, diferente al médico tratante. Un abogado y un psiquiatra o psicólogo clínico, que serán designados por la respectiva IPS.

Frente a la objeción de conciencia, señala:

“Artículo 18. De la eventual presentación de la objeción de conciencia. La objeción de conciencia sólo es predicable de los médicos encargados de intervenir en el procedimiento para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad. En el evento que el médico que va a practicar el procedimiento formule tal objeción, por escrito y debidamente motivada, el Comité ordenará a la IPS para que, dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a que se presente de la objeción, reasigne a otro médico que lo realice.

Adicionalmente prohíbe el ejercicio de la objeción de conciencia a la institución prestadora de servicios de salud (en consonancia con la jurisprudencia de la corte constitucional que proscribe la objeción de conciencia para personas jurídicas) y a los integrantes del comité.

Esa última prohibición que se encuentra contenida en el párrafo del artículo 6, la considero abiertamente inconstitucional, contraria a libertad de conciencia, a la libertad de expresión. Recientemente el Procurador General de la Nación, quien tiene una clarísima posición institucional confesional católica, demandó la nulidad del acto administrativo, pero es sólo una de sus tantas estrategias antiaborto, como lo han sido los proyectos de ley estatutaria que radicó con la ayuda de la bancada conservadora y las demandas de nulidad de los actos administrativos que han pretendido a nivel de política pública desarrollar la jurisprudencia de la Corte, que revestidos de motivaciones axiológicas, más que de un afán de conservar el sistema jurídico, ha sido una persecución a modos diferentes de ver la IVE.

El llamado es a los médicos a que se reconozcan como un contrapúblico fuerte, el gremio médico ha logrado más que muchas profesiones, no sólo del área de la salud, para que en ejercicio de la autorregulación y en un proceso de consenso, logren posicionarse ante el público más fuerte, el Estado, y dignifiquen la profesión médica en el país.

Frente al autocontrol de la profesión, el llamado es a reivindicar la naturaleza del proceso administrativo ético disciplinario de pares, no como una

instancia judicial, sino un escenario de puesta en práctica de consensos de ejercicio producto de diálogos, que deben responder a criterios deontológicos, más que axiológicos, en un contexto bioético y discursivo.

Que posibilite todo lo que la Ley Estatutaria en salud²³, prevé:

“Artículo 17. Autonomía profesional. Se garantiza la autonomía de los profesionales de la salud para adoptar decisiones sobre el diagnóstico y tratamiento de los pacientes que tienen a su cargo. Esta autonomía será ejercida en el marco de esquemas de autorregulación, la ética, la racionalidad y la evidencia científica. Se prohíbe todo constreñimiento, presión o restricción del ejercicio profesional que atente contra la autonomía de los profesionales de la salud, así como cualquier abuso en el ejercicio profesional que atente contra la seguridad del paciente.

La vulneración de esta disposición será sancionada por los tribunales, organismos profesionales competentes y por los organismos de inspección, vigilancia y control en el ámbito de sus competencias.

(..)

Artículo 18. Respeto a la dignidad de los profesionales y trabajadores de la salud. Los trabajadores, y en general el talento humano en salud, estarán amparados por condiciones laborales justas y dignas, con estabilidad y facilidades para incrementar sus conocimientos, de acuerdo con las necesidades institucionales.” Subrayas fuera de texto.

² Fernando Guzmán Mora. 27 de noviembre de 2007.

LAS ESPECIALIDADES MÉDICAS

Dr. Fernando Guzmán Mora
Magistrado Tribunal Nacional de Ética Médica

La Constitución de 1.991 dispuso un muy especial cuidado a los problemas relacionados con la salud, la seguridad social y el desarrollo integral y armonioso de los ciudadanos al establecer una serie de normas que tienen como finalidad fundamental garantizar el pleno y libre desarrollo de la personalidad, dentro del más estricto respecto a la dignidad de ser hombre.- Es por ello que en el artículo 43 estableció que la mujer:

“Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.”.-

En el 44 se determinó que:

“Son derechos fundamentales de los niños; la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada.....”.-

En el 46 se dispone la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad, garantizándoles los servicios de la seguridad social integral y en el 47 la protección de los minusválidos, mientras que en el 48 se determina la existencia de la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio prestado bajo la dirección y control del Estado; para finalmente establecer en el art. 49 que:

“La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud....”.-

“Corresponde al Estado organizar, dirigir, y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También,

establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.-

“ Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con la participación de la comunidad”.-

“La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria”.-

“Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad”.-

En el art 50 se consagra el derecho de todo niño menor de un año a recibir atención gratuita en todas las instituciones que reciban aportes del Estado cuando no tuvieran cobertura en salud.-

Finalmente de una manera general, es decir referido a todas las profesiones se establece que:

“El secreto profesional es inviolable”.-

Dentro de tales parámetros normativos es fácil entender que nuestro Constituyente quiso crear los elementos de derecho positivo esenciales para garantizar la vida y la salud de la totalidad de los colombianos, destacándose este como uno de los derechos con una mayor presencia en el texto constitucional y esta posición es de lógico entendimiento, porque si la vida es el substrato o fundamento para el desarrollo y ejercicio de todos los demás derechos constitucionales es claro que se debe dar una mayor protección a la conservación de la vida y de la salud, para que los demás derechos puedan ser ejercidos y para que aquella pueda desarrollarse en el marco inviolable que le corresponde a la dignidad de ser hombre.-

Es entonces indiscutible que por ser el objeto de estudio y del ejercicio de la medicina la vida humana, se trata de una profesión prioritaria dentro de la vida de la comunidad y por ello que el Estado se ve en la obligación de reglamentarla y controlarla con mayor precisión y exigencia que las otras

profesiones liberales que están autorizadas en su ejercicio por la Constitución y la Ley.-

La ley ética, reglamentaria de los precedentes principios constitucionales, no ha sido concebida con un propósito persecutorio contra los médicos, sino con el laudable propósito de garantizar un ejercicio responsable de esta profesión y de tal manera obtener la concreción de los principios constitucionales antes citados.-

Es dentro de este entendimiento que no es posible que pueda concebirse el proceso ético-médico como un instrumento de venganza privada, o un medio de persecución puesto en manos de los pacientes o de sus familiares, para hostigar al profesional de la medicina del cual recibieron sus servicios, ni menos aún que mediante el mismo pudieran aspirar o pretender obtener el resarcimiento de los perjuicios económicos que afirmen haber sufrido como consecuencia de la intervención médica.-

El proceso de ética médica pretende ante todo garantizar un cabal, técnico, científico y humanizado ejercicio de la medicina y es por ello que su objetivo fundamental es de naturaleza social y pública, puesto que se convierte en un instrumento de seguridad para todos los integrantes de la comunidad.-

Es por su naturaleza de derecho público y de sus objetivos eminentemente sociales que sería inconcebible que el paciente o sus familiares pudieran convertirse en parte en el proceso disciplinario o peor aún, que pretendiesen constituirse en parte civil para como resultas del proceso obtener la indemnización que buscan sobre los posibles perjuicios recibidos.-

Es hipótesis imposible de concebir porque ni el paciente, ni sus familiares pueden ser parte dentro del proceso disciplinario y si estiman haber recibido un perjuicio económico de la asistencia médica deberán optar por la iniciación de un proceso penal o uno de naturaleza civil o contencioso administrativo según el caso.-

Es por las mismas razones de interés social y público que muchas de las faltas disciplinarias para que se entiendan consumadas no requieren la producción de un resultado lesivo para el paciente, puesto que muchas de las faltas consagradas por la Ley de Ética médica son de mera conducta, o de

peligro, porque como ya se dijo, lo que se pretende tutelar por medio de esta ley, es un ejercicio científico, técnico, responsable y humanizado de la medicina, para que con él, todos los habitantes del territorio nacional encuentren debidamente garantizados sus derechos a la vida y a la salud.- Es por las razones Constitucionales precedentes que el ejercicio profesional de la medicina no solo debe hacerse dentro de la mayor idoneidad personal del galeno, sino dentro del marco de las mayores exigencias técnicas, instrumentales y científicas y además de ello, se deben cumplir con una serie de requisitos que podrían entenderse en un momento dado como puramente formales, pero que no lo son, puesto que con tales exigencias de tipo administrativo se pretende que los sitios donde se atiende a los pacientes o donde se realizan determinados procedimientos médicos no solo cumplan con condiciones mínimas de salubridad, decoro, limpieza, sino que deben estar dotados de todos los instrumentos técnicos y científicos para garantizar a los usuarios el menor número de riesgos y de tal manera que los pacientes solo deban enfrentar los riesgos normales que cualquier intervención médica genera.-

Es por eso que a nivel hospitalario, estas entidades están divididas en tres grandes clases, de primer, de segundo y de tercer nivel, porque de conformidad con los adelantos técnicos, instrumentales y científicos con que cuentan están autorizadas para realizar intervenciones desde las sencillas, hasta las operaciones de mayor complejidad científica y es claro que la clasificación de una entidad hospitalaria como de primer, segundo o tercer nivel no puede quedar en mano de los dueños si se trata de una entidad privada o de sus directivos, sino que dicha clasificación y la respectiva certificación debe hacerse por parte de especialistas de la administración pública, porque finalmente es el Estado el garante de la vida y de la salud de todos los habitantes del territorio nacional

Por, en relación con la impericia de quienes someten al paciente a actos médicos y quirúrgicos sin poseer estudios y títulos de idoneidad, el Tribunal Nacional de Ética Médica ha expresado:

“...debemos recordar el hecho de la impericia de quien no se somete al filtro de la especialización, impericia que consiste en la incapacidad técnica para el ejercicio de algunas ramas de la profesión médica y equivale a la ‘inobservation des regles d’art’ de la doctrina francesa; parcialmente a la ‘malpractice’ de los anglosajones y al ‘kunstfehler’ de los alemanes.-

El estudio adecuado de un campo determinado de la actividad médica permite o favorece:

- 1-Entender la lógica misma del aspecto estudiado como arte y ciencia;
- 2-Una práctica en el razonar. Y la mente razonadora se perfecciona mediante esa práctica;
- 3-Unos criterios para evaluar ciertos argumentos que se usan a nivel determinado;
- 4-Tener un método y una técnica para revisar y enfrentar ciertas situaciones muy específicas de ese campo en particular;
- 5-Obtener unos principios para adquirir un lenguaje universal en el área estudiada;
- 6-Adjudicar los principios y criterios para proceder correctamente en el razonamiento de las complicaciones que se presenten;

Hay que mencionar que el período de entrenamiento especializado es duro. En él se intenta acumular el máximo de experiencia y aprendizaje posible, para poder dar al médico en formación un criterio básico de manejo de los problemas en el menor tiempo posible.-

Es una realidad que quien tiene una formación académica en una determinada especialidad profesional se encuentra mejor preparado para enfrentar el ejercicio de la profesión dentro de la misma y que nunca el empírico podrá por el simple hecho del ejercicio, obtener los niveles de preparación y de tecnicidad que tienen los primeros. Es evidente que esto referido al campo de la profesión médica, el paciente tendrá mayores garantías, menores riesgos, posibilidades de mejores resultados con un especialista de formación académica, que no, con alguien que ha adquirido sus conocimientos con el ejercicio práctico de la profesión.-

Además que esto hace que sea una verdadera injusticia que médicos graduados que sacrifican otros años adicionales para perfeccionar sus habilidades en especialidades concretas, deban competir con quien en forma empírica se anuncia, por ejemplo, como “cirujano estético” y acompañe su afirmación con pedazos de cartón de cursos cortos, que no pueden constituir una acreditación de una especialización en un área científica que produce tantos riesgos y puede comprender resultados tan trascendentes para la vida de una persona, como es su presentación estética.-

No debe olvidarse que varios cursos menores jamás reemplazan un postgrado. Que los “diplomas” que se colocan en los muros de los consultorios muchas veces son apenas certificados de asistencia a esos cursos. Y que muchos certificados de especialista pueden ser falsos.-

Se insiste, de nuevo, en que esta consideración es de aspecto exclusivamente médico. Sin embargo, sus implicaciones sirven de fundamento a muchas decisiones que evalúen la idoneidad de la acción profesional.-

(Providencia del Tribunal Nacional de Ética Médica. Magistrado Ponente: Fernando Guzmán Mora.)

De la misma manera la ley de ética médica menciona las especialidades médicas, exigiendo de ellas la respectiva aprobación legal cuando se hace alusión a la propaganda profesional al determinarse:

“ ARTÍCULO 56. El anuncio profesional contendrá únicamente los siguientes puntos:

- a. Nombre del médico.
- b. Especialidad, si esta le hubiere sido reconocida legalmente.
- c. Nombre de la universidad que le confirió el título.
- d. Número del registro en el Ministerio de Salud.
- e. Dirección y teléfono del consultorio y de su domicilio.

PARÁGRAFO: Cuando el anuncio de que trata el presente 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.

Con las dos normas mencionadas con anterioridad se llega a la clara conclusión, que a pesar de que la mayoría de las especialidades médicas no se encuentren reglamentadas por la ley y que para realizar determinadas actividades que requieren de una gran especialidad, el médico que las realiza debe tener la correspondiente formación académica y no puede pretenderse bajo ninguna perspectiva que por el hecho de que la mayoría de las especialidades médicas no se encuentren reglamentadas, pueda el médico general pretender realizar trasplantes de órganos, operaciones cardíacas, cirugías de mano, tratamiento y extirpación quirúrgica de cáncer, etc y

muchas otras que por su complejidad, de manera necesaria requieren de esa alta y refinada formación académica.-

Sostener opinión contraria sería atentar contra la vida y la salud de todos los habitantes del territorio nacional, porque sería aceptar con un inmenso grado de irresponsabilidad social, que todos los médicos generales, por el solo hecho de serlo se encontrarían en capacidad de realizar cualquier tipo de tratamientos, de terapias, o de intervenciones quirúrgicas sin importar la especialidad médica de que se trate.-

El mismo deber de cuidado implica a su vez un conocimiento a fondo del paciente, de sus condiciones individuales, de sus circunstancias agravantes y de las mejores opciones terapéuticas a su enfermedad o dolencia.

Para reforzar los anteriores argumentos, es indispensable recordar los temas relacionados con la Lex Artis, en el aspecto de la evaluación de los actos médicos, en especial de los que tienen que ver con procedimientos invasivos.

Porque resulta lógico que cuando se evalúan los resultados de un procedimiento quirúrgico, en especial cuando estos son indeseados, el funcionario jurisdiccional, sea juez, fiscal o cualquiera otro, no solamente tendrá en cuenta que quien causó el daño o puso en peligro el bien tutelado por la ley tenga el título de médico cirujano (que en realidad es apenas un título de médico general), sino la experiencia originada en estudios dirigidos que lo hagan un verdadero especialista en el campo que pretende cubrir.

Así por ejemplo, cuando se interviene en una delicada operación de tipo vascular, cuya pericia se logra luego de varios años de estudios adicionales a los de medicina general, y el paciente termina en una amputación o en la misma muerte, quien debe evaluar y determinar responsabilidades sobre el caso, no solamente se va a contentar con recibir el documento probatorio del título de médico, sino los documentos adicionales que acrediten la especialidad, es decir, la posibilidad de acceder a semejante intervención con el conocimiento claro, perito y formalmente enseñado que acredite que cuando se lleve a cabo se esté en capacidad de proteger al paciente y a la sociedad en campos tan complejos como los muchos que derivan del ejercicio médico especializado.

Y si bien es cierto que la ley no regula la práctica de un área tan obvia como la cirugía estética, no es menos cierto, que al consagrar la Constitución la vida y la salud como bienes fundamentales que sirven de sustrato al ejercicio de todos los demás, ha de concluirse que para la correcta protección de dichos bienes, quien como médico intervenga en un área especializada de la profesión, debe hacerlo con el amparo de una capacitación universitaria de postgrado que no ponga en peligro la vida y la salud de los pacientes.

Con esto se quiere enfatizar en el hecho de exigir títulos de idoneidad para campos muy especializados y juzgar la actuación con base en el concepto de *lex artis*, es decir, de normas de excelencia de tiempo, lugar y circunstancias que rodeen el acto médico y quirúrgico.

CONSENTIMIENTO INFORMADO

*Germán Gamarra Hernández MD, M SC.
Magistrado. Tribunal Nacional de Ética Médica*

El consentimiento del paciente constituye uno de los elementos del contrato de prestación de servicios médicos. El otro elemento es el consentimiento del médico, quién desde su juramento hipocrático se obliga a prestar el servicio. El consentimiento, a su vez, constituye una declaración de voluntad de la persona y para que una persona se obligue a otra, se requiere que sea capaz, que consienta dicho acto, que su consentimiento se encuentre libre de vicios, que recaiga sobre un objeto lícito y además tenga una causa lícita. El consentimiento debe ser libre porque si no es libre y exenta de vicios la autorización del paciente no existe y por lo tanto no puede ser legalmente válida.

El principal objetivo del consentimiento informado del paciente es proteger su autonomía o su capacidad de auto determinación. La autonomía, hace referencia a la capacidad que tiene la persona humana de tomar sus propias decisiones en relación con su vida, su salud y su felicidad. La Constitución Nacional de Colombia de 1991, ampara la autonomía en sus artículos 15 y 18.

Por otra parte, en la Ley 23 de 1981 y en el decreto reglamentario 3380, son varios los artículos que hacen referencia al consentimiento del paciente; se citan los siguientes:

Artículo 4: “La asistencia médica se fundamenta en la libre elección del médico, por parte del paciente. En el trabajo institucional se respetará en lo posible este derecho”.

Artículo 8: “El médico respetará la libertad del enfermo para prescindir de sus servicios”.

Artículo 15: El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su **consentimiento** para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente”.

Artículo 20: El médico tratante garantizará al enfermo o a sus allegados inmediatos responsables, el derecho de elegir al cirujano o especialista de su confianza”.

El consentimiento puede definirse como la declaración de **voluntad** sobre un objeto (Artículo 1517 del Código Civil). Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas en que se trata de dar, hacer o no hacer. Según Kant, la voluntad es el modo de querer de aquellos seres racionales que cuando desean un fin determinado, también desean los medios adecuados para alcanzarlo.

En la práctica médica, el consentimiento informado puede ser otorgado con los siguientes fines:

Para procedimientos **diagnósticos** (invasivos y no invasivos).

Para **tratamientos** (médicos y quirúrgicos).

Para cirugía **estética**.

Para tratamiento **no convencional** o “heroico”.

Como **donante** de órganos.

Como sujeto de **experimentación**.

Para que el consentimiento informado tenga validez, debe estar libre de vicios y para ello, la ley fija unos parámetros:

1) El consentimiento solo puede ser otorgado por personas mayores de edad. El de los menores genera actos nulos (relativamente nulos o completamente nulos, dependiendo de la edad del menor). En Colombia la mayoría de edad se inicia a partir de los 18 años y por debajo de este límite es conveniente que el menor exprese su consentimiento, dicho acto se denomina **asentimiento**.

2) El consentimiento no puede provenir de personas consideradas por la ley como incapaces mentales.

3) El consentimiento debe expresarse ejerciendo la libertad individual. Por lo tanto, cuando se obtiene por la fuerza, genera un acto viciado de nulidad.

4) Debe existir concordancia entre lo querido y lo aceptado. Por lo anterior, el engaño y el error vician el consentimiento.

No basta con obtener el consentimiento, es muy importante la forma en que se obtiene por lo que se requieren algunas condiciones que se deben cumplir para lograr su validez. Ellas son:

Capacidad:

Se refiere a la capacidad de los sujetos para llevar a cabo un acto de responsabilidad y se fundamenta en el **uso pleno de sus facultades mentales** e intelectuales que le permitan juzgar riesgos y alternativas. En caso de incapacidad del paciente, el consentimiento debe ser firmado por su pariente o allegado más cercano.

La Ley 23 de 1981 se refiere en estos términos:

Artículo 14: *“El médico no intervendrá quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata”.*

Se debe dejar constancia muy clara de la situación en la Historia Clínica del paciente.

Posesión del derecho:

Se requiere que exista posesión o titularidad del derecho, bien o interés sobre el cual el sujeto consiente el acto médico. **En este sentido la vida humana** es la principal posesión de la persona y en principio, la conservación de la vida, prima sobre otras condiciones incluyendo la calidad de la misma.

Libertad:

Se requiere libertad de los sujetos, tanto del médico como del paciente, respecto a la decisión de efectuar el acto médico. La decisión que toma

el paciente es personal y libre; usualmente escoge entre dos riesgos, por un lado, dejar progresar la enfermedad o aceptar el tratamiento y someterse a los riesgos que este conlleva.

Información adecuada:

La información que se le da al paciente debe ser verdadera, clara, completa y discutida con el mismo. A su vez, la información constituye un derecho esencial del paciente para poder ejercer su libertad.

En el caso de que la situación de gravedad del enfermo no lo permita, el médico deberá informar a los familiares. La Ley 23 de 1981 establece:

Artículo 18: “Si la situación del enfermo es grave, el médico tiene la obligación de comunicarla a sus familiares o allegados y al paciente en los casos en que ello contribuya a la solución de sus problemas espirituales y materiales”.

Causa o motivo del acto:

Es aquello que induce al acto o contrato. Como lo establece el Código Civil, no puede haber obligación sin una causa real y lícita. Se parte de la base del comportamiento ético del médico con base en su formación y de la conducta correcta del paciente basada en su completa y adecuada información.

El principal motivo o motor del ejercicio médico es la **conservación y mejoramiento de la vida humana**.

Documento:

Es necesario y conveniente, que exista un documento en donde expresamente se consienta la práctica del acto médico. En caso de extrema urgencia, el documento puede obviarse al estar de por medio la vida del paciente, dejando una nota clara al respecto en la historia clínica del enfermo.

Reversibilidad:

Es la revocatoria del consentimiento por parte del paciente. Consentir un procedimiento no implica no poder poner marcha atrás. El enfermo, en

cualquier momento, puede arrepentirse de aceptar el tratamiento propuesto y además puede cambiar de médico si lo desea.

En resumen, el médico por tradición y formación realiza una actividad basada en la aplicación del principio de **beneficencia**, buscando ofrecer la mejor alternativa para el paciente, pero en ocasiones olvida que el enfermo es una persona que tiene derecho a ejercer su **autonomía** y participar en las decisiones que afectan su vida. No puede aceptarse el comportamiento del déspota ilustrado que trata al enfermo como un incompetente mental.

Dada la distancia científica que con frecuencia existe entre el facultativo y el enfermo, lo mínimo que se le puede exigir al médico es que informe previamente al paciente sobre los riesgos que corre con la intervención o tratamiento y sobre las posibles secuelas que quedarían, con la debida prudencia, sin minimizar los resultados pero sin alarmar al enfermo. Se requiere un equilibrio entre la discreción y la información que solo debe apuntar a la respuesta inteligente de quien busca mejorar la salud, superar una enfermedad o mitigar el dolor.

Referencias

El consentimiento informado. En: Derecho médico colombiano, elementos básicos. Responsabilidad ética médica disciplinaria. Guzmán Mora F, Franco Delgadillo E, Saavedra Rojas E., Editores. Bogotá D.C.: Universidad Libre. 1ª edición, 2006; Tomo II, Capítulo 44, p. 1049-1072. ISBN 958-97916-6-2

RECETA MÉDICA

*Magistrado: Dr. Habib Santiago Gonzalez
Tribunal Seccional De Ética Médica Del Atlántico*

* Antiguamente, la receta era la nota que por escrito daba el médico o cirujano al boticario para la composición de un remedio. La receta médica constaba de tres partes:

* **INSCRIPCIÓN:** Contenía los nombres de las sustancias medicamentosas que, en totalidad y tratándose de una poción, comprendía: la base, el intermedio, el coadyuvante correctivo, el vehículo, los correctivos.

* **SUSCRIPCIÓN:** Daba las instrucciones sobre el modo de preparar dichas sustancias, a fin de que la poción fuese como debía ser, o bien anotaba las letras h.s.a.: (hágase según arte).

* **INSTRUCCIÓN:** Describía la forma en que debía administrarse el medicamento.

* Terminaba la receta con la fecha y la firma.

EMBLEMA DE LA FARMACIA

* Uno de los emblemas de la farmacia, es una serpiente enroscada entorno a una copa. El origen de la serpiente como símbolo de las Farmacias es griego. Este reptil representaba, para los griegos, fuente de saber y de rejuvenecimiento, la renovación de la vida porque muda su piel anualmente y el uso del veneno como terapia.

* La Copa, alude a Higia, la diosa Griega y Romana de la curación, la limpieza, la salud y la higiene.

LA PRESCRIPCIÓN MÉDICA COMO ACTO CIENTIFICO, ÉTICO Y LEGAL

* **En el orden científico:** significa el resultado de un proceso cognoscitivo donde el médico, a partir del conocimiento adquirido, escucha

el relato de síntomas del paciente, y con la pericia aprendida realiza un examen físico en busca de signos, confronta con los datos adquiridos a través de la conversación y el examen del enfermo y decide una acción. Si la acción es terapéutica surge la receta médica.

EN EL ORDEN ÉTICO

- El médico está sometiendo al enfermo a un riesgo adicional al que ya tiene. Debe compartir las expectativas con su paciente; comprobar que él conoce los riesgos a que se somete, con el objetivo de alcanzar un fin terapéutico, y que esta relación riesgo-beneficio es aceptable para ambos.

EN EL ORDEN LEGAL

- El médico se responsabiliza con los resultados de esa intervención llamada receta médica. La sociedad lo faculta para someter a una persona a riesgo con el propósito de que esta se beneficie, pero esa facultad social exige una responsabilidad legal que ordene la conducta de los prescriptores. Las sociedades organizan el medio y las regulaciones en que dicha receta médica se realiza, y ambas se influyen en una relación dialéctica.

LEY 23 DE 1981

ARTÍCULO 33: Las Prescripciones Médicas se harán por escrito, de conformidad con las normas vigentes sobre la materia.

* la prescripción médica hace parte de la historia clínica:

* La Corte Suprema de Justicia manifiesta:

* "... el médico tiene el deber de poner todo su cuidado y diligencia siempre que atienda o beneficie a sus pacientes con el fin de probar su curación o mejoría; lo que por negligencia, descuido u omisión cause perjuicio a la salud de aquellos incurre en una conducta ilícita que será calificada por el juez según su magnitud..." ((Jurisprudencia y Doctrina. Legis. tomo XVI. 184. P 322. Abril/87).

* La historia clínica es uno de los elementos probatorios de la diligencia, desde su elaboración formal hasta su trasfondo científico.

* Ningún acto médico hospitalario o de consultorio debe efectuarse sin su correspondiente registro en la historia clínica. En las instituciones de salud se exige la historia clínica como elemento indispensable para ejercer una medicina de calidad.

CARACTERÍSTICA DE LA PRESCRIPCIÓN

MÉDICA

* El Decreto 2200 de 2005, del Ministerio de la Protección Social, ha establecido normas claras para la prescripción de los medicamentos en Colombia, en cuanto a sus características y contenido:

* Características de la Prescripción

* Toda prescripción de medicamentos deberá hacerse por escrito, previa evaluación del paciente y registro de sus condiciones y diagnóstico en la historia clínica, utilizando para ello la Denominación Común Internacional (nombre genérico) y cumpliendo los siguientes requisitos:

* La prescripción debe ser en letra clara y legible, con las indicaciones necesarias para su administración.

* Se hará en idioma español, en forma escrita ya sea por copia mecano-gráfica, medio electromagnético y/o computarizado.

* No podrá contener enmendaduras o tachaduras, siglas, claves, signos secretos, abreviaturas o símbolos químicos, con la excepción de las abreviaturas aprobadas por el Comité de Farmacia y Terapéutica de la Institución.

La prescripción debe permitir la confrontación entre el medicamento prescrito y el medicamento dispensado (en el caso ambulatorio) y administrado (en el caso hospitalario) por parte del profesional a cargo del servicio farmacéutico y del Departamento de Enfermería o la dependencia que haga sus veces.

La prescripción debe permitir la correlación de los medicamentos prescritos con el diagnóstico.

La dosis de cada medicamento debe expresarse en el sistema métrico decimal y en casos especiales en unidades internacionales cuando se requiera. Cuando se trate de preparaciones magistrales, además de los requisitos de prescripción, se debe especificar claramente cada uno de los componentes con su respectiva cantidad.

CONTENIDO DE LA RECETA MÉDICA

- * Nombre del Prestador de Servicios de Salud o Profesional de la Salud que prescribe, dirección y número telefónico o dirección electrónica.
- * Lugar y fecha de la prescripción.
- * Nombre del paciente y documento de identificación. Número de la historia clínica
- * La prescripción del medicamento deberá realizarse en un formato el cual debe contener, como mínimo, los siguientes datos cuando éstos apliquen:
 - * Tipo de usuario (contributivo, subsidiado, particular, otro).
 - * Nombre del medicamento expresado en la Denominación Común Internacional (nombre genérico).
 - * Concentración y forma farmacéutica. Vía de administración.
 - * Dosis y frecuencia de administración. Período de duración del tratamiento.
 - * Cantidad total de unidades farmacéuticas requeridas para el tratamiento, en números y letras.
 - * Indicaciones que a su juicio considere el prescriptor. Vigencia de la prescripción.
 - * Nombre y firma del prescriptor con su respectivo número de registro profesional.

RECETA MÉDICA INCORRECTA:

Es aquella en la cual se incurre en uno de los siguientes errores:

Formulación de un medicamento innecesario o menos adecuado, ya que puede existir o ser disponible otro más adecuado por su efectividad, seguridad o costo.

Utilización de un régimen farmacoterapéutico, en el cual se evidencian interacciones con otros medicamentos o con determinados estados patológicos que pueden generar un cambio en la cantidad absorbida o en la eliminación (interacciones farmacocinéticas), en el tipo (cualitativo) o magnitud (cuantitativo) de la respuesta farmacológica (interacciones farmacodinámicas) y con ello, en la eficacia o la seguridad del tratamiento.

- * Diagnóstico impreciso para las características de los padecimientos a tratar

- * Elección equivocada de medicamentos
- * Prescripción inapropiada en dosis, frecuencia de administración y duración del tratamiento
- * Prescripción de dos o más medicamentos cuando uno solo puede ser eficaz
- * Terapia medicamentosa diferente para varios trastornos o síndromes relacionados, cuando al tratar la condición primaria mejoraría las demás
- * Exclusión en la prescripción de medicamentos necesarios

CALIDAD DE LA FÓRMULA MÉDICA

Por calidad de la fórmula médica se entiende, la claridad y exactitud con la cual el prescriptor consigna en la fórmula la información necesaria para que el paciente cumpla su terapia, es decir que en ella estén bien definidos. Cualquiera de las características mencionadas, que no esté contemplado en la fórmula, puede ocasionar una incorrecta utilización del medicamento por parte del paciente, lo que redundaría en una terapia inadecuada, que muy probablemente no va a alcanzar los logros planteados.

Por estas mismas razones, se ve cómo la mayoría de los pacientes luego de salir de la consulta, recurren al dispensador para que sea él quien les traduzca la información consignada en la fórmula, pudiéndose presentar distorsiones en las indicaciones del prescriptor y lo que con mucha frecuencia ocurre, cambios de la medicación, sin considerar entre otros aspectos, individualidades del paciente, forma farmacéutica, dosis, frecuencia de administración, alterando en muchas oportunidades la eficacia de los medicamentos formulados.

La receta es un acto médico que se ha venido derivando del conocimiento de la persona enferma, del conocimiento de la sustancia o sustancias que se prescriben y de los efectos que en forma positiva o negativa se desprende de su administración².

RECUENTO HISTORICO

- * El doctor Eduardo Rey Forero M.D. en su libro «Ética y Legislación en Medicina», anota que tuvo la oportunidad de leer un artículo escrito por el doctor Kohn del Instituto de Medicina de Washington, que se refiere a los numerosos errores que se presentan en la prescripción de

los medicamentos. Se dice que en Estados Unidos de Norte América en el año 1.999, existieron 98.000 fallecimientos, debido a errores en la prescripción de los medicamentos en los hospitales.

* En nuestro medio, no existe una estadística a la cual nos podamos referir sobre este tópico, quiere invitar a los profesionales a que reflexionemos un poco sobre este efímero tema.

Se denomina Receta a la nota escrita por un médico en la que prescribe un fármaco o grupo de fármacos y su forma de administración. En algunos casos se incluye la forma de preparación, es lo que se ha denominado la Receta Magistral, elemento todavía usado por algunos especialistas en el área de la Dermatología.

RECOMENDACIONES

La calidad y exactitud de las indicaciones consignadas en la fórmula deben ser un motivo de seguridad y confianza para el paciente, es importante desarrollar programas educativos para la promoción de las buenas prácticas de prescripción entre el cuerpo médico, sobre todo en las Facultades de Medicina.

1,2. Ética y Legislación en Medicina. Autor Eduardo Rey Forero M.D., Internista, Diplomado en Derecho Médico, Docente de la Universidad Javeriana, Fiscal del Colegio Médico de Cundinamarca, Magistrado del Tribunal de Ética Médica de Cundinamarca y Magistrado del Tribunal Nacional.

LA INIMPUGNABILIDAD DEL PLIEGO DE CARGOS, UNA PROPUESTA PROGRAMÁTICA.

Dr. Jacob Cuéllar Bermúdez¹

Abogado Secretario Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca

Torna de gran importancia, en la vida y en mundo del derecho, plantearse siempre, interrogantes que conduzcan al desarrollo de esta disciplina, máxime cuando las normas están destinadas a regular los procedimientos, por ellas son la garantía de la materialidad del derecho sustantivo. Por eso, se propone en este encuentro de Tribunales, retomar una pregunta, en relación con los recursos que deben proceder en contra de las decisiones que adoptan los Tribunales Etico Profesionales, y en especial plantearse la pregunta. ¿Debe el pliego de cargos ser objeto de los recursos ordinarios de reposición y apelación?.

Para dar respuesta a este interrogante, lo primero que afirmaremos es que el proceso disciplinario médico, es un proceso de carácter administrativo y que sus decisiones están sujetas al control judicial por parte de los jueces administrativos, en sus distintas competencias.

Teniendo la anterior afirmación como válida, procederemos a plantear un segundo supuesto. La ley 23 de 1.981, es una norma especial que debe prevalecer y aplicarse a los procedimientos consagrados en ella, y que se encuentran a partir del artículo 74 al 90 y que la norma de discusión para esta propuesta es el artículo 80, que habla del pliego de cargos.

Un tercer supuesto legal es la norma de remisión contenida en el artículo 82 de la ley 23 de 1.981, que consagra que se debe aplicar el código procesal penal vigente, en aquellos aspectos no contemplados en la norma especial, con lo cual se entiende que su aplicación es supletoria, y en este sentido, la norma vigente en dicha materia es la ley 906 de 2.004, dado que la ley 600 de 2.00, solo se aplica en los procesos de los aforados

¹ Jacob Cuéllar Bermúdez. Docente de la Universidad del Cauca

constituciones y de estos solo a los congresistas por expresa disposición del artículo 533 de la ley 906 de 2.004².

Con este marco conceptual y legal, presentaremos una propuesta de respuesta, que nos permitan resolver el interrogante, desde cada uno de los supuestos legales que se han presentado, incluso frente a la Ley 734 de 2.002, o estatuto disciplinario del servidor público.

Al primer supuesto:

El proceso disciplinario médico es un proceso administrativo: La respuesta la encontramos en la Sentencia C-259 DE 1.995³, al citar una Sentencia de la corte suprema de Justicia, indicó que: “La creación del Tribunal de Ética Médica para examinar y sancionar la conducta de los profesionales de la medicina tiene fundamento en el artículo 26 de la Constitución Política, en cuanto expresa que *“Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones”*, las cuales pueden organizarse en colegios, con la imperiosa necesidad de que su estructura interna y el funcionamiento “de éstos” deberán ser democráticos. Igualmente, los artículos 209 y 210 de la Carta Fundamental facultan expresamente a los particulares para *“cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.”*”

En esta forma, los tribunales ético profesionales en el ejercicio de sus atribuciones conferidas por la ley *“cumplen una función pública pero sus integrantes por el solo hecho de serlo no adquieren el carácter de funcionarios públicos”*(artículo 73 de la Ley 23 de 1981).

El proceso disciplinario contenido en las disposiciones demandadas tiene efectos sancionatorios por infracción de las normas en materia de ética médica, **que conllevan a una responsabilidad derivada del derecho administrativo disciplinario.** Acerca del mismo, la Corte Constitucional ha expresado: (Negrillas y subrayado nuestro).

² WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO. Sentencia C-545 de 2.008 M.P. DR. NILSON PINILLA PINILLA.

³ WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO. REF: PROCESO D-782. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81 y 82 de la Ley 23 de 1981 “por la cual se dictan normas en materia de ética médica.” MAGISTRADO PONENTE: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA. Santa Fe de Bogotá, D.C., junio 15 de mil novecientos noventa y cinco (1995). Aprobada por acta No. 22.

“Este tipo de responsabilidad ha dado lugar a la formación de una rama del derecho administrativo llamada “derecho administrativo disciplinario”. Un amplio sector de la doctrina, si bien admite la diferenciación entre la responsabilidad civil, penal y disciplinaria, encuentra que la sanción disciplinaria debe sujetarse a los principios y garantías propias del derecho penal. Según esta interpretación, el derecho disciplinario es una modalidad del derecho penal, y en su aplicación deben observarse las mismas garantías y los mismos principios que informan el derecho penal. La naturaleza esencialmente sancionatoria de ambos derechos hace que las garantías del derecho más general (el penal) sean aplicables también a ese otro derecho, más especializado pero igualmente sancionatorio, que es el derecho disciplinario. Tanto el derecho penal como el administrativo disciplinario emplean las penas como el principal mecanismo de coacción represiva. Todos los principios y garantías propias del derecho penal se predicen también del disciplinario. Esta situación ha llevado a considerar que el término derecho penal es impropio (pues existen, como se ve, varios derechos penales) y empieza a hacer carrera la revitalización del término “derecho criminal” para referirse al derecho de los delitos propiamente dichos.

Todo lo anterior lleva a la conclusión inequívoca de que este derecho disciplinario, que es, en últimas un derecho penal administrativo, debe aplicarse con la observancia debida a los principios del derecho penal común. Debe aplicarse directamente el art. 375 del Código Penal, que establece:

“Las disposiciones contenidas en el Libro Primero de este Código se aplicarán también a las materias penales de que tratan otras leyes o normas, siempre que éstas no dispongan otra cosa”

*En consecuencia, se debe entender que “materias penales” no es equivalente a “materias criminales”, sino a materias en las que se apliquen penas, y se debe entender el término “penas” en un sentido amplio, como cualquier represión estatal formalizada. Si no se aceptare la aplicación directa de este precepto en el derecho disciplinario, cabría en todo caso la aplicación analógica del mismo, por la similitud en la naturaleza de las normas. En todo caso, la misma Constitución permite hacer esta interpretación, pues en el artículo 29 generaliza las normas del debido proceso a toda clase de actuaciones **judiciales o administrativas**.*

No queda duda que el proceso disciplinario es una auténtica actuación administrativa, con lo cual la primera afirmación queda planteada para el debate.

El segundo supuesto:

La Ley 23 de 1.981, como norma especial que regula una materia específica. Como estatuto legal y de aplicación preferente por el principio de especialidad⁴ de la norma, encontramos que el pliego de cargos, es un acto administrativo de carácter especial, que da por terminada la etapa de investigación y se inicia la etapa de juzgamiento, por eso dicho procedimiento se ajusta a la carta política en su artículo 29⁵.

⁴ W CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C., veintiuno (21) de marzo de dos mil doce (2012). Radicación: 11-001-03-26-000-2010-00060-00 (39477). Proceso de acción de simple nulidad.

⁵ Sentencia C-259-2.005, M.P.”. “ Corte Suprema de Justicia al adelantar el examen de constitucionalidad de los artículos 74 a 82 materia de estudio, expresó lo siguiente en torno al mismo tema, al declarar la exequibilidad de dichas disposiciones: “Un régimen disciplinario, en estricto sentido, está integrado por los correctivos jurídicos necesarios para obtener la continuidad y eficacia de un servicio y la debida protección de los intereses de sus usuarios. Siendo obligación del Estado salvaguardar la moralidad, la seguridad y la salubridad públicas y teniendo la consecuente autorización constitucional para inspeccionar y vigilar las profesiones en orden a defender aquellos valores, no cabe plantear la duda para establecer un régimen de control y disciplina como el de la Ley 23. Debe afirmarse, así mismo, que un régimen disciplinario, por razón de su finalidad, es una técnica de control administrativo distinta al ejercicio de la función judicial y, por lo mismo, susceptible de ser atribuida a funcionarios no judiciales y aun a particulares (...) La enunciación de los principios éticos y las conductas censurables, el establecimiento general de las sanciones y las reglas procedimentales para su imposición, responden bien a las exigencias de un régimen disciplinario, especialmente si se advierte que lo prescrito en el artículo 82 de la Ley 23, en cuanto en lo no previsto en ella “se aplicarán las normas del Código de Procedimiento Penal”, deja a salvo las garantías contenidas en el artículo 26 de la Constitución. El artículo 29 de la Constitución Política consagra los mismos principios del artículo 26 de la Carta de 1886 referentes al debido proceso y a las formalidades propias del juicio ante tribunal competente, pero ampliándolas a todas las actuaciones de las autoridades judiciales y administrativas, y consagrando de manera expresa la presunción de inocencia, el derecho de defensa, el principio de publicidad y de celeridad, el derecho de contradicción, el derecho de impugnación y el principio del “non bis in idem”, todos los cuales son desarrollo del debido proceso. En el asunto sub-exámene, los artículos 72 a 82 demandados garantizan en materia de procesos de ética médica, que estos se adelanten con la observancia plena del debido proceso y ante el Tribunal competente, que lo es el Tribunal de Ética Médica. En efecto, se consagra la existencia de un Tribunal competente

Al dejar a salvo las garantías, y por su remisión al código de procedimiento penal, se garantiza el debido proceso, tal y como se ha establecido para dichas actuaciones, en donde, de la lectura del artículo 80, literal b, encontramos. Primero: desde el sentido gramatical no hay indicación que el pliego de cargos tenga recursos. Segundo: desde un sentido lógico y sistemático, el pliego de cargos, en este articulado, es un acto de trámite que une dos etapas, la investigación y da paso al juicio. Lo cual indica que el Pliego de Cargos, si bien es un acto importante, no se han consagrado recursos, por eso no sería lógico otorgar un recurso donde la Ley no lo consagra, porque se estaría extralimitando la función. En suma la manifestación del Tribunal no se puede crear un recurso donde la ley no lo autoriza, y porque el recurso no tendría ninguna finalidad, dado que no es una sanción, sino solo un acto en donde se traba de manera material la relación jurídica entre el Estado y el ciudadano disciplinado.

El tercer supuesto:

La norma de remisión contenida en el artículo 82 de la ley 23 de 1.981, que consagra que *“En lo no previsto en la Ley, se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal”*, con lo cual se entiende que

(artículos 74 y 75, Ley 23 de 1981); se garantiza el derecho de defensa del acusado por violación de la ética médica al permitirle a éste formular los correspondientes descargos ante el mismo Tribunal, con respecto a los cargos que se le hagan (artículo 80). Igualmente, se le concede el derecho de ser asistido por un abogado escogido por él (artículo 77); y además, para dejar a salvo las garantías consignadas en el artículo 29 de la Constitución Política, se expresa en forma concluyente que en lo concerniente al proceso disciplinario ético profesional *“En lo no previsto en la Ley, se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal”* (artículo 82), con lo cual queda plenamente asegurada la observancia *“de la plenitud de las formas propias”* del respectivo proceso disciplinario, en materia de ética médica, a que se contraen los preceptos demandados. A juicio de la Corte, es evidente que dentro de dicho régimen se encuentra comprendida la facultad que tiene el profesional acusado para presentar pruebas y solicitar la práctica de las mismas en el respectivo proceso disciplinario en su contra, a fin de desvirtuar los cargos formulados y demostrar su inocencia, pues es entendido que, como lo ha expresado esta Corporación, la observancia del debido proceso como el disciplinario requiere de la facultad y oportunidad del acusado para conocer los cargos formulados, rendir los correspondientes descargos, y presentar o solicitar la práctica de pruebas que considere pertinentes y sean conducentes para desvirtuar los cargos, todo ello con anterioridad al pronunciamiento respectivo que ponga fin al proceso ético profesional. Las normas demandadas no riñen con el cumplimiento de las exigencias procesales mencionadas, y por ello habrá de declararlas exequibles por encontrarlas ajustadas a los preceptos constitucionales, sin que haya lugar a que prospere el primer cargo formulado.

su aplicación es supletoria, indicábamos al inicio que, la norma vigente en dicha materia es la ley 906 de 2.004, dado que la ley 600 de 2.00, solo se aplica en los procesos de los aforados constituciones y de estos solo a los congresistas por expresa disposición del artículo 533 de la ley 906 de 2.004⁶, e incluso como lo presentamos al inicio, frente a la Ley 734 de 2.002, o estatuto disciplinario del servidor público.

Es necesario volver a remitirnos a la Sentencia c-259 de 1995, que por ser una sentencia hito, fundadora de línea, en relación con los procesos Ético Disciplinarios Médicos, indica que al hacer la remisión al código procesal penal, deja cubiertas las garantías del debido proceso, por ser este tipo de procedimientos más garantista y protector⁷, y una segunda fuente que obliga a tener presente es el debate de la inconstitucionalidad sobreviniente que se resuelve en la sentencia C-762 de 2.009 con ponencia del Magistrado Juan Carlos Henao⁸, donde se resuelve la posible violación de la separación entre el ente acusador y el juez que impone sentencia.

En este sentido, el proceso disciplinario Etico-médico, ha establecido que en el marco de una consagración abierta pero sistemática del proceso disciplinario y sus conductas, es posible aplicar esas normas abiertas, pero determinables por el fallador⁹, en el entendido que su estructura procesal, en nada afecta el sistema de doble instancia. Esta cita lo que indica es que las normas procesales del sistema Ético disciplinario médico, son normas que indican esa flexibilización, en la cual se establece la especial configuración del legislador.

⁶ W WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO. Sentencia C-545 de 2.008 M.P. DR. NILSON PINILLA PINILLA.

⁷ Sentencia C-259 DE 1995 M.P. Así mismo, y como ya se indicó, la Corte Constitucional estima 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. Al contrario, este precepto, así como los demandados, tienen desarrollo en debida forma, ya que conducen 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 allí consagrado, con sujeción a las normas constitucionales.

⁸ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-762-09.htm>.

⁹ Sentencia C-406 de 2.004, citada en la Sentencia C-762 de 2.009. También es posible emplear “las reglas que cada profesión tiene para su buen hacer o “Lex Artis”, porque son en su esencia cambiantes, dada “la propia naturaleza renovadora de ciertas profesiones, que surge de experiencias y costumbres”, del nuevo conocimiento y prácticas adquiridas, todas las cuales “marcan un especial modo de actuar y entender las reglas respectivas y propias de cada ejercicio profesional.

Establecido este marco legal y constitucional, es importante retomar un interrogante que surge del primer supuesto. ¿Qué clase de Acto es el Pliego de cargos?, De su respuesta surge la segunda pregunta: ¿Es impugnabile la Resolución de pliego de cargos?.

Si ya aceptamos que el proceso disciplinario Ético-Médico es un proceso de carácter administrativo, con especial remisión al código procesal penal, como marco garantista del debido proceso y del derecho de defensa, el pliego de cargos es un acto administrativo, de carácter especial, que tiene las mismas cualidades que tienen todos los actos administrativos de este tipo, nos referimos a lo disciplinario, como son las normas disciplinarias de la Ley 734 de 2.002, la Ley 911 de 2.004, que es el Estatuto Disciplinario de Enfermería, la Ley 1123 de 2.007 que es el Estatuto Disciplinario del Abogado, en donde el pliego de cargos cumple una función especial, de enlace entre la etapa de investigación y el juicio propiamente dicho, en esas disposiciones el pliego de cargos no es apelable.

En suma, el marco conceptual constitucional del control disciplinario, nos indica que tal actividad, es ante todo una función pública, asignada al poder ejecutivo, dado que se trata del control de las profesiones liberales, delegadas por ley a un órgano como son los Tribunales de Ética médica, en este sentido la Ley 23 de 1.981.

Por otra parte, La Corte Constitucional al hacer un examen de la Ley 200 de 1995, ha señalado, que: “El auto de formulación de cargos es una providencia de trámite que sienta los cimientos sobre los cuales se edifica el proceso disciplinario destinado a establecer la responsabilidad disciplinaria del inculpado, de modo que el órgano titular del poder disciplinario fija en aquella el objeto de su actuación y le señala al imputado, en forma concreta, cual es la falta disciplinaria que se le endilga a efecto de que pueda ejercer su derecho de defensa”. (Sent. T-418 de 1997).

Lo cual ratifica que es una resolución administrativa que sirve de unión, enlace, entre la etapa investigativa que no compromete la responsabilidad del disciplinado y como no afecta derechos fundamentales, en el entendido que es una constatación de carácter objetivo, en donde se dan razones por las cuales se considera que se presenta ese fenómeno objetivo, y da paso al juzgamiento.

Es en el pliego de cargos en donde se fijan las bases del debate jurídico y sobre la futura responsabilidad del disciplinado, y se le indica de manera clara cuál es la conducta por la cual se le puede sancionar, calificación que es de manera provisional, dado que puede existir una variación en su calificación, en implica una restructuración del proceso, y una oportunidad en términos de indicar si es grave o gravísima, para poder así calificar y dosificar el tipo de sanción a imponer, o en su defecto por esa nueva valoración con base en el debate probatorio que se genera a partir de la audiencia de descargos, ser mas benéfico para el disciplinado, logrando su absolución.

No podría ser de otra forma, y esta ratificado por la Corte Constitucional, cuando hace el examen de la norma citada, (ley 200 de 1995), señalando que: *“De ninguna manera ha de entenderse que la defensa del procesado resida en su certidumbre acerca de que la administración de justicia permanezca en el error. Si las diligencias iniciales dentro del proceso daban lugar para pensar algo que en el curso del mismo se demuestra equivocado o susceptible de ser corregido, la obligación del juez al adoptar decisión de mérito es la de declarar que el equivoco o la inexactitud existieron, dilucidando el punto y resolviendo de conformidad con lo averiguado, y en ello no se ve comprometida la defensa de la persona sometida a juicio, quien accede a la justicia precisamente para que se defina su situación, fundada en la verdad real y no apenas en calificaciones formales ajenas a ella”*. (Sent. C-491 de 1996).

En la misma sentencia, también se señaló lo siguiente : *“De otra parte, el carácter provisional de la calificación se aviene con la garantía consagrada en el artículo 29 de la Constitución, toda vez que sostiene la presunción de inocencia del procesado en cuanto al delito por el cual se lo acusa, presunción únicamente desvirtuable mediante sentencia definitiva. Si, por el contrario, la calificación fuera inmodificable, se mantendría lo dicho en la resolución de acusación, aunque en el curso del juicio se demostrara que ella, en su base misma, era deleznable, lo cual carece del más elemental sentido de justicia”*.

Es importante resaltar que las denuncias que llegan a los despachos de los Tribunales médicos, nunca indican cual es la falta, y que norma es la que ha desconocido el médico en su actuar, por ello, la investigación disciplinaria, está orientada a comprobar si el acto médico desplegado por el profesional, está consagrado como una falta disciplinaria, y una vez que se ha constado este supuesto factico, con la disposición jurídica, es indicativo

del mérito para el pliego de cargos, y no es aconsejable que se agoten todas las diligencias tendientes a comprobar la responsabilidad del disciplinado.

En cuanto hace relación a la prueba sobre la probable responsabilidad del disciplinado, lo que a juicio del demandante debe referirse al elemento subjetivo de la conducta, es decir a la culpabilidad, es necesario precisar, que en primer término, la responsabilidad del investigado, debe estar comprometida por cualquier medio probatorio legalmente allegado al proceso, como la misma norma lo establece "...confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación..."; y, en segundo término, que en todo caso, el examen de la responsabilidad, ha de realizarse, a la luz del principio de culpabilidad que consagra el artículo 14 del estatuto disciplinario, es decir, analizando concretamente, si la conducta típica se cometió con dolo o con culpa. Sólo esa interpretación armónica de esas normas que integran el Código.

Finalmente, en relación con la estructura del sistema penal de tendencia acusatoria, vale la pena indagar cual es la audiencia o acto procesal que se pueda asemejar al pliego de cargos, partiendo del concepto que ya indicamos que con esta resolución, se da por terminada la etapa de investigación y se inicia la etapa del juicio. En este sentido, es menester considerar que el acto o audiencia semejante, es el escrito de acusación, y su respectiva audiencia, actos que como lo indica el procedimiento de tendencia acusatoria no es apelable.

Mas aún, se ha establecido en las reglas de procedimiento penal que la audiencia de imputación de cargos, es un acto de comunicación, la cual solo soporta inicialmente una pretensión de parte del ente investigador, que no implica necesariamente un acto de juzgamiento, dado que el fiscal no tiene facultades de Juez. En este sentido encontramos que: "Por lo demás, se observa que la regla general es que sea posible apelar los autos dictados en audiencia, pues así se establece en el artículo 176 que el actor mismo reconoce como constitucional. Y frente al artículo 286 del CPP aclara que *"Imputar, significa tener algunos indicios que permiten dirigir la investigación hacia un titular. Más, no es un acto de juzgamiento propiamente dicho (...)*. La naturaleza de esta figura ha de entenderse como un factor de referencia en el inicio de la investigación penal". (folio 82) .

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-892/99. Referencia: Expediente D-2412. Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Queda finamente hacer una conclusión que permita establecer el fin y el punto de partida de un debate más amplio, dicha conclusión es que el pliego de cargos es un acto administrativo, con el cual se termina la etapa de investigación y se da inicio al Juicio, el cual no es apelable, y tal definición no afecta las garantías procesales del debido proceso ni del derecho de defensa, en virtud de la libertad de configuración legislativa que tiene el congreso al momento de discutir y aprobar una ley.

Nos permitimos transcribir la providencia 65-2015 respecto de la aplicación de interrupción de la prescripción ético disciplinaria médica.

Interrupción de la prescripción. Providencia No. 65-2015.

Concepto previamente olvidado

Dr. Fernando Guzmán Mora

Magistrado Tribunal Nacional de Ética Médica

Bogotá, Julio veintiocho (28) del año dos mil quince (2015)

SALA PLENA SESIÓN No. 1282 DEL VEINTIOCHO (28) DE JULIO DEL AÑO DOS MIL QUINCE (2015).

REF: Proceso No. 846 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Norte de Santander

Contra: Medicos de la Clinica Urgencias La Samaritana Los Patios

Denunciante: Señor ANGEL MARIA ARIAS PARADA

Asunto: Recurso De Apelacion En Contra De Providencia Preclutoria (Primer Archivo. Antes: Inhibitoria)

Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora

Providencia No. 65-2015.

VISTOS

El Tribunal Seccional del Norte de Santander resolvió, el 14 de abril de 2015, no abrir investigación formal en contra de los Médicos de la Clínica Urgencias La Samaritana Los Patios, por no encontrar meritos para iniciar investigación formal, con base exclusiva en la lectura de la historia clínica de la paciente LEIDY CAROLINA ACEVEDO LOPEZ, representada por su esposo, el señor ANGEL MARIA ARIAS PARADA.

El quejoso interpuso ACCION DE TUTELA contra el Tribunal de primera instancia con el fin de buscar le sean concedidos los recursos de reposición y apelación en contra de la decisión del juez acquo.

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta amparó el Derecho Fundamental al Debido Proceso del denunciante y ordenó al Tribunal Seccional conceder dichos recursos. Acatando entonces la decisión del juez de Tutela, el Tribunal analizó el recurso de reposición despachándolo de manera negativa para el quejoso y concedió la apelación para ante el Tribunal Nacional de Ética Médica el 23 de junio de 2015.

Esta superioridad recibió el expediente el 3 de julio de 2015 y mediante sorteo al azar, correspondió el negocio jurídico al Magistrado FERNANDO GUZMAN MORA, quien procede a resolver el recurso con base en los siguientes:

HECHOS

El día 1 de junio de 2010, el señor ANGEL MARIA ARIAS PARADA, identificado con cedula de ciudadanía numero 88.311.248 de Los Patios, presentó queja ante el Instituto Departamental de Salud del Norte de Santander, en relación con la atención médica brindada a su esposa, la señora LEIDY CAROLINA ACEVEDO LOPEZ, de 25 años, identificada con cedula de ciudadanía numero 60.445.417 de Los Patios, quien fue hospitalizada el 23 de mayo de 2010 en la institución URGENCIAS LA SAMARITANA de Los Patios, con el objeto de someterse a la cirugía denominada Pomeroy (ligadura de trompas de Falopio como método de control natal), la cual fue efectuada el Lunes 24 de mayo de 2010, siendo dada de alta el mismo día de la operación. El medico a cargo fue el ginecólogo JORGE VARGAS CUBEROS.

Ese mismo día y los tres siguientes tuvo que ser llevada de urgencias a la misma institución donde fue intervenida, por cuadro clínico abdominal el cual, luego de las múltiples consultas de urgencias, hizo tomar la decisión de ser remitida al Hospital Erasmo Meoz de la ciudad de Cúcuta, en donde el viernes 28 de mayo fue intervenida para drenaje de peritonitis de origen urinario, secundaria a ruptura de la vejiga, lo cual ocurrió en el acto operatorio.

Los especialistas de la última intervención fueron los cirujanos ADOLFO BAUTISTA y RICARDO MARTINEZ. El anesthesiólogo el doctor CHAUSTRE.

El Instituto Departamental de Salud inició proceso de investigación en el presente caso, con auto de apertura de junio 2 de 2010. Asimismo, se encuentra a folios 17 recto y 20, auto fechado junio 2 de 2010, en donde se ordena la practica de unas pruebas.

Posteriormente se encuentra a folios 73 a 75, un concepto de Auditoria firmado por los doctores Juan C Zuluaga y Alvaro E Castañeda, auditores

médicos de la Oficina de Vigilancia y Control del Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander, en donde se encuentran presuntas fallas de tipo administrativo y médico en la atención de esta paciente.

Se anota además que en el folio 75 del cuaderno principal, fechado 30 de mayo de 2011, se encuentra el concepto firmado por estos auditores médicos, en donde expresan que debe trasladarse la queja ante el Tribunal de Ética Médica de Norte de Santander

Esta queja fue enviada al Tribunal Seccional de Ética Médica de Norte de Santander el día 18 de septiembre de 2013, es decir, tres años y cuatro meses después de instaurada ante el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander. Y dos años y medio después de haber sido recomendado su envío ante el Tribunal Seccional de Ética Médica por dicho Instituto. El Tribunal Seccional envió el oficio 263 de septiembre 20 de 2013 (folio 85) al quejoso, acusando recibo de la queja presentada y advirtiendo que: “las diligencias se encuentran en secretaría para ser repartidas en el momento procesal oportuno”.

Curiosamente, en los folios 86 a 88, con fecha Marzo 31 de 2015, es decir año y medio después del acto procesal consignado en el párrafo anterior, se halla lo que denomina ese tribunal como “Informe de conclusiones”, de tres paginas, en donde reconoce de manera expresa que lo único que se hizo fue una revisión de historia clínica de este caso y en donde el “investigador” doctor CARLOS SANABRIA expresa (Folio 87, párrafo 6): “6. Durante el acto quirúrgico de Pomeroy se puede presentar evento adverso como en este caso de ruptura accidental de la vejiga. No es un acto deliberado o malintencionado por parte del medico, sino un incidente que aunque prevenible se puede llegar a presentar, por tal motivo en el consentimiento informado la paciente firma después de satisfacer todas sus dudas sobre complicaciones del acto quirúrgico”

Y concluye en el folio 88:

“Una vez analizados los sucesos y los documentos anexos, no se encuentra transgresión al código de ética médica”.

Luego, en los folios 89 a 94 del expediente, se encuentra una “providencia” firmada por la sala plena del tribunal seccional, en donde transcribe este “Informe de Conclusiones” y además efectúa una serie de elucubraciones que incluyen:

- “...en este tipo de cirugías pueden aparecer, principalmente las siguientes complicaciones:.....”
- “...hubo preocupación por la atención y la salud de la paciente...”
- “...no fue desatendida ni abandonada...”
- “...sin que se pueda exigir a los médicos que precisaran una complicación en una actuación médica que buscaba acertar y dar lo mejor al paciente en la atención...”
- “...los análisis posteriores de auditoría, hay que hacerlos sobre parámetros reales y no sobre supuestos teóricos que informan la ley. Se investiga lo que hizo el médico en un procedimiento determinado y no lo que pudiera ser un parecer teórico...”

Frente a esta “perla científico jurídica”, el quejoso interpuso acción de tutela ante el Juez de Circuito de reparto de Cúcuta, debido a la negativa a conceder los recursos ante semejante decisión.

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta decidió amparar el derecho fundamental al debido proceso y ordenó al tribunal de primera instancia conceder los recursos de reposición y apelación respectivos en el actual proceso (folios 115 a 122)

El Tribunal Seccional de Ética médica de Norte de Santander concedió dichos recursos. Analizó la reposición, negando la revocatoria de la decisión ético disciplinaria y concedió la apelación. Para tales efectos, remitió el expediente al Tribunal Nacional de Ética Médica para su resolución.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

I-IRREGULARIDADES PROCESALES EN EL PRESENTE CASO

Esta superioridad se permite resumir las irregularidades presentadas en la siguiente forma

A- El Tribunal Seccional efectuó lo que denomina “Investigación”, teniendo en cuenta solamente lo consignado en la historia clínica.

Recordemos lo que se expresó en párrafos anteriores así:

Curiosamente, en los folios 86 a 88, con fecha Marzo 31 de 2015, es decir año y medio después del acto procesal consignado en el párrafo anterior, se halla lo que denomina ese tribunal como “Informe de conclusiones”, de

tres paginas, en donde reconoce de manera tácita que lo único que se hizo fue una revisión de historia clínica de este caso y en donde el “investigador” doctor CARLOS SANABRIA expresa (Folio 87, párrafo 6):

“6. Durante el acto quirúrgico de Pomeroy se puede presentar evento adverso como en este caso de ruptura accidental de la vejiga. No es un acto deliberado o malintencionado por parte del medico, sino un incidente que aunque prevenible se puede llegar a presentar, por tal motivo en el consentimiento informado la paciente firma después de satisfacer todas sus dudas sobre complicaciones del acto quirúrgico”

Y concluye en el folio 88:

“Una vez analizados los sucesos y los documentos anexos, no se encuentra transgresión al código de ética médica”.

Luego, en los folios 89 a 94 del expediente, se encuentra una “providencia” firmada por la sala plena del tribunal seccional, en donde transcribe este “Informe de Conclusiones” y además efectúa una serie de elucubraciones que incluyen:

n “...en este tipo de cirugías pueden aparecer, principalmente las siguientes complicaciones:.....”

n “...hubo preocupación por la atención y la salud de la paciente...”

n “...no fue desatendida ni abandonada...”

n “...sin que se pueda exigir a los médicos que precisaran una complicación en una actuación médica que buscaba acertar y dar lo mejor al paciente en la atención...”

n “...los análisis posteriores de auditoria, hay que hacerlos sobre parámetros reales y no sobre supuestos teóricos que informan la ley. Se investiga lo que hizo el medico en un procedimiento determinado y no lo que pudiera ser un parecer teórico...”

Ya nos referiremos en esta misma providencia a estos raciocinios

B- Los hechos ocurrieron el 23 de mayo de 2010. La Queja ante el servicio de salud tuvo efecto el 1 de junio de 2010.

Es decir, aquí se presentó una demora de un año

C- Deciden entonces enviar copias al tribunal seccional de ética médica el 30 de mayo de 2011.

Es decir, un año después de haber tomado la decisión de dicho envío.
Otra demora de un año

D- Las copias se enviaron al tribunal seccional el 18 de septiembre de 2013.

Es decir, dos años después de haber tomado la decisión. Esto quiere decir que, entre el recibo de la queja y la decisión de envío de copias al tribunal ya había transcurrido un año de demoras injustificadas. Y entre dicha decisión y el envío real al tribunal, se presentó una demora adicional de otro año. Dos años en poder de cuál de las entidades estatales implicadas en el manejo del expediente?

E- Notifican al quejoso el 20 de septiembre de 2013, diciendo que será repartido a su “debido tiempo”

Si el siguiente acto procesal tiene lugar mas de un año después de esta notificación: qué es para el tribunal seccional el “debido tiempo”?

F- Investigan solamente con base en la historia clínica, sin ratificación de la queja, sin un solo testimonio, sin ningún elemento probatorio de la actuación médica

Desde cuando los tribunales de ética médica toman decisiones basadas en la apreciación subjetiva de alguien sin ingresar en un proceso jurídico? Esta es una clara violación del debido proceso y del derecho a la defensa de ambos extremos de la relación procesal

G- Deciden archivar luego de un “informe de conclusiones” efectuado en marzo de 2015.

Es decir año y medio después de una investigación superficial, en donde ni siquiera tienen ratificación de la queja, versión del medico investigado, interrogatorio de testigos de ambas partes, ni otra indagación probatorio de ningún tipo

H- Efectúan especulaciones respecto de la ocurrencia de los hechos, basados en la historia clínica y con interpretaciones apoyadas en supuestos, en planteamientos subjetivos, en actos médicos efectuados por profesionales de los cuales no se conoce ni siquiera si son galenos graduados, y otros exabruptos por el estilo

También contrasta con lo expresado en la defectuosa providencia del acquo cuando dice:

“...los análisis posteriores de auditoría, hay que hacerlos sobre parámetros reales y no sobre supuestos teóricos que informan la ley. Se investiga lo que hizo el médico en un procedimiento determinado y no lo que pudiera ser un parecer teórico...”

I- Dan por sentado que los hechos descritos en los registros de la historia clínica son incontrovertibles, despreciando así la versión de los mismos por parte del denunciante, de la víctima y de las personas afectadas por las lesiones ocurridas en un acto quirúrgico de cuya participación ni siquiera se conoce la versión del cirujano o del anestesiólogo.

J- Asumen una posición de responsabilidad objetiva expresamente prohibida por nuestro sistema penal y disciplinario, faltando de nuevo a la ley.

K- Concluyen después de semejante actuación que el archivo no tiene ningún recurso

L- Los entutelan y les ordenan conceder reposición y apelación, con argumentos perfectamente válidos en favor del denunciante. Y al analizar la decisión de tutela no puede quedar otro camino que ir en apoyo del Juez que la emitió.

Con el anterior recuento, consideramos nuestra obligación compulsar copias a la Procuraduría General de la Nación, para que si lo considera conveniente, investigue las causas de injustificadas demoras en el presente proceso, que hoy entraría en el fenómeno procesal de la prescripción, por ineficiencia de varios funcionarios estatales.

II- SE RECIBE ADEMÁS, UN ESCRITO POR PARTE DEL PRESIDENTE DE ESE TRIBUNAL SECCIONAL, EN DONDE EXPONE LOS SIGUIENTES MOTIVOS Y CUESTIONAMIENTOS:

1- El archivo de las diligencias se viene cumpliendo de acuerdo a lo pautado por el Tribunal Nacional en sus decisiones

2- La no concesión de los recursos ha originado que las partes continúen interponiéndolos, inclusive a través de ordenes de tutela.

3- Esta posición jurisprudencial de la justicia ética médica ha sido glosada y puede originar conflictos que pueden comprometer la seguridad jurídica.

Ante esto podemos responder que:

1- Existen dos formas de archivo de las diligencias:

a- Una al término de una investigación preliminar, cuando se decide que la conducta no existió, o que el acusado no la cometió, o que el señalado no es médico, etc. Esta se conocía anteriormente como decisión inhibitoria y hoy en día también se asimila a lo que se conoce como primera forma de archivo.

Pero estamos hablando de una verdadera investigación disciplinaria, es decir, un acto lleno de garantías de imparcialidad, neutralidad, conocimiento verdadero de los hechos, obtención de declaraciones, análisis de documentos, evaluación de la conducta médica y muchos otros.

Lo que ha hecho ese tribunal seccional no es otra cosa que una deficiente lectura de las anotaciones de la historia clínica, sin asumir una posición de real averiguación de las cosas, desconociendo así los derechos de los enfermos, los derechos de los quejosos y los derechos de los médicos implicados

Sus decisiones se han basado en la simple consideración de anotaciones de historias clínicas. Estas bases son insuficientes, defectuosas, sin fundamento jurídico, sin análisis justo y no se compadecen con la dignidad del cargo de investigadores y, muchísimo menos, de magistrados de un tribunal ético disciplinario.

De otro lado, la asesoría que ha recibido del abogado encargado de orientar los casos es científicamente inaceptable, éticamente lamentable y jurídicamente peligrosa.

Esto lo podemos expresar con conocimiento directo de las causas que nos han convencido de lo que aquí decimos.

Este primer acto de archivo SÍ es susceptible de recursos de reposición y apelación, particularmente si se tiene en cuenta la Ley que protege los derechos de las víctimas, que pueden convertirse en sujetos de actos injustos y absurdos como una investigación preliminar defectuosa, como en el caso que nos ocupa en esta decisión.

El Tribunal Nacional de Ética Médica recibe estos casos y los analiza, con el objetivo de tomar decisiones como la que aquí, precisamente, habrá de tomarse.

b- La otra forma de archivo de las diligencias es al terminar un investigación formal. Se conoce también como preclusión del proceso o segunda forma de archivo.

Los recursos en este caso no tienen sentido, pues por múltiples razones enunciadas en diversas sentencias de esta superioridad, se ha dicho que los actos calificadorios del proceso, como son la preclusión y su opuesto, el pliego de cargos, no son motivo de recursos por varias razones, entre otras la de evitar la prejudicialidad del acto de segunda instancia, que la obligaría a declararse impedida de volver a conocer del proceso si vuelve a llegar en sede de apelación nuevamente.

En conclusión, señalamos la confusión existente en ese tribunal seccional respecto de dos actos de archivo de las diligencias: uno después de investigación preliminar (correctamente efectuada), conocido anteriormente como decisión inhibitoria y el cual sí es apelable; y otro después de investigación formal, conocido como acto calificadorio, preclusión o segunda forma de archivo, el cual no es sujeto de recursos, particularmente de apelación.

2- Respecto de la obtención de los recursos a través de acciones de tutela, siempre hemos recomendado los siguientes procedimientos:

A- Cumplir primero que todo la orden del juez de tutela, por la naturaleza misma de esta acción, su urgencia jurídica y la posibilidad de ser sancionado en caso de no contestarse

B- Simultáneamente conceder el recurso ordenado de manera obligatoria, e impugnar la tutela con los argumentos que se encuentran

ampliamente diseminados en nuestras jurisprudencias

C- Enviar un escrito ante la Procuraduría General de la Nación para que investigue si la decisión de tutela está basada en ignorancia del juez que la ordene o en mala fe que oriente sus decisiones

D- Denunciar esta decisión ante el Consejo Superior de la Judicatura para que investigue la conducta del juez, con las mismas bases que se solicitan ante el ente anterior (Procuraduría).

Y desde nuestro punto de vista de ciudadanos, tendremos que aceptar que existen apelaciones que sí deben concederse en primera instancia y analizarse en sede Ad quem en la primera decisión de archivo del proceso, basados en los derechos de las víctimas, pues la consideración de los actos procesales por parte del superior inmediato será una garantía que evitará que se cometan errores e injusticias tan evidentes como las que acompañan este desafortunado proceso.

3-Respecto a la afirmación que expresa que: “Esta posición jurisprudencial de la justicia ética médica ha sido glosada y puede originar conflictos que pueden comprometer la seguridad jurídica”, solamente podemos responder que ocasionaría más acciones glosatorias y, lo que es peor, acciones legales perjudiciales contra los operadores de la justicia disciplinaria ético médica, aquellas decisiones erradas como las que ha tomado en numerosas ocasiones ese tribunal seccional, muy seguramente por los errores conceptuales de tipo jurídico.

Para demostrar lo anterior, en el acápite que sigue a continuación mostramos algunos ejemplos de dichos errores.

Y no se trata de un error procesal simple: a esta mujer y a su esposo le fueron negadas todas las garantías procesales consagradas en la ley colombiana. No se les dio ninguna oportunidad de expresar su versión de los hechos, no se les permitió tratar de demostrar su dicho, no se les acogió en igualdad de condiciones para luchar en un proceso amparado por la Constitución Nacional, en fin, no se les ampararon esas garantías de un Estado Social de Derecho.

Nos preguntamos entonces de nuevo: Desde cuándo un proceso de cualquier índole se fundamenta en un solo documento probatorio?

Y este ha sido un procedimiento repetitivo en ese tribunal seccional, cuyas “investigaciones” se basan solamente en las notas de historia clí-

nica, rompiendo todos los elementos de un proceso ético disciplinario, sea por mala concepción intelectual de lo que representa el mismo; sea por pereza en ejercer las acciones procesales a las cuales se encuentra obligado; sea por ignorancia crasa de las obligaciones que corresponden a esa entidad como parte del sistema de “justicia disciplinaria ético médica”; sea por lamentable “asesoría jurídica”; sea por la razón que sea.....

Cómo se les ocurre afirmar que una investigación disciplinaria se encuentra fundamentada únicamente en esas notas de historia clínica?

En donde se encuentra la actividad procesal real que acompaña a un verdadero juzgamiento, como lo es el transcurso de un proceso de esta índole?

Cómo basa su decisión en elucubraciones de pobre base científica y de paupérrima argumentación jurídica?

Cómo es posible que se juzgue y se tome una decisión tan delicada como condenar o absolver a un médico apoyados únicamente en hechos descritos en una historia clínica que, por otro lado, puede ser incluso falseada de manera dolosa por cualquier otra persona?

En respaldo de este último punto, mencionamos lo consignado en el folio 133 de este expediente, donde el quejoso expresa muy claramente: “...se puede evidenciar que dentro de la historia clínica...existen dos descripciones quirúrgicas...una con sello y otra sin sello, de la misma fecha y hora y sobre la misma intervención quirúrgica. Lo cual denota una incongruencia respecto a la verdad, donde las letras de diligenciamiento cambian, es decir son distintas”

Y el quejoso expresa en el folio 137 su insistencia sobre esta irregularidad procesal documental, que obliga a solicitar el concurso de la Fiscalía General de la Nación por la sospecha de los posibles delitos de falsedad documental y fraude procesal

Volviendo a estas exóticas actuaciones procesales, debemos preguntarnos si hemos vuelto a los tiempos de la Roma antigua que expresaba en sus fundamentos penales: Res ipsi loquitur (los hechos hablan por sí mismos)???

No se vislumbran elementos que obedezcan a la responsabilidad subjetiva a que obliga el ordenamiento en casos de procesos penales o disciplinarios, prohibiendo de manera radical la responsabilidad objetiva.

Como puede apreciarse, estos gravísimos errores procesales son inexplicables e inexcusables, como lo es el conjunto de actos jurídicos llevados a cabo por ese tribunal seccional, al cual ya se le había advertido acerca de estos exabruptos que ponen en tela de juicio la imparcialidad y la razón intelectual de toda la denominada “justicia médica”

Ahora, si estos errores persisten en la forma en que lo han venido haciendo de manera repetitiva, o si por analizar y criticar estas actuaciones indebidas se presenta un problema de tipo administrativo que impida el normal funcionamiento de ese tribunal seccional, se deberá entonces pensar en trasladar los negocios jurídicos de tipo ético disciplinario médico a otro tribunal que asuma el conocimiento de los mismos. Los mas cercanos serian los de Santander, Arauca, Cesar y Bolívar.

La resolución de este tipo de planteamiento de problemas anticipados se encuentra en manos de este tribunal seccional

III- LA IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACION PRELIMINAR

Para justificar de manera académica nuestra posición respecto de la investigación preliminar en el proceso ético disciplinario médico, nos permitimos transcribir el excelente análisis de la Doctora Gladys León, doctora en Derecho y Bioética, Secretaria Abogada del Tribunal Seccional de Ética Médica de Cundinamarca.

Dice la Doctora León:

“...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 comisión 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 y 47.

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 inexecutable 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 artículo 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 47 que 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 distinguir ninguno, a toda la actuación penal, incluida por supuesto la etapa preprocesal, conocida como investigación previa, indagación preliminar o simplemente indagación”. ...”

Volviendo al caso presente, la indagación preliminar en este caso fue inexistente.

Cuales fueron los motivos de semejante error procesal? Los pobres análisis del tribunal seccional y sus erróneas conclusiones muestran que, en su criterio, basta la lectura de la historia clínica por parte de los magistrados y el abogado asesor para concluir que hubo o no hubo faltas a la ética y deontología profesionales médicas.

Tan simple raciocinio puede ser comparable a una decisión judicial de tipo penal que se basara exclusivamente en un informe de policía. Este puede ser la clave para definir un proceso y tomar una decisión, pero no sin antes haberlo confrontado con otras pruebas que demuestren o contradigan dicho reporte.

Si esta consideración tan primitiva por parte del juez acquo ético disciplinario medico de Norte de Santander fuera tenida en cuenta de manera general, entonces los tribunales de ética médica serian absolutamente redundantes. Y asimismo lo serian los jueces penales, civiles, administrativos y de cualquier otra índole.

Esta costumbre de esa entidad de fallar basada en las notas de historia clínica únicamente debe ser rechazada por completo. Es la nugatoria de todos los derechos individuales, tanto del demandado como del demandante. Constituye una clara muestra de negligencia judicial.

IV- EL FENOMENO DE LA PRESCRIPCION EN EL PRESENTE PROCESO

El proceso llegó a este tribunal nacional el 3 de julio de 2015, es decir, mes y medio después de haberse cumplido los cinco años del periodo de prescripción procesal para investigaciones disciplinarias.

Quedaría un sabor de amarga injusticia en el presente caso, no porque este-mos dando un criterio de inocencia o culpabilidad respecto de quienes par-ticiparon en el manejo de este caso, sino por las dilaciones injustificadas que se presentaron en diversas entidades del Estado, que obstaculizaron, entorpecieron y demoraron este proceso.

Y a esto también contribuyó el Tribunal Seccional de Ética Médica de Nor-te de Santander, quien no solamente incurrió en demoras adicionales, sino que de manera negligente y francamente opuesta al espíritu y la herme-néutica exegética de la Ley 23 de 1981, no se desempeñó con la diligencia y rigurosidad que el caso exigía y se apartó de la ley de manera flagrante, a través de una serie de análisis que esta superioridad rechaza de manera enérgica.

En sentencia numero 1764 del Tribunal seccional de Ética Médica de An-tioquia, con ponencia de este mismo magistrado (FGM) se expresó:

“...Llama la atención la demora, verdaderamente injustificada, de este proceso por espacio de casi cinco años en el Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia, lo cual obedece a numerosos actos procesales dila-torios por parte del acusado y sus defensores, así como a falta de celeridad y eficacia por parte de ese tribunal seccional

Estas demoras o dilaciones encaminadas a buscar la prescripción de este proceso dejan un amargo sabor de falta de diligencia en el tribunal de pri-mera instancia.

Se llama entonces la atención del juez acquo en este sentido, porque de-bemos declarar este instituto procesal de la prescripción, obedeciendo los mandatos de la Ley que así nos obliga a actuar.

Simplemente enunciaremos el respaldo procesal que apoya esta obligación de esta superioridad.

I- LA PRESCRIPCIÓN EN EL PROCESO ÉTICO DISCIPLINARIO

RESPECTO DE LA PRESCRIPCIÓN, en providencia número 42-2003, con ponencia del Magistrado FERNANDO GUZMAN MORA se expresó 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 párrafo 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 párrafo 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 inexecutable el párrafo 1o. del artículo 34 de la ley 200 de 1995, por infringir los artículos 29 y 13 de la Constitución...”

El anterior raciocinio debe reconsiderarse desde el punto de vista legal, en el aspecto de Interrupción de la Prescripción ético disciplinaria, como se considera en el siguiente acápite.

V- CONSIDERACIONES SOBRE LA INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION

Debe analizarse aquí un aspecto de capital importancia que viene preocupando a los tribunales de ética médica colombianos, tanto seccionales como nacional, respecto de la prescripción que ha sido analizada previamente.

Por muchísimas razones, muchos procesos disciplinarios ético médicos han sido cobijados por este fenómeno procesal, que constituye una verdadera sanción al aparato judicial del Estado por su ineficiencia, negligencia, ineficacia e ineffectividad en la resolución de casos de variada índole.

En nuestro sistema profesional medico se presentan varias causas de prescripción, entre las cuales mencionamos solamente algunas:

- 1- La demora en la presentación de la denuncia ante los tribunales ético disciplinarios por ignorancia de los pacientes y las victimas de actos médicos que violan el Código de Ética Médica, Ley 23 de 1981. Aquí entran en consideración todos los aspectos de caducidad, en el sentido de limitar el tiempo para poder movilizar el derecho de acción disciplinaria.
- 2- La falta de diligencia por parte de las entidades estatales o privadas que conocen de las posible faltas disciplinarias y se demoran en denunciarlas ante los tribunales disciplinarios.
- 3- La negligencia por parte de algunos tribunales de ética médica respecto de la agilización de los procesos, por motivos de variada índole. Tal es el caso de Norte de Santander, demostrado en el presente proceso.
- 4- La excesiva carga de procesos en manos de un numero insuficiente de magistrados seccionales, como ocurre en Bogotá, al cual llegan verdaderas avalanchas de quejas.
- 5- Las prácticas dilatorias por parte de abogados habilidosos, que demoran los procesos a través de numerosos actos como: aplazamiento de diligencias, obstrucción a las notificaciones, solicitud de pruebas inútiles, presentación de nulidades inexistentes, etc.
- 6- La aparición de efectos lesivos de algunos procedimientos operatorios, tal como ocurre en casos de cirugía estética en los cuales se administran sustancias que muestran sus efectos después de cinco años de haber sido aplicadas en el organismo humano.

Es una realidad que en la Ley 23, regulatoria del proceso ético disciplinario no existe ninguna previsión normativa relacionada con la prescripción y menos aún, sobre su posible interrupción. Esta laguna legislativa nos obliga a realizar una serie de consideraciones sobre la posibilidad de la integración legislativa con normas de otros ordenamientos, para que podamos responder a éste interrogante, de si en el proceso disciplinario es posible la interrupción del período prescriptivo de la acción.

El Estado en el ejercicio de sus potestades y funciones tiene dos formas fundamentales de expresarse, una a nivel interno y otra en el ámbito internacional, en ésta última caracteriza su dinámica en su interactuar con la comunidad internacional, accionar del que de manera necesaria depende su independencia, su soberanía, su integridad territorial; mientras que en la primera manifiesta su accionar en el ejercicio de su poder, le confiere una capacidad jurisdiccional, para resolver todos los conflictos internos que se presenten al interior de la Nación, bien entre los miembros de la comunidad entre sí, o entre éstos y las personas jurídicas de derecho privado o público, o conflictos entre personas jurídicas públicas o privadas.

En el ámbito jurisdiccional, ejerce el *ius puniendi*, o capacidad persecutora y sancionadora del Estado, en relación con todas aquellas personas que vulneren las reglas mínimas de convivencia social.

El poder jurisdiccional del Estado, en el ejercicio del *ius puniendi* no es ilimitado, y no puede serlo, porque siendo que la República de Colombia se concibe edificada sobre la dignidad humana¹, ello supone de manera necesaria que el poder persecutor y sancionador del Estado debe ser limitado, puesto que tiene un valla inexpugnable que es la infinita, inquebrantable e indescognoscible dignidad de ser hombre.

Por el inquebrantable respeto a la dignidad de ser hombre y por la necesidad de limitar o restringir la capacidad persecutora y sancionadora del Estado se evidencia en la voluntad del Constituyente de auto-limitar su capacidad represiva y prohibir por ejemplo penas como la capital², la

¹ ARTICULO 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, FUNDADA EN EL RESPETO DE LA DIGNIDAD HUMANA, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (Lo destacado no lo es en el texto).

² ARTICULO 11. El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.

desaparición forzada, los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes³, la imposibilidad de la prisión por deudas y de penas o medidas de seguridad imprescriptibles⁴, la prohibición del destierro, la cadena perpetua, y la confiscación⁵; de prohibir el castigo reiterado o la persecución indefinida⁶; de imponer la judicialización de la pérdida de la intimidad de las comunicaciones⁷, de la inviolabilidad domiciliaria, de la libertad

³ ARTICULO 12. Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

⁴ ARTICULO 28. <Artículo modificado por el artículo 3 del Acto Legislativo 2 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, para que este adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

Una ley estatutaria reglamentará la forma en que, sin previa orden judicial, las autoridades que ella señale puedan realizar detenciones, allanamientos y registros domiciliarios, con aviso inmediato a la Procuraduría General de la Nación y control judicial posterior dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, siempre que existan serios motivos para prevenir la comisión de actos terroristas. Al iniciar cada periodo de sesiones el Gobierno rendirá informe al Congreso sobre el uso que se haya hecho de esta facultad. Los funcionarios que abusen de las medidas a que se refiere este artículo incurrirán en falta gravísima, sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar.

⁵ ARTICULO 34. Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación.

No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social.

⁶ ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, Y A NO SER JUZGADO DOS VECES POR EL MISMO HECHO. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso. (Lo destacado no lo es en el texto).

⁷ARTÍCULO 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de

de locomoción⁸. Igualmente es perceptible en la limitación a los poderes investigativos del Estado, en cuanto a que el derecho de investigar y de sancionar tiene limitación en el tiempo⁹, la actuación investigativa, procesal y de juzgamiento debe hacerse dentro de los parámetros del debido proceso¹⁰, la práctica probatoria debe ser realizada dentro de los límites

datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. SÓLO PUEDEN SER INTERCEPTADAS O REGISTRADAS MEDIANTE ORDEN JUDICIAL, EN LOS CASOS Y CON LAS FORMALIDADES QUE ESTABLEZCA LA LEY.

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley. (Lo destacado no lo es en el texto).

⁸ARTICULO 28. Toda persona es libre. NADIE PUEDE SER MOLESTADO EN SU PERSONA O FAMILIA, NI REDUCIDO A PRISIÓN O ARRESTO, NI DETENIDO, NI SU DOMICILIO REGISTRADO, SINO EN VIRTUD DE MANDAMIENTO ESCRITO DE AUTORIDAD JUDICIAL COMPETENTE, CON LAS FORMALIDADES LEGALES Y POR MOTIVO PREVIAMENTE DEFINIDO EN LA LEY.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles. (Lo destacado no lo es en el texto).

⁹ARTICULO 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

¹⁰ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

de la legalidad¹¹ y dentro de la inquebrantable dignidad del ser humano¹².

Esa voluntad del Constituyente de reprochar y excluir las penas eliminativas y las perpetuas, el propósito de erradicar las penas y los tratos crueles, inhumanos, infamantes y degradantes, la imposibilidad de negarle el suelo patrio como ubicación geográfica de supervivencia y obviamente de no permitírsele imponer la pérdida de la nacionalidad o de privarlo de toda posibilidad económica; todo ello concordado con esa Voluntad Normativa Superior, de evitar por parte del Estado y en contra del ciudadano de la utilización de un mismo elemento o circunstancia de la conducta para hacer más gravosa la situación del imputado, de impedir la posibilidad de una persecución indefinida o para justificar la imposibilidad del doble procesamiento,¹³ que al decir de Escriche, es evitarle al ciudadano una eterna persecución de la que solo podría librarse con la tranquilidad del sepulcro, el limitar la capacidad investigativa y juzgadora del Estado nos lleva a concluir que dentro de la actual concepción de Estado Democrático y Social de Derecho que hemos adoptado, son imposibles las medidas restrictivas de derechos fundamentales indefinidas o afectantes de la dignidad humana.

Es pertinente precisar que la prohibición de la cadena perpetua y la imprescriptibilidad de la acción penal tienen hoy sus excepciones, como consecuencia de las reformas introducidas por el Acto Legislativo Nro.2 de

¹¹ Ley 906 de 2004. ARTÍCULO 23. CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN. Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.

Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia.

¹² ARTICULO 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

¹³ Non bis in ídem. Estas palabras latinas, que literalmente significan no dos veces sobre lo mismo, contienen un axioma de derecho, cuyo sentido es que por un mismo delito no se ha de sufrir mas que una persecución; es decir, que no puede ser nuevamente acusado de un delito el que fue ya juzgado y absuelto de él;

Tales son, como lo anuncia el mismo legislador, las leyes que la justicia y la humanidad han prescrito en todo tiempo a favor de los acusados. Ilusoria sería la ventaja de haber sido absuelto, si el acusador tenía el derecho cruel de renovar perpetuamente sus denuncias sobre el mismo hecho y si el acusado no pudiese esperar asilo sino en la tumba.

Diccionario Razonado de Legislación y jurisprudencia, Don Joaquín Escriche, Magistrado de la Audiencia de Madrid, pág 1338 Garnier Hermanos. Libreros Editores. París, Sin año de edición.

2001, que por medio del artículo 1º adicionó el artículo 93 de la Carta, para permitirle al Gobierno de Colombia que pudiera ratificar el Tratado Multilateral, contentivo del Pacto de Roma, por medio del cual se creó la Corte Penal Internacional.¹⁴

Efectivamente en dicho Estatuto se prevé como una de las principales sanciones imponibles a los responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio, y de guerra, la cadena perpetua,¹⁵ y al mismo tiempo la imprescriptibilidad de la acción penal nacida de los mismos.¹⁶

Como consecuencia de ésta reforma constitucional y de la subsiguiente ratificación del Pacto de Roma, a los responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio y de guerra podrían hacerse acreedores a la cadena perpetua como pena y a la imprescriptibilidad de la acción penal, siempre y cuando dichas conductas sean avocadas en su conocimiento por la

¹⁴ ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

<Incisos 3 y 4 adicionados por el artículo 1 del Acto Legislativo No. 2 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:>

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

¹⁵ Ley 742 de 2002. Aprobatoria del Pacto de Roma. Artículo 77. Penas aplicables

1. La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5o del presente Estatuto una de las penas siguientes:

A) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o

B) LA RECLUSIÓN A PERPETUIDAD CUANDO LO JUSTIFIQUEN LA EXTREMA GRAVEDAD DEL CRIMEN Y LAS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DEL CONDENADO.

2. Además de la reclusión, la Corte podrá imponer:

a) Una multa con arreglo a los criterios enunciados en las Reglas de Procedimiento y Prueba;

b) El decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. (Lo destacado no lo es en el texto)

¹⁶ Ley 742 de 2002. Artículo 29. Imprescriptibilidad. Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán.

Corte Penal Internacional, en aplicación del principio de subsidiaridad de su competencia.

Bien se sabe, que dicho Estatuto es complementario de las legislaciones nacionales y por tanto, la Corte Penal Internacional solo adquiere competencia cuando se dan ciertos supuestos expresa y taxativamente contemplados en dicho texto. Si la Corte Penal no adquiere competencia, esos delitos de lesa humanidad, serán conocidos por la justicia nacional y los responsables se harán acreedores a las penas previstas en la ley penal nacional y la prescripción de la acción y de la pena será de conformidad con las previsiones de nuestras leyes.

El vocablo prescripción en su contenido lingüístico en el ilustrado concepto de Cabanellas significa:

“**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. Caducidad de derecho o facultad no ejercidos durante largo lapso o prescripción extintiva. **CESACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL POR EL TRANCURSO DE CIERTO TIEMPO SIN PERSEGUIR EL DELITO O LA FALTA, O YA QUEBRANTADA LA CONDENADA.** Precepto, orden, mandato. Proemio, prólogo, introducción de un escrito u obra.¹⁷ (Lo destacado no lo es en el texto).

El mismo autor en relación con la prescripción de la acción nos indica:

“**PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. NO PUEDE EJERCERSE EFICAZMENTE ÉSTA UNA VEZ TRANCURRIDO CIERTO TIEMPO DESDE HABERSE DELINQUIDO.**

.....

Esta caducidad procesal empieza a correr desde la medianoche del día en que se haya cometido el delito o, de ser éste continuo, desde aquel en que cesó de cometerse.¹⁸ (Lo destacado no lo es en el texto).

¹⁷ Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Guillermo Cabanellas. Pág 373, Tomo VI. E. Heliasta. Buenos Aires, 1996.

¹⁸ Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Guillermo Cabanellas. Pág 375, Tomo VI. E. Heliasta. Buenos Aires, 1996.

Y sobre la prescripción de la sanción penal nos enseña:

“PRESCRIPCIÓN DE LA PENA. *LIBERACIÓN DE CUMPLIR LA CONDENA IMPUESTA TRAS CIERTO LAPSO EN IRREGULAR LIBERTAD O SIN APLICACIÓN DE LA MEDIDA RESTRICATIVA DE OTRO DERECHO. CONSTITUYE ÉSTA UNA DE LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL*¹⁹.

(Lo destacado no lo es en el texto).

La prescripción es un fenómeno jurídico que se presenta cuando se le vence al Estado en el ejercicio de sus facultades persecutoras un tiempo determinado dentro del cual podía ejercer el legal hostigamiento o ejecutar el castigo impuesto. Si dentro de éste lapso de tiempo, el Estado no puede consumir la persecución o implementar el castigo, cesa su competencia persecutora o sancionadora, como consecuencia del perfeccionamiento del fenómeno de la prescripción de la acción o de la pena.

Con la consumación de la prescripción de la acción, el Estado pierde la competencia para poder seguir investigando o tramitando el juicio, según el caso, por haberse perfeccionado el fenómeno de la prescripción y en tratándose de la prescripción de la pena, pasado el tiempo previsto en la ley, sin que el Estado hubiera podido ejecutar la pena impuesta por medio de sentencia ejecutoriada, pierde la capacidad de poderla ejecutar, precisamente por haberse vencido el tiempo que el legislador le concedió para que la pudiera hacer cumplir.

La prescripción de la acción penal se encuentra prevista en el artículo 83 del vigente Código Penal (Ley 599 de 2000) al determinarse:

“ARTÍCULO 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.

¹⁹ Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Guillermo Cabanellas. Pág 375, Tomo VI. E. Heliasta. Buenos Aires, 1996.

(Artículo adicionado por la ley 1154 del 4 de septiembre de 2007).
Cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, 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.

Para este efecto se tendrán en cuenta las causales sustanciales modificadoras de la punibilidad.

Al servidor público que en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte.

También se aumentará el término de prescripción, en la mitad, cuando la conducta punible se hubiere iniciado o consumado en el exterior.

En todo caso, cuando se aumente el término de prescripción, no se excederá el límite máximo fijado.

La prescripción de la pena aparece consagrada en el artículo 89 del Código Penal al precisarse:

“ARTÍCULO 89. **TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN PENAL.** La pena privativa de la libertad, salvo lo previsto en tratados internacionales debidamente incorporados al ordenamiento jurídico, prescribe en el término fijado para ella en la sentencia o en el que falte por ejecutar, pero en ningún caso podrá ser inferior a cinco (5) años.

La pena no privativa de la libertad prescribe en cinco (5) años

La acción penal o capacidad del Estado para investigar hechos delictivos o conductas disciplinarias, surge precisamente de la consumación de la conducta tipificada en la ley, bien por acción o bien por omisión, bien por acción delictiva instantánea o permanente.

En tales circunstancias el término de prescripción comienza a contarse desde el día en que se perfeccionó la acción o la omisión mediante la cual se consumó la conducta típica.

En las conductas de consumación instantánea es obvio, que el tiempo prescriptivo de la acción comienza a contarse desde el día en que se realizó la acción o la omisión que produjo el resultado antijurídico. En el caso del homicidio desde el día en que se produce la muerte de un ser humano como consecuencia de la acción o de la omisión realizada por el sujeto agente del delito.

En las conductas continuadas, permanentes o de tracto sucesivo, a partir del día en que se realizó la última acción delictiva. En el hurto continuado, a partir del día en que se consumó la última sustracción y en conductas permanentes como el secuestro, desde el día en que la persona por cualquier motivo recobra la libertad o fallece dentro del ilícito cautiverio. En las conductas omisivas el término prescriptivo de la acción comenzará a contarse desde el día en que haya cesado el deber legal de actuar.

La iniciación del término prescriptivo de la acción penal aparece regulado en el actual código penal, en su artículo 84 al determinar:

“ARTÍCULO 84. INICIACIÓN DEL TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN. En las conductas punibles de ejecución instantánea el término de prescripción de la acción comenzará a correr desde el día de su consumación.

En las conductas punibles de ejecución permanente o en las que solo alcancen el grado de tentativa, el término comenzará a correr desde la perpetración del último acto.

En las conductas punibles omisivas el término comenzará a correr cuando haya cesado el deber de actuar.

Cuando fueren varias las conductas punibles investigadas y juzgadas en un mismo proceso, el término de prescripción correrá independientemente para cada una de ellas.

En todos los códigos penales anteriores y en el actual, siempre se previó que el período prescriptivo de la acción se interrumpía o suspendía con la ejecutoria de la resolución de acusación.²⁰

²⁰ DART. 86.—Interrupción y suspensión del término prescriptivo de la acción. La prescripción de la acción penal se interrumpe con la resolución acusatoria o su equivalente debidamente ejecutoriada.

Producida la interrupción del término prescriptivo, éste comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83. En este evento el término no podrá ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10).

Pero esa tradición jurídica se pierde con las previsiones del artículo 6° de la ley 890 de 2004 que modifica tal concepción y se dispone que la prescripción se interrumpe es con la formulación de la imputación. Es obvio que esta modificación se produce como consecuencia de comenzar a regir el nuevo sistema procesal acusatorio.

“ ARTÍCULO 86. INTERRUPCIÓN Y SUSPENSIÓN DEL TÉRMINO PRESCRIPTIVO DE LA ACCIÓN.

<Inciso 1o. modificado por el artículo 6 de la Ley 890 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> La prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación.

Producida la interrupción del término prescriptivo, éste comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83. En este evento el término no podrá ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10).

Hoy con la norma disciplinaria vigente,²¹ y de conformidad con la modificación introducida por el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011, se ha dispuesto que la prescripción de la acción disciplinaria comenzará a contarse a partir del auto de apertura del proceso disciplinario.

Lo anterior nos indica que hubo una profunda modificación en cuanto a la forma de comenzar a contarse la prescripción de la acción disciplinaria, porque ya no es desde el momento de la consumación, ni desde la ejecución del último acto, ni desde que cesó el deber de actuar, como se había contemplado en la legislación anterior, sino que el término prescriptivo se

²¹ ARTÍCULO 30. TÉRMINOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA. Modificado por el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011. Estatuto Anticorrupción. CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA. El artículo 30 de la ley 734 de 2002 quedará así:

La acción disciplinaria caducará si transcurridos cinco años, desde la ocurrencia de la falta, no sea proferido auto de apertura de investigación disciplinaria. Este término empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último hecho o acto y para las omisivas cuando haya cesado el deber de actuar.

La acción disciplinaria prescribirá en cinco años contados a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria. Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un mismo proceso la prescripción se cumple independientemente para cada una de ellas.

PARÁGRAFO. Los términos prescriptivos aquí previstos quedan sujetos a lo establecido en los tratados internacionales que Colombia ratifique.

comenzará a contar a partir de la fecha en que se dicte auto de apertura de la investigación disciplinaria. Es más que evidente que de manera general, los vencimientos de los términos y la consumación de la prescripción, son responsabilidad del Estado y de manera concreta de los funcionarios encargados de adelantar los procesos disciplinarios. Si ello es así, no puede concebirse que el ciudadano que se ha sometido a proceso y ha cumplido lealmente con sus deberes dentro del proceso, como consecuencia de la negligencia, desidia, o desinterés de los funcionarios responsables del adelantamiento del proceso, le sobrevenga al ciudadano investigado un castigo, - la prolongación del período prescriptivo de la acción -, por conductas que no son de su responsabilidad.

No sobra hacer unas mínimas consideraciones en relación con el funcionamiento de la justicia en general, y en particular el deber que tienen los jueces de dictar un fallo que ponga fin a todos los procesos que por competencia sean de su responsabilidad y la imposibilidad jurídica que tienen de abstenerse de fallar, alegando lagunas normativas y/o dudas probatorias, porque en relación con la primera dubitación, el juez siempre deberá buscar un fundamento normativo para dictar el fallo correspondiente y si efectivamente existen vacíos normativos deberá acudir a los principios de integración,²² al principio de favorabilidad, a la aplicación analógica de la ley penal favorable,²³ y al principio de integración, para llenar los vacíos que se presenten en la aplicación de la ley que regula el caso que debe ser decidido.²⁴

²² Ley 599 de 2000. ART. 2°—INTEGRACIÓN. Las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este código.

Ley 906 de 2004. ARTÍCULO 3o. PRELACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES. En la actuación prevalecerá lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción, por formar bloque de constitucionalidad.

²³ Ley 599 de 2000. ART. 6°—LEGALIDAD. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco. Ley 906 de 2004. ARTÍCULO 6o. LEGALIDAD. Nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas propias de cada juicio.

La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

²⁴ARTÍCULO 25. INTEGRACIÓN. En materias que no estén expresamente reguladas en este código o demás disposiciones complementarias, son aplicables las del Código de Procedimiento Civil y las de otros ordenamientos procesales cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal.

Lo anterior, porque el Código Disciplinario Médico, Ley 23 de 1981, en el artículo 82, ordena que los vacíos existentes en esa norma sean llenados por remisión a las previsiones del Código de Procedimiento Penal. En ésta norma se evidencia la voluntad del legislador, que fue consciente que eran disciplinas con características y principios similares, y por ello ordenó que sus vacíos se llenaran en el ámbito del derecho procesal penal y de ningún otro ordenamiento.

Es evidente que éste tipo de regulaciones normativas no cubren la totalidad de los fenómenos de derecho penal material, ni del derecho procesal penal que se presentan en el adelantamiento de los procesos disciplinarios, vacíos que de manera necesaria, se deben llenar de conformidad con las previsiones penales y procesales señaladas con anterioridad y que aparecen consagradas en los códigos penal y procesal penal, actualmente vigentes.

Lo anterior, porque como ya lo adelantábamos el juez, bajo ninguna circunstancia puede abstenerse de fallar un proceso, argumentando ausencia de normas o vacíos probatorios, so pena de incurrir en una conducta delictiva. La Ley 153 de 1887, en relación con éste tema dispone:

“ **ARTÍCULO 48. LOS JUECES Ó MAGISTRADOS QUE REHUSAREN JUZGAR PRETEXTANDO SILENCIO, OSCURIDAD Ó INSUFICIENCIA DE LA LEY, INCURRIRÁN EN RESPONSABILIDAD POR DENEGACIÓN DE JUSTICIA.** (Lo destacado no lo es en el texto).

Es por las circunstancias normativas precedentes que ha de concluirse que pese a que el artículo 82 solo remite a las normas procesales penales, para efectos de cumplir con el deber de impartir justicia se debe hacer remisión a las normas penales, procesales o disciplinarias que sean necesarias para llenar los vacíos que pudieran existir en éste ordenamiento y que por tal circunstancia, pudieran convertirse en un obstáculo para las decisiones que deben ser tomadas.

Lo anterior, no descarta entonces que para efectos de poder dictar un fallo disciplinario tuviera que hacerse remisión a normas del Código Penal, del Código Disciplinario Único, o de cualquier otra normatividad procesal con la que pudieran llenarse vacíos o lagunas normativas contenidas en el Código Disciplinario.

Pero siempre debe tenerse en cuenta que cuando se acude a la remisión para llenar vacíos normativos, ha de acudir a las normatividades que sean de la misma naturaleza o características de la ley que se pretende completar con la remisión. Así lo dispone el artículo 8º de la ley 153 de 1887, que en éste tipo de eventos se acuda a leyes que contengan materias semejantes,²⁵ y ello es entendible, porque al regularse materias semejantes por leyes diferentes, ha de entenderse que están regidas por los mismos principios, derechos y garantías y que por tanto la solución de los problemas surgidos en su interpretación y aplicación, obedecen a directrices semejantes.

Es una realidad que el derecho penal disciplinario es de naturaleza compleja, porque de un lado es aceptado universalmente que por el principal regulador de la función pública en cuanto a su eficiencia y corrección, hace parte del derecho administrativo, pero por el otro, en cuanto a que impone verdaderas sanciones, es una vertiente del derecho penal material como ha sido reconocido tanto por la doctrina nacional como internacional.

Como una parte del derecho penal material, el derecho disciplinario debe ser concebido y reglamentado dentro de las garantías y características del derecho penal material, pero es obvio, que haciendo parte del derecho administrativo, sus decisiones tienen la opción de ser cuestionadas en el ámbito de la justicia Contencioso Administrativa.

Toda la conceptualización propia del debido proceso, con sus derechos y garantías que son propias para el derecho penal son extensibles al ámbito del derecho disciplinario, porque ambos pertenecen al ámbito del derecho sancionador y las únicas diferencias existentes es en relación con las consecuencias punitivas al producirse el juicio de responsabilidad.

Dentro de esa naturaleza compleja del derecho disciplinario ha de concluirse entonces que el trámite de los procesos disciplinarios debe adelantarse con el apego de los principios y garantías propias del derecho penal material y que la decisión final del proceso disciplinario si es susceptible de ser cuestionada ante la justicia contencioso administrativa.

El Derecho Penal Disciplinario en el pensamiento de don Luis Jiménez de Asúa:

²⁵ “ 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.

“ Es un conjunto de normas que asocian a las infracciones den naturaleza administrativa en que interviene la potestad jerárquica, con una sanción que reviste carácter de pena”.²⁶

Existe sin embargo una profunda diferencia estructural y de objetivos y consecuencias entre los dos ordenamientos, por los principios en que se fundan, porque mientras el derecho penal con la creación previa de un catálogo de tipos penales, busca la represión y prevención de la delincuencia, buscando la protección de aquellos bienes jurídicos de especial relevancia para el Estado, la Nación, y la Persona; el derecho disciplinario, mediante sanciones que si bien no asumen la índole de penas, tiene si un claro carácter sancionatorio, preventivo y correctivo, con las que se busca mantener la eficiencia y debido comportamiento impuestos por los ordenamientos disciplinarios destinados a mantener el adecuado manejo de la administración pública, del funcionamiento correcto de las instituciones docentes, de la lealtad en la práctica deportiva, o del correcto ejercicio de las profesiones liberales autorizadas y reguladas por la legislación.

Es importante igualmente destacar que el rigor que en la descripción de las conductas típicas que se exige en el ámbito del derecho penal no se da en el derecho disciplinario, puesto que al decir del maestro Jiménez:

“ A nuestro juicio, lo que acontece es que la infracción suele estar formulada inconcretamente, vagamente. En este sentido y por lo mismo que los tipos penales son agotadores, no le falta razón a Max Ernesto Mayer al establecer como características del Derecho Penal disciplinario la ausencia del tipo”.²⁷

La potestad disciplinaria que posee el Estado deviene directamente de la propia Constitución, puesto que al imponerse una serie de deberes a los funcionarios públicos, se prevé la posibilidad de su sanción para garantizar el correcto y eficiente funcionamiento del Estado en todas y cada una de sus manifestaciones.

La Constitución Nacional en el capítulo destinado a la función pública, precisa y determina quienes son funcionarios públicos y delega en la ley

²⁶ Tratado de Derecho Penal, Luis Jiménez de Asúa, Tomo I, pág. 43. E. Losada, Buenos Aires, 1967.-

²⁷ Tratado de derecho penal, Luis Jiménez de Asúa, Ob cit. Tomo I pág 44.-.

para que establezca el régimen a que estarán sometidos quienes desempeñen funciones públicas transitorias.²⁸

Igualmente se establece en la Carta Política la responsabilidad penal y disciplinaria para los funcionarios del Estado,²⁹ y la de éstos y los particulares en el artículo 6° del mismo Estatuto,³⁰ confiriéndose a la Procuraduría General de la Nación el poder disciplinario preferente en el numeral 6° del artículo 277 de la C. N.³¹

Por delegación legal del Estado, se faculta a algunas instituciones privadas, con funciones públicas transitorias, para que ejerzan igualmente funciones disciplinarias como ocurre con las corporaciones docentes respecto de los estudiantes, los patrones en relación a las faltas cometidas por los trabajadores de conformidad con un reglamento del trabajo debidamente autorizado por el Ministerio del Trabajo, en la actividad deportiva por parte de las ligas aficionadas o profesionales en relación con las infracciones al reglamento deportivo, por delegación directa de la Ley del Deporte y en las agremiaciones profesionales, para ejercer un control sobre el ejercicio adecuado de esas profesiones que son autorizadas y reglamentadas por el Estado.

Porque en relación con el tema que nos interesa debemos recordar que a pesar de que la Constitución consagra la libertad de escogencia profesional, el Estado se reserva el derecho de controlarlas y reglamentarlas y ello es

²⁸ Art. 123.- Son servidores público los miembros de las corporaciones publicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.- Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad.; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.- La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.-

²⁹ Art. 92 Cualquier persona natural o jurídica podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las sanciones penales o disciplinarias derivadas de la conducta de las autoridades publicas.-

³⁰ ARTICULO 6o. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o exlimitación en el ejercicio de sus funciones.

³¹ Art. 277.- El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:

6) Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones publicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley.-

apenas elemental porque con el ejercicio incorrecto de una profesión se pueden llegar a ocasionar graves daños a los miembros de la comunidad.³²

La potestad disciplinaria ha sido definida por Julio Pratt, como :

“ La facultad de la administración de aplicar sanciones mediante la observancia de un procedimiento especialmente establecido a estos efectos, con el objeto de mantener el orden y el correcto funcionamiento del servicio a su cargo.³³

Es claro que al ser un derecho sancionador y al poderse afectar derechos trascendentes del ciudadano, como sería por ejemplo excluirlo del ejercicio profesional por un tiempo más o menos largo, que en la actualidad puede llegar a ser hasta de cinco años, es apenas lógico que dicho poder punitivo se encuentre perfectamente regulado para evitar que se pudieran cometer abusos y arbitrariedades en perjuicio de los ciudadanos sometidos a tales controles.

Es por ello que en éste ámbito predomina de manera relevante el principio de legalidad, tanto en el área de la definición de las conductas constitutivas de falta disciplinaria, como en el área procesal, en cuanto a los procedimientos que deben seguirse para finalmente poder imponer una sanción disciplinaria.

La Constitución de 1.991 dispuso un muy especial cuidado a los problemas relacionados con la salud, la seguridad social y el desarrollo integral y armonioso de los ciudadanos al establecer una serie de normas que tienen como finalidad fundamental garantizar el pleno y libre desarrollo de la personalidad, dentro del más estricto respecto a la dignidad de ser hombre.

Es por ello que en el artículo 43 estableció que la mujer:

³² Art. 26. Toda persona es libre de escoger profesión u oficio . La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social.-

Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles.-

³³ Derecho Administrativo, Julio Pratt, Tomo I. Pág 154. Montevideo 1977.-

“ Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada “.

En el 44 se determinó que:

“ Son derechos fundamentales de los niños; la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada.....

En el 46 se dispone la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad, garantizándoles los servicios de la seguridad social integral y en el 47 la protección de los minusválidos, mientras que en el 48 se determina la existencia de la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio prestado bajo la dirección y control del Estado; para finalmente establecer en el art 49 que:

“ La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

“ Corresponde al Estado organizar, dirigir, y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

“ Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con la participación de la comunidad.”

“ La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria “.

“ Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad “.

En el art 50 se consagra el derecho de todo niño menor de un año a recibir atención gratuita en todas las instituciones que reciban aportes del Estado cuando no tuvieran cobertura en salud.

Dentro de tales parámetros normativos es fácil entender que nuestro Constituyente quiso crear los elementos de derecho positivo esenciales para garantizar la vida y la salud de la totalidad de los colombianos, destacándose éste como uno de los derechos con una mayor presencia en el texto constitucional y esta posición es de lógico entendimiento, porque si la vida es el substrato o fundamento para el desarrollo y ejercicio de todos los demás derechos constitucionales es claro que se debe dar una mayor protección a la conservación de la vida y de la salud, para que los demás derechos puedan ser ejercidos y para que aquella pueda desarrollarse en el marco inviolable que le corresponde a la dignidad de ser hombre.

Es entonces indiscutible que por ser el objeto de estudio y del ejercicio de la medicina la vida humana, se trata de una profesión prioritaria dentro de la vida de la comunidad y por ello el Estado se ve en la obligación de reglamentarla y controlarla con mayor precisión y exigencia que las otras profesiones liberales que están autorizadas en su ejercicio por la Constitución y la Ley.

La ley ética no ha sido concebida con un propósito persecutorio contra los médicos, sino con la laudable finalidad de garantizar un ejercicio responsable de esta profesión y de tal manera obtener la concreta vigencia y cumplimiento de los principios constitucionales antes citados.

Es dentro de este entendimiento que no es posible que pueda concebirse el proceso ético-médico como un instrumento de venganza privada, o un medio de persecución puesto en manos de los pacientes o de sus familiares, para hostigar al profesional de la medicina del cual recibieron sus servicios, ni menos aún que mediante el mismo, pudieran aspirar o pretender obtener el resarcimiento de los perjuicios económicos que afirman haber sufrido como consecuencia de la intervención médica.

El proceso de ética médica pretende ante todo garantizar un cabal, técnico, científico y humanizado ejercicio de la medicina y es por ello que su objetivo fundamental es de naturaleza social y pública, puesto que se convierte en un instrumento de seguridad para todos los integrantes de la comunidad.

Es por su naturaleza de derecho público y de sus objetivos eminentemente sociales, de bienestar general de todos y cada uno de los miembros de la comunidad, razón suficiente para pensar como inconcebible que pretendiesen constituirse en parte civil para como resultas del proceso obtener la indemnización que buscan sobre los posibles perjuicios recibidos.

Constituyen los Tribunales de Ética Médica y en general de ética profesional una necesidad social insoslayable, porque si bien la Constitución consagra la libertad de profesión y oficio, también lo es que al garantizar la vida, la salud, el medio ambiente, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho al trabajo, la vivienda y tantos otros derechos, para la preservación de los mismos, debe garantizársele a los integrantes del núcleo social que los servicios profesionales que reciben sean idóneos y prestados con pericia y diligencia.

Es la razón por la cual, pese a la libertad de escogencia profesional el Estado se abroga el derecho de reglamentar y controlar todas las profesiones admitidas normativamente, porque de no ser así los derechos consagrados y garantizados estarían siempre en inminencia de ser vulnerados por un ejercicio profesional en contravía de los lineamientos técnico-científicos y legales.

Son entonces los Tribunales de Ética una necesidad social y un positivo aporte para la dignificación de las diversas profesiones, porque es claro que aun en el caso específico que nos preocupa, un médico deshonesto desdice de su profesión, la mancha y con tal ofensa afecta a la integridad de los miembros del cuerpo médico, porque es bien sabido que el pueblo, cuando ocurren situaciones o circunstancias que lo afectan no particulariza al deshonesto, sino que generaliza, haciendo referencia al cuerpo médico en su globalidad.

Los Tribunales de Ética Médica entonces están concebidos para garantizar el correcto ejercicio de la medicina y cumplido éste propósito, efectivizar los más altos intereses constitucionales de velar por la salud y la vida de los ciudadanos de Colombia.

Creemos que los médicos dentro de tales previsiones no solo deben esforzarse en cumplir personalmente de la manera más estricta con sus deberes, sino que deben poner en conocimiento de las autoridades todo acto

médico que deshonre la profesión y que afecte la moral y la honra médica, porque con tal procedimiento no solo están colaborando en bien de la salud y la vida de los miembros de la comunidad, sino que está protegiendo el presente y el futuro de la profesión médica.

Desde ésta perspectiva, ha de concluirse que la ley de Ética Médica es una ley especial, en cuanto contiene los procedimientos sancionatorios para garantizar que los principios constitucionales respecto a la vida y la salud se mantengan incólumes desde la perspectiva del ejercicio profesional médico; respecto del Código Contencioso Administrativo, que es una ley general, puesto que prevé la forma de solucionar los conflictos entre el Estado y la persona y entre los diversos entes conformantes del Estado

La Constitución establece el concepto del debido proceso constitucional en el artículo 29 al disponer:

“ El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.-

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.-

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

El debido proceso es universal y se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Es el conjunto de normas constitucionales y legales por medio de las cuales se limita el poder punitivo del Estado, y la autoridad ejercida por quienes ejercen la función represiva del Estado, para efectos de garantizar la vida, la libertad, la dignidad y los derechos fundamentales del ciudadano que podrían verse vulnerados por la actuación abusiva y arbitraria de sus funcionarios.

Es claro que la función represiva solo puede ser ejercida por el Estado, de manera directa por los funcionarios encargados de ejercer la represión y se puede encomendar por disposición expresa de la ley para que en determinados asuntos (de carácter administrativo, docente, laboral, deportivo o profesional) esa función sea ejercida por particulares que de manera general cuando la realizan actúan transitoriamente en calidad de servidores públicos.

El principio de legalidad engloba no solo la necesidad de una previa definición de las conductas que deben ser objeto de sanción, sino que igualmente comprende la previa creación a la realización de la conducta de los jueces que han de investigar y juzgar tales comportamientos, sino la creación igualmente previa de los ritos procesales que han de seguirse tanto en la investigación como en el juzgamiento; y es claro que la legalidad referida a las conductas que son objeto de reproche comprende igualmente el señalamiento de las sanciones que habrán de imponerse en caso de concretarse una cualquiera de tales conductas.

La legalidad constituye la más extraordinaria garantía que el Estado pueda consagrar en beneficio de sus súbditos porque es claro que con ella el ciudadano queda libre de persecuciones que podrían ser implementadas por el propio Estado o de la arbitrariedad caprichosa de sus funcionarios.

Por expresa disposición del artículo 82 de la Ley 23 en todos los vacíos existentes en la ley, los mismos serán resueltos con remisión a la normatividad procesal penal.

La norma anterior se quedó corta, en cuanto a que solo remite al ordenamiento procesal para llenar los vacíos contenidas en la misma, porque la experiencia nos demuestra que ha debido hacer remisión a todos los ordenamientos penales en general, porque es evidente que no solo la materia procesal contenida en la Ley 23 es incompleta, sino que existen evidentes

vacíos en materia de dogmática penal, particularmente los temas relacionados con la conducta punible, los elementos que la integran, los tipos amplificadores del tipo, la validez de la ley penal en el tiempo y en el espacio, el fenómeno de la prescripción y muchos otros, que de manera necesaria obligan permanentemente al juez disciplinario a tener que hacer remisión a las previsiones del Código Penal o del Código Disciplinario Único.

La situación del lleno de los vacíos legislativos contenidos en la Ley 23 se han agravado a partir del 1° de enero de 2005, día en que comenzó a regir el sistema acusatorio con sus características de oralidad, concentración e inmediación. La complicación en cuanto a la remisión legislativa para el lleno de los vacíos contenidos en la norma disciplinaria se agrava, porque la ley 23 fue diseñada bajo el modelo de un código de procedimiento escrito y de tendencia inquisitiva.

La diametral diferencia entre las instituciones procesales entre un procedimiento escrito a uno eminentemente oral lleva a que muchas instituciones de la nueva codificación procesal son inaplicables al sistema escrito que rige para el sistema procesal disciplinario, dificultades, que han obligado a que los Tribunales de Ética hayan resuelto la problemática de los vacíos legislativos, acudiendo al Código Disciplinario Único.

Y nos atreveríamos a afirmar que dicha remisión se ha venido haciendo respecto de toda la normatividad penal en general, para efectos de poder resolver por lo menos de manera jurisprudencial algunos vacíos existentes en la ley no solo en lo relacionado con las normas de procedimiento, sino igualmente con las normas del derecho penal material, como ocurre por ejemplo con el vacío existente respecto al período prescriptivo de la acción, que evidentemente por prohibición constitucional no podría concluirse en su imprescriptibilidad y que nos obliga a remitirnos a la legislación disciplinaria ordinaria, por ser la más cercana a las características de éste especial proceso.

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 funda-

mental 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 anterior norma fue declarada exequible mediante la sentencia C-083 del 1º de marzo de 1995, con ponencia del H. M. Carlos Gaviria en la que se sostuvo:

“ Ahora bien: la ley 153 de 1887 contiene dos disposiciones, justamente las acusadas, que se refieren a las fuentes formales de la manera siguiente:

“Art. 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” (Subraya fuera del texto).

“Art. 13. La costumbre, siendo general y conforme a la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva”.

El primero de los artículos citados no deja lugar a dudas acerca de que es la ley la norma que en primer término debe aplicarse cuando el caso controvertido puede ser subsumido en ella. Y el segundo, a la vez que corrobora el mandato anterior, designa a la costumbre, cuando satisface ciertas condiciones, como norma jurídica supletoria, “a falta de legislación positiva”. Es la que se conoce en doctrina como costumbre *praeter legem*, llamada a integrar el ordenamiento,

en subsidio de la norma principal, cuando ésta no contempla la situación sub iudice y aquélla sí lo hace.

6.2.3. La plenitud del orden jurídico.

El hecho de que la ley consagre formas jurídicas de regulación de la conducta, originadas en fuentes distintas de la propia legislación, plantea el clásico problema, axial dentro de la teoría del derecho: ¿hay lagunas en el ordenamiento? Como no es la sentencia un espacio adecuado para la práctica de ejercicios escolares, deja de lado la Corte el examen de un sinnúmero de doctrinas que al respecto se han elaborado, y responde desde la perspectiva que juzga correcta y pertinente para el caso que se analiza: en el derecho no hay lagunas, porque hay jueces. La fina elaboración, hito sobresaliente en una larga cadena de propuestas que han enriquecido y paulatinamente mejorado la teoría jurídica, pertenece al jusfilósofo argentino Carlos Cossio,³⁴ quien la ha expuesto de modo persuasivo y lógicamente impecable. Señalará la Sala los aspectos relevantes para el caso que se examina.

Lo primero digno de destacarse en la teoría de Cossio, es que subraya el hecho innegable de que el juez constituye un momento esencial del derecho, puesto que la vocación inherente a las normas jurídicas generales es la aplicación. Más fácil se concibe un sistema jurídico sin legislador que sin jueces, puesto que sin la posibilidad de proyectar la norma sobre el caso concreto, el derecho deja de ser lo que es. A diferencia de las otras normas que simplemente se observan o no, las normas jurídicas se aplican, ha dicho Kelsen³⁵ en su propósito de discernir el derecho de los demás sistemas reguladores de la conducta humana. El juez no puede menos que fallar, halle o no en el ordenamiento elementos que le permitan justificar su decisión. No es correcto pensar, como a menudo se piensa -verbigratia-, que el juez colombiano se encuentra constreñido al fallo porque así lo dispone el artículo 48 de la ley 153 de 1887, cuyo texto dice:

“Los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia”.

Lo que de la norma transcrita se desprende es el deber jurídico de no observar ese tipo de conducta. Pero aún observándola, el juez habrá decidido y de su decisión se seguirán, inexorablemente, consecuencias jurídicas. A título de

³⁴ La Plenitud del orden jurídico, Ed. Losada, 1936.

³⁵ Teoría Pura del Derecho, Eudeba, 1960.

ejemplo: Si A demanda a B y el juez arguye que no encuentra en su legislación artículo alguno que le permita fundar un pronunciamiento, y en consecuencia se abstiene de decidir, simplemente, habrá absuelto a B de los cargos formulados en la demanda.

Porque ontológicamente el juez es el que falla, y no puede dejar de hacerlo aunque su voluntad se empeñe en lo contrario. El caso extremo de alguien que asumiera el cargo de juez y nunca asistiera a su despacho ni firmara una providencia, es concluyente: de su conducta omisiva se estarían siguiendo diariamente consecuencias jurídicas inevitables, jurídicamente imputables a la inacción del juez y precisamente originadas en ella.

Porque decidir, para quien tiene la calidad de juez, no es un mero deber sino algo más: una necesidad ontológica. Normas como el artículo 48 de nuestra ley 153 de 1887 se encuentran en casi todas las legislaciones, pero su sentido no es otro que el de establecer un reproche jurídico a ciertas conductas judiciales que se estiman indeseables. Pero que el juez tiene que fallar se deriva no de alguna disposición contingente del derecho positivo sino de lo que ónticamente significa ser juez. Por eso, lógicamente, en el derecho no hay lagunas: porque habiendo jueces (y tiene que haberlos) ninguna conducta puede escapar a la valoración jurídica concreta.

6.2.4. La plenitud hermética en el Estado de derecho.

Pero si el juez está avocado a fallar, y además tiene la obligación de hacerlo, ¿cómo lograr, dentro de un Estado de derecho, el objetivo inherente a éste, que no haya conductas oficiales sin soporte normativo y, en consecuencia, que no haya decisiones judiciales arbitrarias?. Cada ordenamiento positivo lo hace a su manera, aunque el derecho comparado muestra significativas similitudes sobre el punto. Lo que sí es claro es que, inescapablemente, en ciertas situaciones límites, un gran margen de arbitrio judicial resulta inevitable.

Compete a la Corte examinar qué mecanismos ha dispuesto el ordenamiento colombiano para conseguir el objetivo enunciado y cómo ha de entenderse su verdadero alcance, muy especialmente a la luz de la Constitución del 91.

6.2.5. El problema, en Colombia a la luz de la Carta vigente.

El artículo 230 de la Carta establece:

“Los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”. (Subrayas de la Corte).

La pregunta que debe resolverse es ésta: ¿derogó la “norma de normas”, mediante la disposición transcrita, al artículo 8° de la ley 153 de 1887, anterior y de inferior rango jurídico?

Para responder cabalmente a ese interrogante es preciso analizar y precisar el contenido del citado artículo 8°. Vuelve a reproducirse su tenor:

“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”. (Subrayas de la Corte).

A juicio del demandante, al disponer el art. 230 superior que los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley, y erigir en criterios auxiliares de la actividad judicial, entre otros, a la doctrina y a los principios generales del derecho, derogó al artículo 8°, pues señaló a la ley como única fuente obligatoria. Por la misma razón, anuló entonces el art. 13 de la misma ley (153 de 1887) que consagraba a la costumbre como fuente subsidiaria. Sobre este último punto no hay ya nada que discutir, pues esta Corporación, mediante decisión que hizo tránsito a la cosa juzgada, declaró la exequibilidad de dicha norma. (Sentencia C-224 del 5 de mayo de 1994). Se contraerá, pues, la Sala al examen del artículo 8°.

Es claro, para la Corte, que bajo el imperio de la Constitución de 1886 se consagraban en Colombia, como fuentes formales de derecho obligatorias, dos: la legislación y la costumbre. Tal consagración se derivaba de los artículos 8° y 13 de la ley 153 de 1887, respectivamente. Pero el primero de los citados, además de la ley “exactamente aplicable al caso controvertido”, enunciaba la analogía (“aquéllas que regulen casos o materias semejantes”), la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho. Cabe preguntar: ¿tenían las tres últimas fuerza obligatoria? ¿La tienen aún bajo el imperio de la nueva Carta?. Para absolver tal cuestión es preciso asignar un valor a cada una de esas expresiones.

a) La analogía. Es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la ratio juris o razón de ser de la norma. La consagración positiva de la analogía

halla su justificación en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual. Discernir los aspectos relevantes de los irrelevantes implica, desde luego, un esfuerzo interpretativo que en nada difiere del que ordinariamente tiene que realizar el juez para determinar si un caso particular es o no subsumible en una norma de carácter general.

Aunque el razonamiento se cumple, en apariencia, de lo particular a lo particular, es inevitable la referencia previa a lo general, pues los casos análogos tienen en común, justamente, el dejarse reducir a la norma que los comprende a ambos, explícitamente a uno de ellos y de modo implícito al otro. En la analogía se brinda al juez un fundamento para crear derecho, pero ese fundamento se identifica con la ley misma que debe aplicar. El juez que apela al razonamiento per analogiam no hace, pues, otra cosa que decidir que en una determinada situación, es el caso de aplicar la ley.

Por ende, la analogía no constituye una fuente autónoma, diferente de la legislación. El juez que acude a ella no hace nada distinto de atenerse al imperio de la ley. Su consagración en la disposición que se examina resulta, pues, a tono con el artículo 230 de la Constitución.

b. La doctrina constitucional. Las normas de la Constitución política, y ésta no es una característica privativa de ellas, tienen una vocación irrevocable hacia la individualización, tal como lo ha subrayado Kelsen³⁶ al tratar del ordenamiento jurídico. De ordinario pasan por una fase previa consistente en su desarrollo legal. Pero no todas alcanzan dicho desarrollo, bien porque no lo requieren, bien porque, requiriéndolo, el legislador lo omite. Pero tal omisión no desvirtúa su carácter normativo, si ya lo tienen. Pueden, entonces, ser aplicadas a situaciones específicas subsumibles en ellas, que no están explícitamente contempladas en la ley.

Pero si la individualización de las normas legales, dada su generalidad (que a menudo deviene en ambigüedad), aparece problemática y generadora de inseguridad jurídica, más problemática e incierta resulta aún la actuación directa de las normas constitucionales a los casos particulares, por concurrir en ellas, superlativamente, las mismas notas distintivas advertidas en la ley.

Parece razonable, entonces, que al señalar a las normas constitucionales como fundamento de los fallos, a falta de ley, se agregue una cualificación adicional,

³⁶ Op. cit.

consistente en que el sentido de dichas normas, su alcance y pertinencia, hayan sido fijados por quien haga las veces de intérprete autorizado de la Constitución. Que, de ese modo, la aplicación de las normas superiores esté tamizada por la elaboración doctrinaria que de ellas haya hecho su intérprete supremo. (art. 241 C.P.)

Pero como la Constitución es derecho legislado por excelencia, quien aplica la Constitución aplica la ley, en su expresión más primigenia y genuina. Es preciso aclarar que no es la jurisprudencia la que aquí se consagra como fuente obligatoria. A ella alude claramente otra disposición, el artículo 4° de la ley 69 de 1896, para erigirla en pauta meramente optativa para ilustrar, en ciertos casos, el criterio de los jueces. Así dice el mencionado artículo en su parte pertinente:

“Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos ...” (Subraya de la Sala).

Es claro entonces que la norma transcrita resulta armónica con lo dispuesto en el artículo 230 de la Carta del 91.

Así mismo, conviene precisar que no hay contradicción entre la tesis que aquí se afirma y la sentencia C-131/93, que declaró inexecutable el artículo 23 del Decreto legislativo 2067 del 91 en el cual se ordenaba tener “como criterio auxiliar obligatorio” “la doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional”, mandato, ese sí, claramente violatorio del artículo 230 Superior. Lo que hace, en cambio, el artículo 8° que se examina -valga la insistencia- es referir a las normas constitucionales, como una modalidad del derecho legislado, para que sirvan como fundamento inmediato de la sentencia, cuando el caso sub iudice no está previsto en la ley. La cualificación adicional de que si las normas que van a aplicarse han sido interpretadas por la Corte Constitucional, de ese modo deben aplicarse, constituye, se repite, una razonable exigencia en guarda de la seguridad jurídica.

Es necesario distinguir la función integradora que cumple la doctrina constitucional, en virtud del artículo 8°, cuya constitucionalidad se examina, de la función interpretativa que le atribuye el artículo 4° de la misma ley, al disponer:

“Los principios del Derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes” (Subraya la Corte).

La disposición transcrita corrobora, además, la distinción que atrás queda hecha entre doctrina constitucional y jurisprudencia. Es apenas lógico que si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta deba guiar su decisión. Es claro eso sí que, salvo las decisiones que hacen tránsito a la cosa juzgada, las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido por el artículo 230 Superior.

Lo anterior encuentra claro apoyo, además, en el artículo 5° de la misma ley (153 de 1887), cuyo texto reza:

“Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes” (Subraya la Corte).

La disposición destaca, nítidamente, la función que está llamada a cumplir la doctrina constitucional en el campo interpretativo. Es un instrumento orientador, mas no obligatorio, como sí ocurre cuando se emplea como elemento integrador: porque en este caso, se reitera, es la propia Constitución -ley suprema-, la que se aplica.

c. Las reglas generales de derecho. Se dijo un poco más arriba que cuando el juez razona por analogía, aplica la ley a una situación no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que sí lo está. Esta modalidad se conoce en doctrina como analogía legis, y se la contrasta con la analogía juris en la cual, a partir de diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada.

Es claro que la segunda modalidad comporta un proceso más complejo, laborioso e intelectualmente exigente, demandante de mayor análisis y de un más elevado grado de abstracción, que puede desdoblarse en dos fases: en la primera se seleccionan las disposiciones específicas pertinentes (ninguna de la cuales comprende la situación sub iudice) y en la segunda, se abstrae una regla implícita en las disposiciones confrontadas, a partir de la cual se resuelve el caso sometido a evaluación. La tarea del intérprete, de análisis y síntesis al tiempo, se encamina al logro de un único propósito: explicitar lo que está implícito en el sistema y que ha de servir de fundamento a la decisión. La complejidad de la tarea no escamotea, entonces, la base positiva del fallo. Cuando el juez falla conforme al proceso descrito no ha rebasado, pues, el ámbito de la legislación.

Que a los principios así extraídos se les denomine reglas no constituye una audacia del legislador colombiano de 1887. Tal nombre pertenece a la más pura tradición del derecho occidental en su raíz romana. Así lo ilustra, con rigurosa documentación, el profesor Hernán Valencia Restrepo³⁷ en su valioso trabajo sobre los principios generales del derecho. A propósito de la asimilación hecha por el jurista preclásico Antiscio Labeón (año 45 a.c.) del término regla al de norma, escribe: “Se debe aclarar que la ...sinonimia (regla = norma jurídica) no constituyó novedad alguna, en cuanto a la significación estrictamente jurídica, porque la regla desde siempre se había considerado extraída del derecho vigente, del derecho positivo y, por lo consiguiente, parte integrante de éste, es decir, norma jurídica.” (subraya la Corte). Y para ilustrar mejor su aseveración cita la definición de regla dada por Paulo: **“La regla es una proposición que expone brevemente el derecho vigente. No se toma el derecho vigente de la regla sino la regla del derecho vigente. Así, pues, mediante la regla se transmite una breve descripción de las normas vigentes y, como dice Sabino, es como un resumen del derecho, que si falla en algo resulta inútil”**. (Subrayas fuera del texto).

Y más adelante agrega: “La antecedente interpretación se confirma con la de los glosadores (siglos XII y XIII), para quienes la definición de regla del Digesto (‘la regla es como un resumen del derecho vigente’), patentiza que es una generalización inducida de los casos singulares: la regla reduce varios casos a uno. “...si las reglas son generalizaciones inducidas de los casos resueltos por las normas particulares del derecho vigente, fuerza es concluir que tienen la misma naturaleza jurídica de las normas de las cuales son extraídas. Más escuetamente, las reglas son normas jurídicas como lo son las normas particulares que han resuelto los casos. (Subrayas de la Corte). Claro está que en nuestro derecho, como en el de los países europeos donde se cumplió el fenómeno de la recepción, al sustituirse las normas generales al casuismo, es a partir de ellas que se lleva a término la inducción que concluye en la formulación de la regla.

Y el profesor Joaquín Arce y Flórez-Valdés³⁸ al exponer la tesis que se viene sustentando, escribe: “...los principios generales del derecho equivalen a los principios que informan el Derecho positivo y le sirven de fundamento. Estos principios se inducen, por vía de abstracción o de sucesivas generalizaciones, del propio Derecho positivo, de sus reglas particulares, ya que son aquéllos los que, anteriormente, han servido al legislador como criterio para establecer aquel Derecho”.

³⁷ Nomoárquica, principalística jurídica o los principios generales del derecho, Temis, 1993.

³⁸ Los principios generales del Derecho y la formulación constitucional, Editorial Civitas, 1990.

A su turno el publicista y jusfilósofo argentino Genaro R. Carrió,³⁹ al formular ciertos reparos a Ronald M. Dworkin, para mostrar que lo que éste llama “principios” es reductible, finalmente, a reglas (normas positivas) del ordenamiento, dice: “...No existe la pretendida ‘diferencia lógica’ entre las reglas jurídicas (entendidas aquí como normas) y las pautas del tipo de la que expresa que a nadie debe permitírsele beneficiarse con su propia transgresión...” (que Dworkin considera un principio no reductible a norma).

El test final y definitivo que permite establecer si una “regla general de derecho” (denominada a veces “principio”) es o no parte del sistema positivo, consiste en verificar si resulta o no armónica con la Constitución, así ésta no la contenga de manera explícita. En términos hartianos,⁴⁰ si es o no identificable como elemento de un sistema normativo, conforme a la regla de reconocimiento. Por eso concluye Carrió: “Nada hay en la noción de una regla de reconocimiento que obste a que una pauta del tipo de la que dice que a nadie debe permitírsele beneficiarse con su propia transgresión sea una regla del sistema si satisface los requisitos establecidos en aquella regla última”.

Todo lo anterior puede ilustrarse con un ejemplo, referido a nuestro ordenamiento. Se pregunta: ¿Hace parte del derecho colombiano la regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*? Es claro que su formulación explícita no se halla en ningún artículo del ordenamiento colombiano. Pero ¿significa eso que no hace parte de él y, por tanto, que si un juez la invoca como fundamento de su fallo está recurriendo a un argumento extrasistemático? No, a juicio de la Corte, por las consideraciones que siguen.

No hay duda de que quien alega su propia culpa para derivar de ella algún beneficio, falta a la buena fé entendida como la ausencia de dolo, la conciencia de que el comportamiento que se observa es conforme al derecho, y los fines que persigue están amparados por éste. Ahora bien: el artículo 83 de la Carta del 91, impone la buena fé como pauta de conducta debida, en todas las actuaciones, tanto de las autoridades públicas como de los particulares. Y los artículos 1525 y 1744 del Código Civil, tan anteriores en el tiempo a nuestra Constitución actual, constituyen sin embargo cabal desarrollo de ese principio al impedir -el primero- la repetición de lo que se ha pagado “por un objeto o causa ilícita a sabiendas”, y el segundo al privar de la acción de nulidad al incapaz, a sus herederos o cesionarios, si aquél empleó dolo para inducir al acto o contrato. Ejemplar es también, en esa misma dirección, el artículo 156 del mismo estatuto, que

³⁹ Principios jurídicos y positivismo jurídico, Abeledo-Perrot, 1970.

⁴⁰ El concepto de derecho, Abeledo Perrot, 1965

impide al cónyuge culpable, invocar como causal de divorcio aquella en que él mismo ha incurrido. Tales disposiciones, justo es anotarlas, eran reductibles inclusive a la Carta anterior que, no obstante, no consagraba explícitamente el deber de actuar de buena fe.

Pues bien: de esas y otras disposiciones del ordenamiento colombiano, es posible inducir la regla “nemo auditur ...” que, como tal, hace parte de nuestro derecho positivo y, específicamente, de nuestro derecho legislado. Por tanto, el juez que la aplica no hace otra cosa que actuar, al caso singular, un producto de la primera y principal fuente del derecho en Colombia: la legislación.

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 pro-

cesos 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. Modificado por el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011. Estatuto Anticorrupción. CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA. El artículo 30 de la ley 734 de 2002 quedará así:

La acción disciplinaria caducará si transcurridos cinco años, desde la ocurrencia de la falta, no sea proferido auto de apertura de investigación disciplinaria. Este término empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último hecho o acto y para las omisivas cuando haya cesado el deber de actuar.

La acción disciplinaria prescribirá en cinco años contados a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria. Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un mismo proceso la prescripción se cumple independientemente para cada una de ellas.

PARÁGRAFO. Los términos prescriptivos aquí previstos quedan sujetos a lo establecido en los tratados internacionales que Colombia ratifique. (Lo destacado no lo es en el texto).

La Corporación quiso expresamente citar algunas de las normas constitucionales relacionadas con el derecho a la vida, a la salud y a la seguridad social, para destacar la indesconocible trascendencia de la temática, en la que el instrumento disciplinario regulatorio de la profesión médica cumple un rol trascendental para mantener la vigencia y validez de los mencionados principios.

Por su importancia en el desarrollo individual y social de todos los colombianos y de quienes habitan el territorio nacional, el legislador quiso señalar un término prescriptivo de la acción disciplinaria prudente, que respondiese a la trascendental misión encomendada al instrumento procesal disciplinario. Pensar en la sola posibilidad de rebajar el término prescriptivo de la acción constituiría un inmenso perjuicio para la sociedad colombiana y para los integrantes de la Nación en particular, porque se correría el riesgo de que muchas actuaciones de los médicos en el ejercicio profesional pudiesen quedar en la impunidad, por

efectos de la prescripción de la acción, ocasionándose un profundo perjuicio a los intereses generales de la Nación. Sería entonces imposible la aplicación de las previsiones del Código Contencioso Administrativo, que reduciría de una manera ostensible el término prescriptivo, con grave perjuicio para la nación colombiana y de cada uno de las personas que la integran.

Aceptar la propuesta de la remisión al Código Contencioso, significaría igualmente aceptar una clara vulneración al principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley,⁴¹ porque mientras los médicos tendrían un período prescriptivo de la acción mucho más corto, los servidores públicos y los particulares que ejercen funciones públicas transitorias, tendrían un periodo prescriptivo mayor, por estar sometidos al Código Disciplinario Único.

Haciendo entonces remisión al Código Disciplinario Único, por similitud de materias, el término prescriptivo de la acción debe comenzar a contabilizarse a partir del auto que abre el proceso disciplinario, de conformidad a las previsiones del artículo 30 de la Ley 734 de 2002, modificado por el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011.

Teniendo en cuenta lo anterior, la apertura de la acción disciplinaria ético médica inició el 20 de septiembre de 2013, como consta en el folio 85 del cuaderno principal de este proceso.

Por lo expresado, se debe interrumpir la prescripción que venía siendo acumulada contando la fecha 22 de mayo de 2010 y se considera que los cinco años de prescripción se reanudan a partir de la fecha de inicio de la acción disciplinaria: 20 de septiembre de 2013, con lo cual el termino de prescripción se contará hasta el 20 de septiembre de 2018.^{42,43}

⁴¹ TARTICULO 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.

⁴² Este asunto de la interrupción de la prescripción fue discutido en el taller respectivo en la reunión de Tribunales el día el 19 de junio de 2015 celebrada en esta ciudad de Bogotá, con participación de varios magistrados de los Tribunales Nacional y Seccionales y varios Abogados Secretarios.

VI- CONCLUSIONES

- 1- El Tribunal Seccional de Ética Médica de Norte de Santander no siguió de manera legal los actos procesales consagrados por la Constitución Nacional, la Ley 23 de 1981 y su Decreto reglamentario 3380 de 1981 respecto de la forma de llevar a cabo el procedimiento ético disciplinario medico allí consagrado
- 2- Varias entidades del Estado mostraron negligencia respecto de su obligación de agilizar el proceso contenido en este caso
- 3- Existe la sospecha de falsedad documental de la historia clínica en cuestión

Hay que destacar los aportes intelectuales de la doctora María Mercedes Vásquez Piñeros (Abogada Secretaria del Tribunal Seccional de Etica Médica de Bogotá), del doctor Jacob Cuellar Bermúdez (Abogado Secretario del Tribunal Seccional de Etica Médica del Cauca), de la doctora Gladys León Salcedo, (Abogada Secretaria del Tribunal Seccional de Etica Médica de Cundinamarca), de la doctora Vanesa Francisca Guerra Castañeda, (Abogada Secretaria del Tribunal Seccional de Etica Médica de Huila), del doctor Carlos Andrés Bolaño Abogado Secretario del Tribunal Seccional de Etica Médica del Chocó) de la Doctora Zenit Cabrera Sierra Abogada Secretaria del Tribunal Seccional de Etica Médica de Bolívar) de la doctora Ramona del Socorro Mosquera (Abogada Secretaria del Tribunal Seccional de Etica Médica del Atlántico) del doctor Juan Carlos Torres Díaz (Abogado Secretario del Tribunal Seccional de Etica Médica de Arauca) y la doctora Alejandra María Zapata Hoyos (Abogada Secretaria del Tribunal Seccional de Etica Médica de Antioquia).

Así mismo de los señores Magistrados del Tribunal Nacional de Etica Médica doctores Germán Gamarra Hernández, Fernando Guzmán Mora y los presidentes de los Tribunales Seccionales doctores; Germán Uriza Gutiérrez (Cundinamarca), Gabriel Puello Suárez (Magdalena), Dora Lilia Baquero Maldonado (Meta), Edgar Villota Ortega (Nariño), Abdiel Castaño Bardawil (Risaralda) Juan Guillermo Barrera Carvajal (Santander) Fernando Guzmán Martínez (Tolima) y Luis Gerardo Salcedo Prieto (Valle del Cauca)

⁴³ Inició la intervención la Dra. MARÍA MERCEDES VÁSQUEZ PIÑEROS manifestando que en la actualidad son generalizadas las inquietudes en todos los Tribunales Seccionales sobre el tema de la prescripción. Lo anterior porque en la práctica las quejas llegan cuando falta poco tiempo para que ocurra la prescripción, ello aunado a que en algunos tribunales el volumen de procesos es muy alto, por ejemplo en el Tribunal de Bogotá hay 800 procesos activos aproximadamente con las dificultades que implican las citaciones de médicos, testigos, las solicitudes de aplazamientos y en general las maniobras dilatorias de los abogados defensores. Por todas estas y otras razones, el término de 5 años resulta insuficiente en la mayoría de los casos.

Explicó que el término de prescripción que adoptó el Tribunal Nacional de Ética Médica en el año 2002 fue el establecido en el artículo 30 del Código Disciplinario Único, antes de su modificación, es decir 5 años desde la ocurrencia de los hechos.

El citado artículo 30 fue modificado por el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011, según el cual el término de prescripción de 5 años se empieza a contar a partir del auto de apertura de investigación disciplinaria .

De acuerdo con el concepto del Consejo de Estado del 5 de diciembre de 2006, con radicado 1100103-06-000-2006-000-64-00 (1757) M.P. Flavio Augusto Ramírez Arce, corren los 5 años

4- Al presente caso lo cobijaría el fenómeno de la prescripción, teniendo en cuenta que han pasado cinco años desde el último acto médico denunciado

5- Pero en el presente proceso, acudimos a la aplicación del artículo 30 de la Ley 734 de 2.002, inciso segundo “La acción disciplinaria prescribirá en cinco (5) años contados a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria”, por los análisis efectuados en el acápite VI de esta providencia, respecto de la Interrupción de la Prescripción.

6- Si la acción disciplinaria en el presente caso se inició el 20 de septiembre de 2010, se interrumpe la prescripción a partir de esta fecha y comienzan a contarse de nuevo los cinco años de dicho término, el cual culminará el 20 de septiembre de 2018

de prescripción y se interrumpen cuando hay resolución de cargos.

Señaló que esto es importante porque hay manifestaciones del acto médico que se gestan después de que han transcurrido más de 5 años desde su realización, por eso con un término de 5 años que no tenga interrupción, el derecho de acudir a la justicia disciplinaria en muchos casos se ve cercenado porque cuando se interpone la queja ya han transcurrido los 5 años o están por finalizar. En el caso de los biopolímeros la persona se da cuenta del daño cuando ha transcurrido mucho tiempo. Esto refleja la existencia de una problemática que se debe resolver para dar respuesta a los pacientes que sufren estos inconvenientes, con el fin de no vulnerar el acceso a la justicia. El Dr. Guzmán Mora manifestó que cuando hay uso de biopolímeros de por medio, se ha demostrado que ni siquiera se cuenta con la respectiva autorización del INVIMA y así el uso fuera legal, es un hecho cierto que los daños por alojenosis empiezan a aparecer después de 7 años de la intervención, cuando ha caducado la acción y ha prescrito la potestad disciplinaria. Entonces, como ya somos conocedores de esta realidad, es necesario evaluar las alternativas que se tengan al alcance para aplicar un término de prescripción diferente, determinando cuál de las leyes existentes nos permite prolongar en el tiempo la prescripción, cuya aplicación pueda estar enmarcada en la Ley 23 de 1981.

Señaló que artículo 13 del Decreto 3380 de 1981 dispone lo siguiente:

“Teniendo en cuenta que el tratamiento o procedimiento médico puede comportar efectos adversos de carácter imprevisible, el médico no será responsable por riesgos, reacciones o resultados desfavorables, inmediatos o tardíos de imposible o difícil previsión dentro del campo de la práctica médica al prescribir o efectuar un tratamiento o procedimiento médico”

Ello quiere decir que en este momento como ya se conoce la problemática, no sería aplicable la citada norma a los médicos que apliquen biopolímeros porque ya se sabe cuál es la consecuencia de su aplicación. Agregó que según su criterio el proceso ético disciplinario debería ser más de tipo penal que civil o disciplinario porque la penalización hace que los actos sean expeditos y las sanciones más estrictas.

Seguidamente explicó la diferencia entre caducidad y prescripción, señalando que caducan acciones y prescriben los derechos. La acción se mira desde el punto de vista de quien puede demandar, es decir, si el interesado no interpone la queja dentro de los 5 años, la acción caduca. Lo que prescribe es la facultad de juzgar o dicho de otro modo, el derecho del estado a juzgar. En todo caso son dos figuras de terminación del proceso.

Son suficientes las consideraciones anteriores para que el TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA, en uso de las atribuciones que le confiere la Ley

RESUELVA

ARTICULO PRIMERO. Declarar la INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DISCIPLINARIA en el presente proceso, por hechos ocurridos el 22 de mayo de 2010, y con inicio de la acción ético disciplinaria el 20 de septiembre de 2013, motivo de la presente actuación. En consecuencia, los términos de prescripción de este proceso comenzarán a contarse a partir del 20 de septiembre de 2013 y por espacio de cinco años, con base en los elementos de la parte motiva de esta providencia, contenidos en el acápite VI: CONSIDERACIONES SOBRE LA INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION.**ARTICULO SEGUNDO.** Revocar la decisión de ARCHIVO DEL PROCESO en el presente caso, por no encontrar dicha decisión ajustada a la Ley.**ARTICULO TERCERO.**

La prescripción no opera si no se solicita y no es oficiosa. La caducidad si puede ser oficiosa y está dirigida a la salvaguarda del interés público.

Las diferencias entre una y otra muestran que se limita más el derecho de la persona a accionar que el derecho del Estado a impartir justicia.

El Dr. Jacob Cuéllar manifestó que la metodología para abordar el tema de la prescripción de la acción disciplinaria en sede de Ética médica, es partir del artículo 82 de la Ley 23 de 1.981, que como norma especial impone una remisión clara a las normas de procedimiento penal. Primero: al acudir a la norma procesal, que si bien es de tendencia acusatoria, en el artículo 332-7, establece como causal, el vencimiento de términos, pero más aún si fuéremos más precisos normativamente, el artículo 77, que dispone las causales de extinción de la acción penal, consagra como causal la prescripción, y este tópico está regulado en la misma normatividad procesal en el artículo 292 sobre su interrupción; norma procesal que nos lleva al artículo 83 del en el código penal, en el que se establece que el termino básico de prescripción de la acción es de cinco años. En este punto, surge un problema de aplicación de la norma, porque ella indica que la providencia o acto procesal que interrumpe la prescripción es la audiencia de imputación y este acto procesal no existe en la norma especial disciplinaria médica, lo que existe es un PLIEGO DE CARGOS, y la una actuación procesal que existe semejante en la norma procesal penal es el ESCRITO DE ACUSACION, esta actuación no tiene la entidad para interrumpir la acción penal, dicho escrito solo tiene inicialmente un efecto disciplinario en el funcionario investigador, el cual pierde competencia para ese caso concreto, y se extiende el termino por 60 días más para la audiencia pública, si vencido este término, ya surge una causal de preclusión de la acción penal, mas no la prescripción.

Como vemos estas normas no resuelven el problema procesal de la prescripción de la acción disciplinaria, con lo cual nos obliga a aplicar el principio de integración normativa, el cual me indica que debería aplicar en esta materia el código general del proceso, el cual a su vez tampoco nos resuelve el problema, con lo cual, debemos seguir con el proceso de integración, acudiendo a las normas que por su estructura y contenido, regulen materias similares, y es en este punto que se debe proceder a acudir al código único disciplinario, ley 734 de 2.002, en su artículo 21, norma que de manera clara y precisa, regula el instituto de la prescripción de la acción disciplinaria. En efecto, el artículo 30 de la Ley 734 señala:

Ordenar al Tribunal Seccional de Ética Médica de Norte de Santander iniciar INVESTIGACION FORMAL en el presente caso, con el objeto de cumplir con el ordenamiento jurídico vigente, advirtiendo que si se presentan dilaciones injustificadas adicionales, se tomaran las medidas que el caso exija. **ARTICULO CUARTO.** Expresar la profunda preocupación de esta superioridad respecto de la actividad procesal del Tribunal Seccional de Ética Médica del Norte de Santander y de su asesor jurídico, exhortando a sus magistrados a que actúen de manera diligente, eficiente y expedita en los actos procesales del presente caso, ajustándose de manera estricta al ordenamiento jurídico colombiano. **ARTICULO QUINTO.** Compulsar copias a la Procuraduría General

“La acción disciplinaria caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia de la falta, no se ha proferido auto de apertura de investigación disciplinaria. Este término empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último hecho o acto y para las omisivas cuando haya cesado el deber de actuar.

La acción disciplinaria prescribirá en cinco (5) años contados a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria. Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un mismo proceso la prescripción se cumple independientemente para cada una de ellas. (...)”

De acuerdo con ello habría que preguntarse cuál es el alcance del término ocurrencia de la falta. La Dra. Claudia Patricia Gaviria señaló que pensar en ampliar los términos de prescripción implicaría reformar la ley. Por ello se debe buscar en el Código Penal o en la Ley 734 el término de prescripción que más nos favorezca. Con la reforma introducida por la Ley 1474 a la Ley 734 se cuentan los términos a partir del auto de apertura y con el Código Penal corre desde la ocurrencia de los hechos, por eso, para los Tribunales es más favorable la Ley 734.

El Dr. Jacob Cuéllar, manifestó que se debe tener en cuenta que como en nuestro campo nos rige la Ley 23 de 1981 que es una ley especial y remite al Código de Procedimiento Penal, no se puede entrar a aplicar de entrada la Ley 734. En efecto, hay dos sentencias de la Corte Constitucional (C-259/1995 y la C-259/2005) en las cuales se efectúa un análisis de la Ley 23, específicamente sobre la remisión por el principio de especialidad. En ellas se dice que la remisión es al Código Procesal Penal vigente, en aquello que sea posible y no afecte la naturaleza del proceso disciplinario. Las dos hablan de las reglas procesales y se avala la remisión a las leyes procesales penales.

Si en el Procedimiento Penal no se encuentra la solución se debe buscar en las otras normas, en el orden que establece la Ley 153 de 1887. En esta medida, en el Código de Procedimiento Penal se dice que la caducidad y la prescripción se cuentan desde la ocurrencia del hecho y se interrumpe con la formulación de la imputación. Aplicando esta norma ganaríamos un tiempo de 5 años. No sería una aplicación desfavorable porque ya existe la norma.

En un primer momento se puede pensar que la formulación de la imputación equivale al pliego de cargos porque se entiende que desde allí empieza el juicio. Sin embargo, una cosa es la denuncia y otra cosa el pliego de cargos, pero lo que tenemos en el proceso disciplinario que se parezca a la imputación es el pliego de cargos.

El Dr. Jacob Cuéllar hizo referencia al Estatuto Anticorrupción aclarando que frente a los actos médicos no se puede predicar que sean corruptos sino incorrectos.

El Dr. Guzmán Mora señaló que existen las siguientes alternativas:

1. Aplicar la teoría de la prescripción en cinco años de manera absoluta

de la Nación para que investigue las causas de los fenómenos dilatorios en que incurrieron varias entidades del Estado, en especial el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander y el Tribunal Seccional de Ética Médica de Norte de Santander. **ARTICULO SEXTO.** Compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación por sospecha de falsedad documental en el documento de Historia Clínica de la paciente LEIDY CAROLINA ACEVEDO LOPEZ. **ARTICULO SEPTIMO.** Enviar el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. **ARTICULO OCTAVO.** Contra la presente decisión no caben recursos.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

FDO. GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado-Presidente; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado Ponente, FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ, Magistrado; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; JAVIER MURICIO HIGDALGO ESCOBAR, Asesor Jurídico (Ad - Hoc) y MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaría

2. Aplicar la ley penal que dice que el pliego de cargos interrumpe la prescripción

3. Aplicar la Ley 734 de 2002

La Dra. Claudia Patricia Gaviria llama la atención de que no es lo mismo acusación que imputación, por eso no cree que sean tan sencillo aplicar esa norma porque no se tendría un acto que se asemeje a la formulación de la imputación en el proceso disciplinario y debemos ser muy cuidadosos con la propuesta a realizar de modo que no sea atacada por los abogados defensores y no la puedan tumbar fácilmente mediante tutela.

La conclusión final en el debate, es que si no se encuentra un acto que se pueda asimilar a la formulación de imputación, se debe justificar de tal manera que nos permita acudir a las disposiciones de la Ley 23 de 1.981, luego por disposición del artículo 82, acudir a la aplicación de la ley procesal penal vigente, norma que no resuelve el problema porque en la ley procesal penal, el acto que interrumpe la prescripción es la audiencia de imputación, la cual no es igual a la resolución de pliego de cargos, por ello al no encontrar una solución en esta norma, se justifica poder aplicar otras normas, para llenar el vacío normativo que presenta la ley 23 de 1981, el orden de aplicación es el código único disciplinario, ley 734 de 2002, por regular materias similares.

Se sugiere que el proceso de fundamentación o de motivación de la resolución que se dicte en este tema tenga este orden de argumentación, con la cual se está justificando la aplicación de la ley 734 d 2.002, frente a la no aplicación de la ley penal y procesal penal, en este tema específico, por lo expresado anteriormente por el DR. Jacob Cuéllar, con lo cual se tiene que la prescripción de la acción disciplinaria médica prescribe en cinco años desde la ocurrencia de los hechos, pero que se interrumpe con la resolución de apertura de la acción disciplinaria, según lo dispone el artículo 30 de la Ley 734 de 2.002, inciso segundo “La acción disciplinaria prescribirá en cinco (5) años contados a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria. Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un mismo proceso la prescripción se cumple independientemente para cada una de ellas. ..”

