TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

GACETA JURISPRUDENCIAL

JULIO DE 2018

CURSO DE INDUCCIÓN

No. 32

© 2018 Tribunal Nacional de Ética médica

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

ISSN 0123 - 0832

Diagramación: Giro Graphos Impresores SAS.
Preparación litográfica e impresión:
Giro Graphos Impresores SAS.
Carrera 69K No. 71 - 74
Celular: 316 491 4886
Bogotá, Colombia

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

Artículo 41 Ley 23 de 1982

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

© 2018

JULIO DE 2018
CURSO DE INDUCCIÓN
No. 32

Autores

Francisco Javier Henao Pérez[1]
Fernando Guzmán Mora[2]
Germán Gamarra Hernández[3]
Gabriel Lago Barney[4]
Alberto Vanegas Saavedra[5]
Edgar Saavedra Rojas[6]

Abogada Secretaria
Martha Lucía Botero Castro

---

1 Médico Cirujano de la Pontificia Universidad Javeriana, Cirujano General y Gastrointestinal de la Pontificia Universidad Javeriana, Profesor Emérito de Cirugía Pontificia Universidad Javeriana.
Presidente- Magistrado del Tribunal Nacional de Ética Médica.

2 Medico. Universidad del Rosario
Especialista en Anatomopatología. Universidad del Rosario
Especialista en Cirugía General. Universidad Javeriana
Especialista en Cirugía Cardiovascular. University of Newcastle upon Tyne
Especialista en Administración en Salud. Universidad Santo Tomas
Abogado. Magna Cum Laude. Universidad Militar Nueva Granada
Maestría en Derecho Penal. Universidad Libre Bogotá
Especialista en Bioética. Universidad El Bosque
Aspirante a Maestría en Bioética. Universidad El Bosque
Catedrático de Derecho. Universidad Militar Nueva Granada.
Docente AH. Facultad de Medicina. Universidad Militar Nueva Granada
Presidente Nacional. Federación Medica Colombiana
Magistrado y Expresidente. Tribunal Nacional de Ética Médica
Asesor Médico Jurídico. Hospital Militar Central

3 Médico. Universidad Industrial de Santander.
Especialista en Medicina Interna y Nefrología. Hospital Militar Central. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
Magíster en Epidemiología Clínica. Pontificia Universidad Javeriana.
Profesor Titular Laureado. Departamento de Medicina Interna. Universidad Industrial de Santander.
Exdecano. Facultad de Salud. Universidad Industrial de Santander.
Expresidente y Magistrado. Tribunal Nacional de Ética Médica.
Vicepresidente. Academia Nacional de Medicina de Colombia.

4 Medico Pediatra. Pontificia Universidad Javeriana
Magister Administración en Salud. Pontificia Universidad Javeriana
Estudios de doctorado Ciencias de la Educación U.C.M
Profesor Asociado Pediatría. Pontificia Universidad Javeriana
Magistrado. Tribunal Nacional de Ética Médica.

5 Médico Cirujano de la Universidad Nacional,
Especialista en Anestesiología. (Ascofame).
Miembro de número de la Academia Nacional de Medicina y de la Academia Nacional de Historia de la Medicina.
Miembro de la Comisión de Ética Médica de la Academia Nacional de Medicina.
Miembro de número de la Academia Nacional de Medicina y de la Academia Nacional de Historia de la Medicina.

6 Abogado Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín.
Actualización Derecho Penal. Universidad Complutense de Madrid
Profesor de Procedimiento Penal. Universidad del Norte Barranquilla. (Especialización).
Profesor. Universidad de Cartagena. (Especialización).
Profesor de instituciones Jurídico Procesales Penales. Universidad Libre de Colombia, Bogotá.
(Especialización y Maestría).
Fiscal Superior de Tuluá (Valle).
Juez Penal del Circuito de Cali.
Magistrado Sala Penal Tribunal Superior de Cali.
Presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.
Asesor Jurídico del Tribunal de Ética Médica.

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) 419 9299**
www.4-72.com.co

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

Permiso de Tarifa Postal Reducida. Servicios Postales Nacionales S.A.
No. 2017.137.4-72, Vence 31 de Dic. de 2018

ÍNDICE

Editorial. **8**

Capítulo I. ¿Qué es Medicina? **10**

Capítulo II. ¿Qué es derecho? **28**

Capítulo III. Consentimiento informado. **36**

Capítulo IV. Dignidad humana. La falacia iusnaturalista. **52**

Capítulo V. Principios de la convivencia social en el ejercicio de la medicina. **61**

Capítulo VI. La ética como parte de la filosofía. **97**

Capítulo VII. El proceso ético médico disciplinario. (resumen general) **110**

Capítulo VIII. Consideraciones especiales sobre ética médica. **140**

Capítulo IX. Diferencias entre derecho, moral, buenas costumbres y reglas de trato social. **161**

Capítulo X. El concepto de verdad en el proceso penal. **174**

Capítulo XI. Nulidades. **186**

Capítulo XII. Derechos de las personas. **292**

Capítulo XIII. La culpa en medicina. **304**

Capítulo XIV. Las pruebas en el proceso ético disciplinario. **325**

Capítulo XV. Las pruebas en las distintas etapas procesales. **336**

Capítulo XVI. La denuncia o la queja. **361**

Capítulo XVII. Investigación preliminar. **367**

Capítulo XVIII. Investigación formal. **380**

Capítulo XIX. Debido proceso en general. **392**

Capítulo XX. El pliego de cargos. **398**

Capítulo XXI. Derecho de defensa. **423**

Capítulo XXII La pena y su dosificación. **432**

Capítulo XXIII. Recursos. **440**

Capítulo XXIV. Impedimentos, recusaciones y cambio de radicación. **451**

Capítulo XXV. Prescripción. **466**

EDITORIAL
CURSO DE INDUCCIÓN

FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ[1]
Presidente Tribunal Nacional de Ética Médica

Tal como lo hacen las Altas Cortes de Justicia, el Tribunal Nacional de Ética Médica decidió publicar en forma periódica una gaceta con el fin de dar a conocer las jurisprudencias de mayor significado práctico dictadas por el Tribunal de segunda instancia y los Tribunales Seccionales, para divulgarlas entre Magistrados, Médicos, Abogados y público en general.

Esta labor magisterial que se inició con la primera gaceta publicada en diciembre de 1996 y que mantuvo su continuidad hasta el año 2004, cuando tuvo que ser suspendida por falta de recursos, fue reanudada luego de 8 años de ausencia, en junio de 2012, fecha desde la que se ha editado en forma ininterrumpida.

Los beneficios de mantener escrita la jurisprudencia de los Tribunales de Ética Médica son muy claros, constantemente, las gacetas son consultadas por médicos, juristas y administradores en las diferentes regiones del país, ya que son distribuidas en forma gratuita en los principales Hospitales, Bibliotecas médicas, Facultades de Medicina, Cortes Judiciales y Entidades Estatales.

---

1 - Médico Cirujano de la Universidad Javeriana, Cirujano General y Gastrointestinal de la Universidad Javeriana, profesor Emérito de Cirugía Universidad Javeriana.

Dentro de los mecanismos de selección de los Magistrados del Tribunal Nacional, así como de los Tribunales Seccionales, dispuestos en la ley 23 de 1981, se evidencia la posibilidad de una alta rotación de los magistrados. En el caso del Tribunal Nacional se eligen cada dos años de listas enviadas al Ministerio de Salud y Protección Social por la Federación Médica Colombiana, Ascofame y la Academia Nacional de Medicina. Lo propio ocurre en los Tribunales Seccionales, solo que sus magistrados son nombrados por el Tribunal Nacional de listas presentadas por los Colegios Médicos correspondientes, pero también por un período de dos años.

Lo anterior, sumado a que con no poca frecuencia especialmente en los Tribunales Seccionales, aparecen impedimentos para actuar como magistrados, hace que constantemente estén actuando como magistrados médicos son ninguna experiencia legal y jurídica que, si bien son apoyados por los Abogados Secretarios y Asesores de los Tribunales, muchas veces tienen grandes dificultades en el ejercicio de su función.

Consciente de este problema y para ayudar a los nuevos magistrados en su labor, el Tribunal Nacional de Ética Médica resolvió editar un número especial de la Gaceta jurisprudencial titulada "Curso de Inducción", en donde figuran todas las etapas del proceso Ético Médico Disciplinario, los conceptos jurídicos y su marco legal, como una forma de ayudar a los Magistrados de desempeñar su delicada función.

Este Tribunal Nacional está seguro de que la Gaceta que hoy publica contribuiría en forma efectiva a facilitar y mejorar la labor de los magistrados.

CAPÍTULO I
¿QUÉ ES MEDICINA?

1- INTRODUCCIÓN

Una profesión consiste en practicar una determinada actividad que sirve a los demás y que se escoge por voluntad propia siguiendo una vocación, con el objeto de realizarse como persona a través de un trabajo.

Para desempeñar a conciencia una profesión, quien la ejerce debe tener una formación moral integra. Debe ser una persona honrada, bien formada conceptualmente en su oficio, con un sentido claro de justicia y un marcado afecto por la sociedad en que practica su trabajo.

Las tres metas mas importantes de la medicina son : Curar la enfermedad, aliviar el dolor y readaptar al individuo. Sin embargo para llegar a esta definición de principios, tuvo que recorrerse un largo camino.

El enfermo ha sido considerado por la sociedad en forma diversa. La reacción social frente al enfermo ha sido diferente a lo largo de los siglos. Del abandono de la comunidad primitiva a la posesión demoníaca de muchas culturas, pasando por el concepto del castigo Divino en Babilonia, la inferioridad social de los griegos y la cruz de redención del Cristianismo.

2- LA DEFINICIÓN DE MEDICINA

La medicina puede entonces definirse como el arte de conservar y restaurar la salud para hacer la vida mas fácil y segura a la comunidad. Sus pilares son dos: Oficio-arte y tecnología-ciencia. Por tanto, como oficio social es el brazo de la civilización en su lucha contra la Enfermedad.

Por lo anterior, no se puede desligar la medicina como ciencia, de su ejercicio como profesión y de la influencia que sobre ella tienen el Estado, las normas de conducta de la comunidad, el médico como individuo y el mismo paciente como objeto del acto médico.

Si la búsqueda del bien es el fin de la actividad moral, la ética social rige toda actividad dentro del conglomerado de Pueblos y vecinos influenciando en forma directa toda profesión y oficio, incluyendo la Medicina, la cual obedece a ciertos valores considerados como dignos de seguir. Y debe ser así, para que exista congruencia entre toda actividad médica individual o institucional.

Cualquiera que sea el régimen, el médico debe poseer una serie de características esenciales: Amor por el enfermo, bondad con el ser humano, conocimiento científico y respeto por la persona.

Por lo tanto, habiendo superado las etapas históricas como sacerdote, hechicero o mago, el médico no debe ser solamente un científico frío con una serie de conocimientos aplicables. También debe ser un funcionario social, un dirigente, un amigo de los enfermos que se preocupa por el mejoramiento de personas y conglomerados humanos.

El médico, pues, deberá conocer en forma integral a su paciente, esforzándose por sentir empatía con el mismo, sin importar que tan difícil sea su personalidad ni que tan impactante sea su enfermedad. Debe ser un maestro del enfermo, orientándolo en lo que a conciencia debe hacerse y ayudándole a tomar las decisiones como si las tomara para si mismo. Pero, por sobre todo, deberá sentir una profunda compasión por el ser que sufre, agobiado por una enfermedad a veces sin remedio y ante la cual el médico siempre deberá ofrecer algún tipo de apoyo, especialmente cuando no existe la esperanza.

Pero, desde el punto de vista social, el actuar médico se encuentra regulado por la norma jurídica, dentro de la cual debe actuar, so pena de ser objeto del reproche social y del castigo estatal.

3- EL ACTO MÉDICO: CONSIDERACIONES ESENCIALES

La relación médico paciente, esencia del ejercicio de la Medicina, se produce cada vez que un profesional a quien la estructura social y jurídica de un país ha catalogado como idóneo para ejercer la Medicina, acepta la petición de otro miembro de la sociedad que acude en búsqueda de su opinión, consejo y posible tratamiento.

Como lo expresa la Ley 23 de 1981 (Titulo I, Capítulo I, Artículo 4):

"La relación médico-paciente es elemento primordial en la práctica médica. Para que dicha relación tenga pleno éxito, debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico..."

De acuerdo con dicha ley, la relación médico paciente se cumple en los siguientes casos:

1-Por decisión voluntaria y espontánea de ambas partes.
2-Por acción unilateral del médico, en caso de emergencia
3-Por solicitud de terceras personas
4-Por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad privada o publica"

Titulo II, Capítulo I, Artículo 5. Ley 23 de 1981

4- ¿QUÉ ES EL ACTO MÉDICO?

El acto médico, en el cual se concreta la relación médico-paciente, es una forma especial de relación entre personas; por lo general una de ellas, el enfermo, acude motivada por una alteración en su salud a otra, el médico, quien está en capacidad de orientar y sanar, de acuerdo a sus capacidades y al tipo de enfermedad que el primero presente.

A través del acto médico se intenta promover la salud, curar y prevenir la enfermedad y rehabilitar al paciente.

El médico se compromete a colocar todos los medios a su alcance para efectuar un procedimiento (médico o quirúrgico), actuando con apoyo en sus conocimientos, su adiestramiento técnico y su diligencia y cuidado personal para curar o aliviar los efectos de la enfermedad, sin poder garantizar los resultados, previa advertencia de los posibles riesgos y complicaciones inherentes al mismo.

Cuatro características principales distinguen al Acto Médico:

La Profesionalidad, pues solamente el profesional de la medicina puede efectuar un acto médico. La ejecución típica, es decir, su ejecución conforme a la denominada "Lex Artis Ad Hoc" (ver adelante), sujeta a las normas de excelencia de ese momento.

El tener por objetivo la curación o rehabilitación del enfermo y la Licitud, o sea su concordancia con las normas legales

5- ACTO MÉDICO DIRECTO.

Se llaman actos médicos directos aquellos en los cuales mediante la intervención médica se trata de obtener la curación o alivio del enfermo. Ellos pueden ser preventivos, diagnósticos, terapéuticos o de rehabilitación.

La prevención hace referencia a la recomendación de medidas para evitar la aparición de procesos patológicos.

El diagnóstico es la opinión del médico obtenida de la observación directa o de laboratorio del paciente.

La terapéutica se refiere a las diversas formas de tratamiento para la enfermedad.

La rehabilitación es el conjunto de medidas encaminadas a completar la terapéutica para reincorporar al individuo a su entorno personal y social.

No nos referiremos a los actos médicos indirectos, ni a los denominados extracorpóreos (investigación, experimentación, autopsia, etc.), los cuales requieren para su análisis otro capítulo completo.

6- EL ACTO MÉDICO DOCUMENTAL

Es en realidad complementario de actos anteriores y su importancia legal radica en su validez como prueba dentro de cualquier reclamación o proceso. En este grupo se incluyen el certificado médico, la Receta o fórmula médica y la Historia Clínica (el acto documental más importante de todos).

La Historia Clínica (motivo de un artículo adicional por parte nuestra), tiene importancia desde varios puntos de vista:

-Asistencial, pues sus notas permiten que el paciente pueda continuar su tratamiento aun si falta el médico que lo inició
-Docente
-Investigativo
-Social
-Control de calidad
-Administrativo
-Médico Legal. En este aspecto se plasman hechos como la justificación de los procedimientos, los exámenes practicados (clínicos y de laboratorio), la

responsabilidad tanto de pacientes como de médicos que intervengan en su tratamiento y en general todas las pruebas escritas de las formas de tratamiento y su respuesta individual en cada enfermo.

La historia clínica pertenece a la esfera de información íntima del paciente y del secreto profesional del médico. Debe, por tal razón, ceñirse a la más alta calidad ética-científica.

Existe un aspecto relevante y es el de la Historia Clínica como Documento reservado, calidad que se le reconoce sin dudas en Colombia, como lo prueba el ejemplo del 29 de Septiembre de 1993: el Magistrado Carlos Gaviria, de la Corte Constitucional, declaró que los jerarcas de las fuerzas armadas no pueden violar la reserva de la historia clínica de quien pertenece a la institución castrense, pues esa conducta va en contravía de derechos elementales de la persona.

La ley 23 ya lo había contemplado en su Titulo II, Capítulo III, artículo 34:

"La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado, sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley"

Así mismo en el artículo 38:

"Teniendo en cuenta los consejos que dicte la prudencia, la revelación del secreto profesional se podrá hacer:

A)Al enfermo, en aquello que estrictamente le concierna y convenga;
B)A los familiares del enfermo, si la revelación es útil al tratamiento;
C)A los responsables del paciente cuando se trate de menores de edad o de personas mentalmente incapaces;
D)A las autoridades judiciales o de higiene y salud, en los casos previstos por la Ley;
E) A los interesados, cuando por defectos físicos irremediables o enfermedades graves infecto-contagiosas o hereditarias, se ponga en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia"

Esta norma tiene a su vez repercusión para efectos procesales, ya que el médico, al igual que otros profesionales, no está obligado a declarar sobre aquello que se le ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su oficio o profesión (Artículo 214 del Código de Procedimiento Civil).

7- ACTO MÉDICO Y ACTO JURÍDICO

Cuando el médico actúa como tal, manipula técnicas y conocimientos con miras a un resultado concreto. Este fin buscado por el ejercicio de la medicina tiene implicaciones ante la ley.

Es pues, el acto médico (cualquiera que él sea) una fuente de la que emanan consecuencias jurídicas para el profesional que lo realiza y para el paciente que ha sido objeto de esta actividad. Aunque no la única fuente, como se verá.

Desde la óptica que nos interesa en este escrito, los actos médicos se efectúan sobre una persona llamada paciente (sujeto pasivo) que como ser humano tiene derechos; el médico tendrá que preservar estos derechos y se comprometerá a defenderlos y a tratar de recuperarlos. Los principales son la vida, la salud, las buenas condiciones físicas o mentales y la integridad corporal.

Esos derechos han sido reconocidos previamente por la ley como derechos subjetivos (es obvio que las personas solamente podemos alegar en nuestro favor aquellos derechos que el ordenamiento legal previamente nos haya concedido). Jurídicamente deben considerarse por separado dos momentos cuando se habla de alegar o invocar un derecho subjetivo: el primero, de consagración abstracta e impersonal; el segundo, de aplicación de esa norma abstracta al caso concreto. Por ejemplo, del consagrado constitucionalmente "toda persona tiene derecho a la vida" puede pasarse, en un evento determinado, al reclamo judicial por parte del médico que ha ganado sus honorarios, o contra el médico por cuya culpa alguien falleció.

El primer momento se denomina derecho objetivo mientras que el segundo se llama derecho subjetivo (prerrogativa consolidada en una persona determinada, en una circunstancia dada).

Como dicen Marty y Raynaud, el problema de las fuentes de las obligaciones no es sino un aspecto del problema de los derechos subjetivos. Y como el derecho subjetivo encuentra su fuerza en la norma de derecho objetivo, hay que concluir que el derecho subjetivo tiene su fuente en la ley. Solo que el nacimiento de ese derecho subjetivo supone un elemento concreto que en determinado momento desencadene la aplicación de la norma objetiva. En consecuencia y a pesar de su infinita variedad, esas circunstancias generadoras de derechos pueden ser reducidas a dos categorías: el acto jurídico y el hecho jurídico.

Es una clasificación estrecha que deja por fuera otras fuentes de las obligaciones, pero sirve muy bien para resaltar de que manera el acto médico puede ser ese "elemento concreto que en un determinado momento desencadena la aplicación de la norma objetiva". Las obligaciones del médico, frente al derecho, provienen de su actividad consciente y, por lo tanto, son la contrapartida de los derechos del enfermo que ha acudido en busca de ayuda o atención; derechos y obligaciones que están establecidos en la ley.

Sin embargo, hay que dejar constancia de que esta teoría puede ser un poco rígida, pues el ordenamiento jurídico no solo incluye las normas positivas, sino también las normas de conducta que la moral y las buenas costumbres nos transmiten generacionalmente.

Todo acto médico desde esta perspectiva, es un acto jurídico o un hecho jurídico; lo que equivale a decir que de todo acto médico se derivan consecuencias en el ámbito del Derecho.

Los actos jurídicos, por otra parte, se distinguen de los hechos jurídicos: mientras aquellos buscan un resultado concreto en el derecho (por ejemplo un contrato de prestación de servicios profesionales busca la recuperación de la salud del paciente a cambio de los honorarios médicos), éstos no encuentran sus implicaciones jurídicas en la voluntad o intención con que se realizan (por ejemplo, en un accidente de transito, la lesión -hecho producido por el hombre- no ha sido querida sino, antes por el contrario, ha procurado ser evitada).

La responsabilidad jurídica se desprende acá del incumplimiento o violación de una norma, porque así lo ha querido la ley, sin importar lo que se haya propuesto el autor. Con mayor razón, si lo que se desea y obtiene con el hecho es esta violación del derecho; la consecuencia de este hecho antijurídico (querido o no) la define el código penal bajo la denominación de "pena".

Del acto médico, por lo que se ha visto hasta ahora, pueden desprenderse dos tipos de consecuencias en Derecho: las que resultan del acto jurídico ("responsabilidad" por el acto) y las que resultan del hecho jurídico ("perjuicios" indemnizables por el hecho antijurídico capaz de generar implicaciones en el Derecho - el delito, por ejemplo-). Ambos tipos de consecuencias están contemplados en la ley (en los códigos civil o penal) y tienen que ver con los derechos subjetivos de las partes que intervienen en el acto médico: profesional de la medicina y paciente (por sí o por sus allegados).

El "acto médico" es un hecho del hombre específicamente capacitado en esta ciencia,

que acarrea consecuencias porque se realiza voluntariamente y tiene como "objeto" la vida o la salud de otro hombre (paciente), de manera que el resultado del actuar del médico siempre tendrá que ver con la ley, por incidir sobre un "sujeto de derechos"; por afectar los derechos de otro hombre que se ha puesto en sus manos.

Cabe la consideración de si al ser realizado mediante fuerza (física o moral), podría implicarse para el médico (aparte de la discusión sobre su responsabilidad penal por el delito cometido -pensemos en un aborto practicado bajo amenazas para el médico o su familia-) también su responsabilidad profesional, porque aunque es claro que estaría viciado de nulidad como contrato, no eximiría al profesional de su correcto desempeño. El hecho médico ilegal acarrea también derechos y responsabilidades para las personas intervinientes, pues aunque su fuente no sea el acuerdo de voluntades, su ocurrencia genera, para el médico especialmente, el estricto desempeño de su profesión con base en su juramento.

En general, las actuaciones del médico van precedidas de un acto jurídico (contrato consensual); si el médico lo cumple, genera derechos a su favor y si lo incumple, genera sanción. Es preciso, no obstante, advertir que, tratándose (en la mayoría de los casos), de una obligación "de medio" y no "de resultado", el acto jurídico se cumple a cabalidad siempre que el médico haga lo correcto (sin importar si alcanza el resultado querido), o lo incumple si no actúa con la propiedad que la ciencia exige. Si el resultado es bueno surge en favor del profesional de la salud un crédito, un derecho a cobrar honorarios. Si el resultado afecta derechos del enfermo, surge en su contra la responsabilidad, la cual se juzga, precisamente, con base en la Lex Artis. Los motivos o móviles que llevan a las partes a contratar merecen atención especial. El médico es la persona más próxima al ser humano a todo lo largo de su existencia, pues lo mueve una combinación de vocación de ayuda, conocimiento científico, deber de funcionario social y ejercicio del propio oficio. Pero por encima de todo, el ejercicio de la voluntad al servicio del ser humano como un todo, basada en conocimientos científicos. Es una combinación de filantropía (Amor al ser humano) y filotecnia (Amor al arte de curar).

El acto médico tiene, como base fundamental, el amor del médico por la vida humana, por el enfermo y por la misma profesión con la cual se ha comprometido

Titulo II, Capítulo I, Artículo 11 de la Ley 23 de 1981:

"La actitud del médico ante el paciente será siempre de apoyo. Evitará todo comentario que despierte su preocupación y no hará pronósticos de la enfermedad sin las suficientes bases científicas.

En el Eclesiástico aparece una cita interesante:

"...Puesto que hay un tiempo en que has de caer en manos de los médicos y ellos rogarán al Señor que te aproveche lo que te recetan para tu alivio, y te conceda la salud, que es a lo que se dirige su profesión..."

Por lo tanto, como dice Laín Entralgo, es una relación que presenta varios aspectos: interhumano, de ayuda y técnico, mediante los cuales el médico puede ofrecer una de tres opciones: consejo en la toma de una decisión, educación y asistencia médica. De acuerdo con este mismo autor, la dinámica de esta relación tiene varios momentos: Afectivo (Amistad entre el médico y su paciente), Cognoscitivo (Diagnóstico) y Operativo (Terapéutica), regidos por una serie de normas éticas y en un contexto histórico-social.

Sin embargo, a algunos médicos los mueven motivos completamente diferentes al simple altruismo y amor a la humanidad. Tal es el caso del afán económico desmedido, la búsqueda de prestigio, el ascenso en la escala social, la curiosidad científica especial por una enfermedad en particular, etc.

En lo que respecta al enfermo, varias cosas pueden motivar la búsqueda de la ayuda médica: El deseo de recuperarse, la necesidad de saber lo que pasa con su organismo, la búsqueda de una especie de refugio cuando existe una preocupación por la enfermedad y el conocimiento de lo que será su salud en el futuro, principalmente.
De acuerdo con el Dr J Tissnesh

"...El paciente busca atención para su salud, pero también busca amor, comprensión, atención integral, esperanza. Detrás de todo enfermo hay un ser humano angustiado y necesitado que ha confiado al médico su don más preciado, su vida. La respuesta a la solicitud del paciente, requiere ciertas cualidades especiales: disposición para ayudar, competencia y claridad científica, destreza, honradez profesional, conocimiento del hombre y de la sociedad, una recia estructura moral y ética..."

Por supuesto, el paciente también tiene una serie de obligaciones en esta relación. Para empezar, debe expresar siempre la verdad.

Un Padre de la Iglesia Católica, San Jerónimo, decía con sobrada razón:

"...Si el enfermo se avergüenza de descubrir su llaga al médico, la medicina no cura lo que ignora..."

Sin embargo hay que tener en cuenta que, en no pocos casos, los motivos del enfermo pueden ser muy diferentes: Deseo de buscar una incapacidad para no asistir a sus obligaciones cotidianas, búsqueda de medicamentos controlados, exploración de conceptos para "perfeccionar" una queja contra otro médico e, incluso, atracción física hacia el médico, entre otros.

8- OBLIGACIONES Y DEBERES DEL MÉDICO

Las obligaciones del médico, en opinión generalizada de los tratadistas son, con algunas variaciones, las siguientes:

1-SECRETO PROFESIONAL

En el juramento Hipocrático se estipula:

"...Aquello que yo viere u oyere en la sociedad, durante el ejercicio, o incluso fuera del ejercicio de mi profesión, lo callaré, puesto que jamás hay necesidad de divulgarlo, considerando siempre la discreción como un deber en tales casos..."

El secreto profesional médico cubre aquello que por razón del ejercicio de la profesión se haya visto, oído o comprendido y que no es ético o lícito revelar, salvo que exista una causa justa y en los casos contemplados por disposiciones legales.

Según Uribe Cualla , existen tres tipos de Secreto profesional médico:

1-Absoluto. El médico debe callar siempre, todo, bien sea en privado o ante la justicia.
2-Relativo. No debe guardarse frente a la justicia, para así colaborar en la búsqueda de la verdad.
3-De conciencia. El médico debe divulgar la verdad.

De acuerdo con Uribe Cualla se requieren varias condiciones para que exista violación del secreto profesional:

-Que el infractor tenga una profesión u oficio
-Que el asunto se haya conocido con motivo del ejercicio profesional, aunque no tenga nada de confidencial.
-Que el médico cause algún perjuicio o pueda causarlo con la revelación de lo secreto, no obstante tener la obligación de guardarlo.
-Que se haga con plena conciencia (Delito) o inadvertidamente (Falta Moral)

Aunque el artículo 74 de la Constitución Política dispone la inviolabilidad del Secreto Profesional, existen limitaciones, especialmente en casos de algunas enfermedades infecto-contagiosas, en donde lo que más llama la atención es la contradicción misma de las normas sanitarias.

El Decreto 559 de Febrero 22 de 1991, que hace referencia a la Prevención, Control y Vigilancia de las Enfermedades Transmisibles, especialmente en lo relacionado con el Virus de Inmunodeficiencia Humana (HIV) y el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), obliga a NOTIFICAR a las autoridades tanto a los enfermos de SIDA como a los infectados por HIV, así sean sintomáticos, so pena de incurrir en el delito de violación de normas sanitarias consagrado en el Código Penal.

"...De conformidad con la Ley 09 de 1979 y el decreto 1562 de 1984, todas las personas naturales o jurídicas, publicas o privadas del sector, están obligadas a notificar los casos de enfermos de SIDA y los de infectados por el HIV, so pena de ser sancionados de conformidad con las normas pertinentes y sin perjuicio de que puedan llegar a incurrir en el delito de violación de medidas sanitarias consagradas en el Código Penal. El procedimiento de notificación deberá garantizar la confidencialidad..."
Y el artículo 21:

"...La información epidemiológica en relación con la infección con el HIV es de carácter confidencial. El secreto profesional no podrá invocarse como impedimento para suministrar dicha información en los casos previstos en las disposiciones legales y reglamentarias..."

Dice además el **Artículo 33:**

"Por razones de carácter sanitario, cuando la persona tenga la condición de infectado asintomático, el médico tratante podrá informar de su estado de salud al cónyuge, compañero permanente o pareja sexual permanente, previo consentimiento informado para su respectivo estudio diagnostico. Asimismo, cuando el médico considere pertinente se informara a las personas que están expuestas al riesgo, para que asuman las medidas de protección pertinentes"

Y el **Artículo 34:**

"En cumplimiento del Artículo 18 de la Ley 23 de 1981, cuando la condición del paciente infectado por el HIV sea grave, por cualquier causa, o haya desarrollado el SIDA, el médico tiene la obligación de comunicar tal situación a sus familiares o allegados"

Artículo 32

"...Los integrantes del equipo de salud que conozcan o brinden atención en salud a una persona infectada por el Virus de Inmunodeficiencia Humana, HIV, asintomática o sintomática, están en la obligación de guardar la confidencialidad de la consulta, diagnostico y evolución de la enfermedad. De igual manera, se observara tal disposición con personas con conducta sexual de riesgo cuyo estado no sea seropositivo..."

Otros casos que merecen especial consideración son los referentes a estudios de investigación (En donde debe guardarse celosamente el nombre de los pacientes) y algunos casos médico-legales.

2-INFORMACION ADECUADA Y CONSENTIMIENTO

Como hemos analizado en otra publicación, los actos humanos, en nuestro sistema jurídico, para que produzcan efectos plenos, deben ser realizados con consentimiento. Ese consentimiento debe ser exento de vicio: error, fuerza o dolo (Artículo 1508 del Código Civil). En caso contrario, el acto estará viciado de nulidad y no producirá ningún efecto o producirá otro distinto al que normalmente se persigue con este obrar.

En los actos médicos consensuales la situación es compleja. Las condiciones mínimas para que pueda existir un acto de consentimiento médico son, de acuerdo con diversas legislaciones:

CAPACIDAD. Entendida como el pleno uso de las facultades intelectuales y el criterio suficiente para juzgar los riesgos y alternativas; en este punto es preciso distinguir entre la capacidad legal (que en Colombia la tienen solamente las personas mayores de edad, con mente sana) de la capacidad para entender y aceptar un procedimiento médico.

Somos de la opinión de que en relación con el consentimiento informado, el paciente no necesariamente debe ser una persona considerada "legalmente capaz", como sería el caso de un adolescente cuyo criterio pugna con el de sus padres menos instruidos o fanáticamente adeptos a una ideología que choca con la ciencia.

POSESIÓN DEL DERECHO. Es la titularidad del derecho, bien o interés sobre el cual el sujeto consiente el acto médico. Cabe la misma observación anterior, respecto del conflicto de intereses entre el paciente titular del derecho a su salud y su cuerpo, y el de las personas que, ocasionalmente, lo representen como son sus padres, tutores, guardadores o curadores.

LIBERTAD. Atentan contra esta condición la coacción de cualquier tipo (física, moral, intelectual, económica, etc.) y la falsa información o engaño por parte de cualquiera de los sujetos

La base es el conocimiento de las alternativas de tratamiento y de todas las posibles complicaciones que implique el procedimiento o terapéutica al cual vaya a ser sometido. La decisión que tome el enfermo debe ser absolutamente personal.

Por ello, el libre desarrollo de la personalidad consagrado expresamente en nuestra Constitución Política como un derecho de los jóvenes, tendrá implicaciones legales cuando se trate de contratos de prestación de servicios médicos u odontológicos que de suyo no pongan en peligro la vida o la salud del paciente y el médico procederá con libertad, cuando este peligro no exista; en caso contrario, además del deber de advertir del riesgo al paciente, se negará a realizar el acto médico sin la autorización de las personas bajo cuyo cuidado y responsabilidad ese menor se encuentre.

Aún contra la voluntad de sus padres, por ejemplo, consideramos que un menor adulto puede someterse a un tatuaje, a un procedimiento médico u odontológico que tenga por finalidad un implante o incrustación con fines estéticos, o a otra serie infinita de tratamientos que tienen que ver con las manifestaciones de su personalidad y para los cuales -médicamente hablando- no existe riesgo.

INFORMACIÓN ADECUADA. La información que se presente al paciente debe ser verdadera, clara, completa y discutida con el mismo.

Esta información es un derecho esencial del paciente para poner en ejercicio su libertad. De lo contrario, al presentar el médico una explicación errónea, falsa o malintencionada, no solamente se esta faltando a un principio ético, sino esta vulnerando la libertad de decisión del paciente.

La información adecuada equivale al conocimiento de las alternativas de tratamiento y de todas las posibles complicaciones que implique el procedimiento o terapéutica al cual vaya a ser sometido.

A este respecto puede presentarse la discusión sobre si debe informarse la verdad completa, por las repercusiones que tal información pueda tener en el enfermo que no se encuentra preparado para recibirla. Es obvio que en este punto hay que ser muy prudente y cuidadoso, pues de la forma como se presenten las cosas al paciente, pueden depender efectos negativos.

Algunos afirman que el paciente debe conocer toda la verdad, con el objeto de arreglar sus asuntos familiares y económicos en forma definitiva. Otros, por el contrario, piensan que no se debe angustiar al paciente y más bien someterlo al tratamiento sin que sepa que su pronostico es pésimo.

La Ley 23 de 1981 habla de la responsabilidad en caso de riesgo previsto (Titulo II, Capítulo I, Artículo 16):

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

El médico advertirá de el al paciente o a sus familiares o allegados"

Aunque el médico debe ofrecer siempre alguna esperanza a su paciente, las circunstancias actuales obligan a ofrecer la información en forma clara. De lo contrario, se esta agrediendo el derecho de la persona a conocer la verdad y a proceder según sus necesidades. De cualquier forma, una buena práctica consiste en informar siempre a la familia acerca de la situación real del paciente y su enfermedad, con el vocabulario y en la oportunidad que aconsejen la prudencia y el buen juicio del médico.

CAUSA O MOTIVO DEL ACTO. Por parte del paciente es la sintomatología secundaria a su patología la que lo lleva a buscar la asistencia profesional, sea de un médico determinado o de un equipo especializado de atención.

Por parte del médico, como hemos mencionado, su especialidad, el interés humano, académico y científico de cada caso.

DOCUMENTO. Es recomendable la existencia de un documento en donde expresamente se consienta la práctica del acto médico, particularmente cuando se vaya a efectuar un tratamiento riesgoso o un procedimiento invasivo.

En casos de extrema urgencia, el documento puede obviarse por estar de por medio la vida del paciente, dejando una clara nota en la Historia Clínica a este respecto.

Aunque este documento no es eximente de responsabilidad para el médico, es en principio una prueba pertinente de que se actuo de acuerdo con la voluntad del enfermo, además de que materializa las condiciones del contrato de prestación de servicios médicos.

REVERSIBILIDAD. Es la posibilidad de revocar el consentimiento por parte del paciente. El enfermo no solamente puede arrepentirse de aceptar el tratamiento propuesto, sino que puede además cambiar de médico en cualquier momento.

Esto puede aplicar también al médico en forma de terminación unilateral del contrato de prestación de servicios médicos, en casos específicos, también contemplados en la ley 23 de 1981.

3- OBLIGACIÓN DE CONOCIMIENTO

Es indispensable que la formación y los conocimientos del médico sean adecuados y actualizados. Para lograr ésto se requieren muchos años de estudio y práctica. El médico se forma en las facultades de medicina aprobadas para tal efecto por el gobierno del respectivo país.

Aprender es, en esencia, establecer nuevas conexiones interneuronales para elaborar y almacenar porciones de conocimiento que, una vez asimilado, entran a formar parte de la estructura individual en la respuesta a interrogantes, problemas y análisis de conductas.

En el período de adiestramiento médico se intenta acumular el máximo de experiencia y aprendizaje posible para poder formar un criterio básico de manejo de los problemas en el menor tiempo posible.

En este periodo no se aprende mediante actitudes pasivas o teóricas basadas en dogmas o preceptos arbitrarios, sino a través del ejercicio de una mente creativa y disciplinada.

En resumen, el médico debe saber cómo utilizar su arte, cuándo aplicarlo, por qué utilizarlo y en quién hacerlo.

4- OBLIGACIÓN DE DILIGENCIA Y TÉCNICA

Está ligada a la anterior. El médico debe colocar la máxima diligencia y utilizar sus habilidades al máximo para atender a su paciente.

El profesional de la salud debe entonces tener una habilidad básica, fundamentada en la ciencia de su oficio, disposición de ánimo y conocimientos claros, para poder utilizar el cerebro, las manos y los instrumentos con el objeto de modificar o eliminar la enfermedad o la mal función orgánicas, para prolongar la vida y mejorar su calidad y dignidad.

Como dice R Clark: "Podemos estar errados, pero nunca estar en duda en el momento de tomar decisiones cruciales para el enfermo".

El médico debe ser claro de propósitos, definitivo en el juicio, decisivo en la autoridad y autoritario con su propia vida, lo cual implica poseer los más altos niveles de responsabilidad y compasión humanas.

Para el ejercicio de cada especialidad el médico debe ser experto en el manejo de las herramientas, equipos y máquinas correspondientes.

Si en un momento dado el "estado del arte" de un área médica específica incluye el uso de un equipo que se encuentre al alcance del país y del paciente, el médico deberá remitir al enfermo al especialista o institución que, por poseer tal artefacto le brinden los mejores beneficios.

Obviamente en este aspecto se encuentran las limitaciones de tipo económico, pero la información que el paciente recibe del médico sobre tales posibilidades técnico-científicas, dejarán en manos del enfermo la decisión. Si éste no quiere, o no puede aceptar el ofrecimiento, el médico debe respetar su decisión.

5- OBLIGACIÓN DE CONTINUIDAD DEL TRATAMIENTO

Una vez el médico establezca una relación profesional con su paciente, la terapéutica deberá continuar hasta que el enfermo sane, o cambie voluntariamente de médico, o sea remitido a manos de otro especialista.

Sin embargo, existe el área de la medicina institucional, en donde por razones de organización burocrática el paciente debe ser controlado por el médico de turno. En este caso, la relación médico-paciente que ya ha sido alterada por el tipo de ejercicio, también cambia un poco debido a la "despersonalización" en el manejo de los enfermos.

6- OBLIGACIÓN DE ASISTENCIA Y CONSEJO

Como hemos mencionado, la medicina es por esencia una carrera humanística y tiene como objetivo apoyar en todo momento al enfermo. Baste recordar de nuevo la famosa frase: "Curar a veces, aliviar a menudo, consolar siempre".

El médico debe constituirse en consejero, buscando siempre la decisión que sea más conveniente a su enfermo.

7- CERTIFICADO MÉDICO

Es el documento en el cual el médico hace constar un hecho o característica de un paciente, para que tenga efecto algún hecho jurídico adicional. En otras palabras, se deja constancia de alguna enfermedad o estado de salud, aptitud o daño orgánico específico, para que posteriormente tenga aplicabilidad en otro hecho o acto.

De acuerdo con lo anterior, el Contrato de Asistencia Médica y el Acto Médico con el cual se cumple puede ser de dos tipos: Privado e Institucional.

9- ACTO MÉDICO PRIVADO

Hace referencia a la relación directa entre el enfermo y el médico escogido por el mismo, sea por voluntad propia, recomendación de otras personas o remisión privada de otros colegas.

Entre el paciente privado y su médico se establece la típica relación de contrato consensual, por la cual el médico se compromete a colocar todos los medios de su parte para devolver o mantener la salud del enfermo, quien a su vez adquiere el compromiso de pagar unos honorarios al profesional por su trabajo.

10- ACTO MÉDICO INSTITUCIONAL

Esta forma de relación puede ser de varios tipos:

-A través de entidades hospitalarias de servicio publico en donde el médico es un empleado a sueldo.
-A través de instituciones como el Seguro Social
-Mediante entidades privadas que contratan su infraestructura con corporaciones, ofreciendo su cuerpo médico como parte del contrato.
-Por medio de empresas de medicina prepagada

Aunque en estos casos el paciente no busca voluntariamente al médico, se somete a ser atendido por quien se encuentra de turno o llamada.

Esto no descarta la relación contractual entre el médico y el enfermo, sino que más bien involucra a un tercero: La institución prestadora de servicios, quien paga al médico por su trabajo y debería garantizar al enfermo la mejor atención posible.

La atención institucional es una forma de permitir el acceso a la salud a gran cantidad de personas que en forma individual y privada no lo hubieran podido conseguir. Sin embargo, se ha encontrado una relación distinta con el paciente, si no en el aspecto profesional si por lo menos en el área afectiva.

No se puede negar la burocratización e ineficiencia en muchas de las entidades prestadoras de servicios y el predominio de la parte económica, circunstancia que puede resumirse en el cambio de "Hacer lo que sea mejor para el paciente "por" Hacer lo que sea mejor para la empresa-industria de Salud"

CAPÍTULO II.
¿QUÉ ES DERECHO?

DERECHO.

viene del participio latino directum que quiere decir dirigir y de rectum (no torcido),"directum", que significa "lo que está conforme a la regla, a la ley, a la norma" A su vez, puede provenir de otra expresión que viene de gobernar. Los Italianos dicen direto, los franceses droit, los Alemanes direkt y los ingleses right. En la parte filosófica derecho es rectitud, es decir, no desviarse del recto camino. JUS o IUS viene del sánscrito y con el correr del tiempo del mismo latín, que expresa la idea de unir algo (juntar).

Para entender el derecho como fenómeno eminentemente social, es necesario partir de la historia humana misma. Y, para comprender la evolución de las sociedades, la formación y destrucción de los estados, la obediencia de miles de hombres en el curioso fenómeno de la guerra, la autodestruccion que siempre ha caracterizado a nuestra especie, la posibilidad de convivir con nuestros semejantes en medio de un intenso amor y un profundo odio, hay que analizar al ser humano en todos sus aspectos, en la grandiosidad de su pensamiento y en la bajeza de sus acciones, en su sed de trascendencia y en su enorme egoismo, en su impresionante capacidad de conocimiento abstracto y en la simplicidad de sus actos cotidianos. En una palabra, en su integridad como el mayor predador que ha engendrado el universo y, al mismo tiempo, la obra mas delicada que la creación ha podido entregar como producto en evolución permanente.

Si no se entiende al ser humano no es posible entender el Derecho. Por eso, la carrera de Abogado es la más completa, la más culta y la más amplia de todas las profesiones. Un togado ignorante nunca será un buen humanista. Y quien pretende conocer solamente un conjunto de códigos sin adentrarse en el estudio de las personas y la sociedad, jamás será un verdadero jurisconsulto. Y esta es la esencia del Derecho: la humanidad misma, en toda su grandeza y su miseria.

El derecho se ha diseñado para proteger la dignidad humana. Mientras exista la persona existirá el derecho y desde que haya historia habrá normas de derecho de una u otra forma.

INSTITUCIONES FUNDAMENTALES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

La finalidad del Derecho es procurar la convivencia pacífica entre las personas entre sí y entre los pueblos. Por lo tanto, el fin del Derecho es la Paz.

DEFINICIÓN DE LOS SUJETOS DE DERECHO

Los seres humanos practican o desarrollan conductas. El Derecho es el máximo regulador de la conducta humana en sociedad. Aquí nace el Derecho de Personas

RELACIONES DE PROPIEDAD

El ser humano tiene necesidades. Estas son satisfechas mediante el trabajo. El hombre no es autosuficiente y, por lo tanto, debe intercambiar cosas. El Derecho obliga a cumplir la palabra empeñada en el intercambio. Punto de partida del Derecho de Bienes

RELACIONES DE PAREJA

Los seres humanos tienen necesidades sexuales de pareja. El Derecho es parte de la regulación de las relaciones de pareja. Es el origen del Derecho de Familia

RELACIONES CON LOS SOBREVIVIENTES

AL morir se dejan bienes que deben ser repartidos de acuerdo con la voluntad del causante y los derechos del causahabiente. Es la base del Derecho de Sucesiones

RELACIONES DE CONVIVENCIA

La sociedad crea sus formas de gobierno. El Derecho crea el poder y la autoridad para hacer cumplir las normas

FUNCIONES ESENCIALES DEL DERECHO

El ser humano es conflictivo por naturaleza. La vida social empeora este conflicto de relaciones humanas, pero el derecho las controla, modera y modula.

En qué areas de la sociedad actúa el derecho? Prácticamente en todas las que impliquen acciones de repercusión sobre una o varias personas

1- CONTROL DE CONFLICTOS INTERPERSONALES EN LA SOCIEDAD. La vida diaria se encuentra en permanente conflicto inter subjetivo. Las personas, en sus relaciones diarias, chocan por multitud de motivos. Y para evitar que dichos conflictos desencadenen acciones violentas y disturbios que molestan el normal desenvolvimiento de la comunidad, el derecho regula muchos actos humanos y advierte acerca del precio o pena que debe pagar quien desobedezca los postulados de la norma.

2- ASPIRA A SER JUSTO Y EQUITATIVO. Debido a su tránsito por el órgano que estudia, discute y aprueba la ley, el derecho tiene aspiración de ser justo en el campo que a cada ley compete. Es apenas lógico que la norma no puede complacer a la totalidad de los ciudadanos, e incluso puede ser no muy popular entre la mayor parte de los miembros de la sociedad, como en el caso de los estatutos tributarios o de impuestos. Sin embargo, cada Ley intenta proteger bienes jurídicos importantes y que beneficien a la mayor parte de la sociedad

3- EL DERECHO EVOLUCIONA CON LA SOCIEDAD. La humanidad se encuentra en permanente evolución y cambio. Por ello, a medida que aparecen avances científicos, nuevas formas de hacer las cosas, aumento en la velocidad de desplazamiento, formas nuevas de delincuencia, etc., el derecho debe regular las acciones secundarias al cambio. ¿A quien se le ocurrí hace cincuenta años hablar de normas sobre clonación humana? O qué norma regulaba el riesgo de transporte de material nuclear? Hoy en día se impone la intervención estatal y social en múltiples a actividades que antes no se planteaban ni en relatos de ficción.

4- REGULA EL PODER DEL ESTADO. El absolutismo de los monarcas pasó a la historia. Ya no se puede aceptar el concepto del poder divino de los reyes ni ciertas posiciones de privilegio basadas en conceptos religiosos dominantes.

CONCEPTOS FILOSÓFICOS SOBRE EL DERECHO

En Roma, Celsus definió derecho como el arte de lo bueno y de lo justo (IUS EST ARS BONI ET AEQUI) Para MANUEL KANT el derecho es un elemento regulador por excelencia, el cual orquesta las acciones humanas y permite la convivencia entre las personas. Dentro de esta regulación se permite el ejercicio de la libertad individual siempre y cuando no afecte el espacio de cualquier semejante. Decía que el derecho es el conjunto de condiciones mediante las cuales el libre arbitrio del uno puede acordarse con el otro siguiendo una ley general de la libertad".

RODOLFO STAMMLER coloca al derecho como la justificación existencial de cualquier forma de relaciones sociales. Por ejemplo, la economía tiene sentido en cuanto obedece a relaciones jurídicas predeterminadas socialmente. Afirma que "El derecho es la voluntad vinculante, autárquica e inviolable"

Para GUSTAVO RADBRUCH el Derecho regula la sociedad bajo el manto conceptual de la Justicia.

GIORGIO DEL VECCHIO analiza al Derecho como la fuente de poder que evita la invasión de una voluntad en campos de otra. Y para que esto sea efectivo, el derecho tiene que ser coercible, por la razón o por la fuerza.

RUDOLF VON IHERING enfatiza en la fuerza del derecho diciendo que la espada de la Justicia sin la balanza del Derecho es simplemente la fuerza bruta. Y la balanza sin la espada es la impotencia del derecho

FRANCISCO CARNELUTTI habla del derecho como una serie de comandos que regulan los conflictos de intereses en un grupo social

LEON DUGUIT dice que el derecho es una línea de conducta impuesta a los hombres en sociedad y cuyo respeto es garantía de la conservación del interés común. Por lo tanto, quien viola esa línea es merecedor de la reacción colectiva de toda la sociedad

En resumen, el Derecho es una ciencia social que estudia la regulación del comportamiento humano en sociedad.

CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO

-Es elemento fundamental para regular la conducta humana en la sociedad
-Se basa en la aceptación de la norma y la Ley por parte de los miembros de la comunidad
-Debe expresar un ideal ético de justicia, aspirando a ella aunque no necesariamente garantice su respeto
-Conjuga la autonomía individual con el bien común

Puede entonces decirse que el derecho es una realidad indispensable en el diario vivir. De allí el famoso silogismo latino: Ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi ius; ergo ubi homo, ibi ius. Y para que exista el derecho debe existir el ser humano y debe existir la sociedad. Dentro de ella, las personas pueden adquirir derechos y contraer obligaciones para su normal desempeño vital.

La convivencia entre seres humanos nunca ha sido sencilla. Por ello debe crearse una fuerza directriz que se denominado gobierno. El Derecho crea el poder y la autoridad para hacer cumplir las normas

El Derecho se encuentra presente en todos los actos humanos que impliquen exteriorización de la voluntad y que en alguna forma afecten la vida de cualquier miembro de la sociedad.

Desde antes del nacimiento, cuando la criatura se encuentra todavía en el vientre materno, el derecho defiende su existencia cuando afirma que la ley protege el derecho del nasciturus (el que está por nacer). El solo hecho de nacer, cuando se sobrevive a este primer trauma vital, confiere a quien lo hace la calidad de persona (Todo miembro de la especie humana es persona). El hecho de caminar en un área de la ciudad también encuentra su regulación en el derecho (derecho fundamental de desplazamiento, derecho a un ambiente sano, derecho a que no se atente contra su vida, integridad y bienes).

Cuando se ingresa a la Universidad se adquieren derechos y se contraen obligaciones, como sucede con cualquier individuo que alcanza la mayoría de edad y puede decidir por si mismo. Al contraer matrimonio se protege la integridad de los contrayentes y la unidad del contrato matrimonial, con leyes tan severas como la que regula violencia intrafamiliar y el divorcio.

El derecho se encuentra en todas y cada una de las actividades humanas. Por eso la mejor definición de derecho es: CIENCIA SOCIAL QUE REGULA LAS RELACIONES ENTRE LOS SERES HUMANOS PARA PODER VIVIR EN SOCIEDAD

QUE ACCIONES REGULA L DERECHO?

En el campo penal, la justicia es la resultante de una larga y penosa evolución de los sentimientos, creencias, costumbres, instituciones y leyes de la sociedad frente al fenómeno del delito. Por ello lleva consigo reminiscencias de épocas superadas y que ya no responden a nuestro tiempo, así como gérmenes de modificaciones y reformas que la hacen más adecuada a la suprema necesidad de una defensa social eficaz y segura contra los delincuentes a través de las contingencias y transformaciones de la civilización moderna.

En la época primitiva existía la venganza privada, se hacia con propia mano, es decir, se aplicaba directamente el derecho (no era específicamente la ley del talión) pero si el delito era muy grave se pagaba con la vida, si era leve se acudía a otro de castigo

como los azotes. Luego aparece la Ley del Talión, una de cuyas expresiones históricas es el Código de Hammurabi, que ordenaba cobrar un daño a través de otro daño en la persona de quien lo cometía. El sistema composicional es de origen germánico similar a la venganza privada pero con diferentes especificaciones, se retribuía el mal causado en especie pero no por propia mano ya que intervenía el Estado y el pago consistía en dos partes: una para el lesionado y otra para el Estado. Luego aparece el sistema de expulsión del individuo del seno de la comunidad para lograr estabilizar la armonía social

Como se verá a su debido tiempo, el derecho regula tres tipos de acciones: Las acciones obligatorias (Ej: obedecer una orden judicial), las prohibidas (V gr: ocasionar lesiones personales) y las permitidas (Ejemplo: postularse a un puesto publico) que puedan afectar a otros miembros de la sociedad.

Al derecho no le interesa regular acciones imposibles (Ej: bajar una estrella), necesarias (Vgr: respirar), ni fútiles (Ej: exclamar alguna palabra soez de manera ocasional). Tampoco se inmiscuye en los pensamientos íntimos, los deseos, los recuerdos, los afectos, ni los actos solitarios que no afecten a otras personas.

POR QUE ES NECESARIO REGULAR LA CONDUCTA HUMANA?

Al juzgar el acto humano desde el punto de vista jurídico no pueden tenerse en cuenta consideraciones trascendentes de tipo místico, porque las creencias religiosas son subjetivas, etéreas, personalísimas, no demostrables, no científicas y todas, absolutamente todas, dignas del mayor respeto. Son idénticamente iguales el cristianismo, el judaismo, el islamismo, el protestantismo, el budismo, el taoismo y cualquier otra linea de creencias humanas, así se encuentren impregnadas de fantasías, deseos, historietas, milagrerías y mártires de todo tipo. De la misma forma, el ateismo es tan respetable como cualquiera de las otras

Dice Lakatos (LAKATOS, Imre, La metodología de los programas de investigación científica, Alianza Universal, Madrid, Alianza Editorial, 1983.)

El respeto que siente el hombre por el conocimiento es una de sus características más particulares. En latín, conocimiento se dice "scientia" y ciencia llegó a ser el nombre de la clase de conocimiento más respetable. Qué distingue el conocimiento de la superstición, la ideología o la pseudo-ciencia? La Iglesia Católica excomulgó a los copernicanos, el Partido Comunista persiguió a los mendelianos por entender que sus doctrinas eran pseudo-científicas. La demarcación entre ciencia y pseudo-ciencia no es un mero problema de filosofía de salón; tiene una importancia social

y política vital. (...) realmente lo que caracteriza a la conducta científica es un cierto escepticismo incluso con relación a nuestras teorías más estimadas. La profesión de la fé ciega en una teoría no es una virtud intelectual sino un crimen intelectual.(...) el valor cognoscitivo de una teoría nada tiene que ver con su influencia psicológica sobre las mentes humanas. Creencias, convicciones, comprensiones... son estados de la mente humana. Pero el valor científico y objetivo de una teoría es independiente de la mente humana que la crea o la comprende. Su valor científico depende solamente del apoyo objetivo que prestan los hechos a esa conjetura. Como dijo Hume: `si tomamos en nuestras manos cualquier volumen de teología o de metafísica escolástica, por ejemplo, podemos preguntarnos: Contiene algún razonamiento experimental sobre temas fácticos y existenciales? No. Arrojémoslo entonces al fuego porque nada contendrá que no sean sofismas e ilusiones'(...)"

Sobre esta base, comencemos diciendo que el hombre NO es bueno por naturaleza. Y su supervivencia en este planeta hostil jamás ha dependido de la bondad de sus acciones y de la pureza conceptual de su intelecto. El ser humano desciende de los mismos genes que originaron a los dinosaurios y a los simios. Menos de un cinco por ciento de nuestra carga genética se diferencia de la de un orangután, de un chimpancé o de un gorila. Y que algunos autores de cierta respetabilidad aseguren que ese pequeño porcentaje representa el alma inmortal, no puede ocasionar en un espíritu libre más que escepticismo e hilaridad.

El ser humano es el mayor depredador que ha existido en los millones de años de historia del planeta tierra. Y su grandeza no se relaciona con la delirante idea de un fantástico ser que juega en el campo de la ingeniería genética con la mente traviesa de un niño. Su real grandeza proviene de su desarrollado cerebro, de la conciencia de si mismo, de la capacidad de transformar el mundo, de la posibilidad de resolver problemas cada vez en forma más rápida y de su asombrosa capacidad de adaptación.

De los golpes más importantes que ha recibido la concepción religiosa de la sociedad, que tanto daño y muerte ha producido en la historia de los pueblos, han sido el descubrimiento de la evolución de Charles Darwin, el estudio de la genética de Gregorio Mendel y el descubrimiento de las fuerzas instintivas del inconsciente por Sigmund Freud. En efecto, al haber demostrado la existencia del denominado "ello" o inconsciente instintivo de los seres humanos, los conceptos de la bondad natural del ser humano han quedado en el suelo.

Freud nos habla del innato egoísmo y de la enorme agresividad de las personas cuando dice:

"Debido a esta primordial hostilidad entre los hombres, la sociedad civilizada se ve constantemente al borde de la desintegración. El interés que ofrece la comunidad de trabajo no bastaría para mantener la cohesión, pues las pasiones instintivas son más poderosas que los intereses racionales. La cultura se ve obligada a realizar múltiples esfuerzos para poner barreras a las tendencias agresivas del hombre, para dominar sus manifestaciones mediante formaciones reactivas psíquicas. De ahí ese despliegue de métodos destinados a que los hombres se identifiquen y entablen vínculos amorosos coartados en su fin"

CONCLUSIÓN

Los seres humanos, desafortunadamente, no actúan en forma correcta por amor filial, ni por solidaridad de especie, ni por comunidad de creencias en un mismo Dios. Las conductas de la raza humana se han atemperado y encausado gracias a la norma que obliga, que ordena y que amenaza cuando no se obedece. Es decir, las personas actúan con respeto a sus semejantes por miedo al castigo, en cualquiera de sus esferas. Por miedo a la pena que impone la transgresión de las normas jurídicas. Por miedo al repudio social de sus comunidades. Por temor a la crítica de sus superiores jerárquicos. Y solo parcialmente por incomodidad con su propia conciencia moral.

A pesar de lo anterior, el ser humano es la máxima expresión de desarrollo en la evolución animal. Y si a su inteligencia unimos el derecho como máximo regulador de su conducta, podemos llegar a entender, por ejemplo, el por qué existen derechos fundamentales que deben respetarse en nuestros semejantes y en nosotros mismos. Y no precisamente porque lo haya expresado algún profeta, o porque se encuentre (como de manera más poética que filosófica lo afirmen algunos pensadores), "inscrito en el corazón del ser humano". No! Estos derechos existen porque la misma sociedad humana así lo ha reconocido a través de sus leyes positivas. Y lo ha hecho luego de miles de años de historia, de sufrimiento, de abusos, de lucha conceptual y de muchos levantamientos sociales que han llegado a proclamar que todos somos iguales en dignidad, en derechos y en respeto.

Y todo esto se lo debemos al Derecho. No a la religión (que es individual), ni a la moral (que es subjetiva), ni a deidades fantásticas). En esencia, lo debemos al Derecho, institución inventada por la misma raza humana y que ha permitido que seres tan salvajes como nosotros, hayamos podido vivir en sociedad.

CAPÍTULO III
EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

El consentimiento del paciente, o su autorización, es uno de los elementos del contrato de prestación de servicios médicos. Como adelante veremos, para que una persona se obligue a otra por un acto de declaración de voluntad, es necesario que sea capaz, que consienta en dicho acto, que su consentimiento no adolezca de vicios, que recaiga sobre un objeto licito y que tenga además una causa licita (Articulo 1502 del Código Civil).

El estudio de lo que constituye un consentimiento pleno y libre de vicios en los aspectos médicos reviste la mayor importancia. De la manifestación de la voluntad depende que la relación médico-paciente comporte para cada uno de dichos sujetos derechos y obligaciones determinadas.

Si no es libre y exenta de vicios, la autorización o aceptación del paciente no existirá o será invalidada en el terreno legal, con graves consecuencias para el médico. Consecuencias civiles y penales que se convertirán en perjuicios. Y los perjuicios causados a otro se pagan con dinero o con cárcel.

A este respecto, la responsabilidad se define como la obligación de reparar y satisfacer En este caso es la del médico al incumplir la prestación a la que se comprometió en el contrato-acto de voluntad bilateral- de prestación de servicios médicos.

Nuestra medicina occidental, la mas compleja, tecnificada y sofisticada de cuantas han existido jamás en la tierra, enfrenta un problema adicional de vieja data y

tradición histórica: las demandas y quejas de los particulares. T. Ferguson dice con sobrada razón en su excelente articulo: " Nunca como ahora había tenido la medicina tanta tecnología y tan excelentes resultados. Pero nunca como ahora se habían visto tantas acciones legales en contra de los médicos "

DEFINICIÓN

El consentimiento se define como la declaración de voluntad sobre un objeto (Articulo 1517 del Código Civil). Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o mas cosas en que se trata de dar, hacer o no hacer.

Voluntad, según Kant, es el modo de querer de aquellos seres racionales que, cuando desean un determinado fin, desean también los medios oportunos para alcanzarlo, aun contando con la debilidad en la praxis

Este consentimiento, en el campo médico, puede ser otorgado con fines específicos, entre otros:

-Para tratamiento farmacológico
-Para procedimientos diagnósticos no invasivos
-Para procedimientos invasivos diagnósticos
-Para procedimientos terapéuticos no quirúrgicos
-Para procedimientos quirúrgicos
-Para Cirugía Estética
-Para tratamiento no convencional "heroico"
-Como sujeto de experimentación
-Como donante de órganos

No se hablara en este punto del consentimiento del médico, a pesar de ser indispensable la existencia de contrato de prestación de servicios. Y no se hablara de ello, porque ante la obligación que su juramento le impone, el médico debe actuar, es decir, salvo algunos escasos rarísimos esta "obligado" a prestar sus servicios. Por lo tanto, se hablara esencialmente del consentimiento del paciente.

Los actos humanos, en nuestro sistema jurídico, para que produzcan efectos plenos, deben ser realizados con consentimiento. Ese consentimiento debe ser exento de vicio: error, fuerza o dolo (Artículo 1508 del Código Civil). En caso contrario, el acto estará viciado de nulidad y no producirá ningún efecto o producirá otro distinto al que normalmente se persigue con este obrar.

La ley fija unos parámetros para darle validez al acto jurídico:

1-El consentimiento solo puede ser otorgado por personas mayores de edad. El de los menores genera actos nulos (relativamente nulos o absolutamente nulos, dependiendo de la edad misma).
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 nulo o viciado de nulidad.
4-Debe existir concordancia entre lo querido y lo aceptado. Por lo anterior, el engaño y el error vician el consentimiento.

CONDICIONES PARA QUE EXISTA CONSENTIMIENTO EN MEDICINA

En los actos médicos, la situación es compleja. Las condiciones mínimas para que pueda existir un acto de consentimiento médico son, de acuerdo con varias legislaciones:

1-CAPACIDAD

La capacidad de los sujetos para poder llevar a cabo un hecho de responsabilidad legal o imputabilidad, se fundamenta en el uso completo de las facultades intelectuales, el criterio suficiente para juzgar los riesgos y alternativas, así como la integridad de las funciones mentales para comunicar esta decisión. De acuerdo al Articulo 1503 del Código Civil: "Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellos que la ley declara incapaces". Y el articulo 1504: "...dementes, impúberes sordomudos que no pueden darse a entender por escrito (Absolutos); menores y adultos disipados que se hallen en interdicción..."

De esta categoría están excluidas legalmente las personas con alteraciones mentales transitorias o permanentes y los menores de edad.

En caso de incapacidad del paciente, sea por problema mental, neurológico u otro, el consentimiento debe ser firmado por su pariente o allegado mas cercano, a quien debe explicarse en la misma forma que al enfermo en uso de sus capacidades mentales.

Este punto se contempla en el Código de Ética Médica Colombiano (Título II, Capítulo I, 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".

En casos de autorización por parte de los allegados de la persona enferma e incapaz, se presume que al ser ellos personas racionales y quienes legalmente representan al enfermo, deben tomar una decisión basados en el conocimiento de su personalidad.

En caso de extrema urgencia, cuando se encuentre en peligro la vida de la persona incapaz y su familia no esté presente y no sea posible obtener dicho consentimiento, se debe dejar una constancia muy clara en la Historia Clínica de la situación antes de proceder a tratar el paciente.

2- POSESIÓN DEL DERECHO

Para que exista consentimiento se requiere la posesión o titularidad del derecho, bien o interés sobre el cual el sujeto consiente el acto médico. Este es un punto importante: La vida humana, aunque es disfrutada por la persona individual, es en esencia un bien social que las instituciones protegen por encima de todo. Por lo tanto, en lo que respecta al acto médico, la conservación de la vida prima sobre la calidad de la misma que pueda ofrecerse (Aunque desde el punto vista ético podría ser discutible). Esta es la esencia de la justificación de muchas intervenciones como la cirugía radical parcialmente incapacitante o la quimioterapia en casos de enfermedad maligna, a pesar de los resultados o efectos colaterales molestos que puedan producirse en el enfermo.

Puede servir de ejemplo lo que ocurre con la persona que presenta un tumor maligno de cuello que requiere extirpación amplia que incluye mandíbula, piso de la boca, lengua y parte de las estructuras del cuello, con sus terribles consecuencias estéticas que brindan una sobreviva mayor en cantidad, pero "deficiente" en calidad. También la utilización de drogas antineoplásicas de efectos secundarios tan desagradables como la perdida del cabello, la postración física del individuo y la aparición de síntomas gastrointestinales intensos a corto plazo.

Podría discutirse en este punto la posición de algunas sectas religiosas, como los Testigos de Jehová, que no aceptan la practica de transfusiones sanguíneas aun en caso de extrema urgencia. Según algunas opiniones, el médico en estos casos, puede proceder a utilizar la transfusión bajo el amparo de la ley, pues el derecho a la vida prima sobre el derecho a la libertad religiosa. Según otros, violar esta determinación de la persona viola el derecho a determinar sus creencias religiosas, lo cual también es ilegal.

3- LIBERTAD

Se requiere la libertad de los sujetos, tanto del médico como del paciente, respecto de la decisión de efectuar el acto médico. Es lógico que se excluyen de esta categoría la coacción de cualquier tipo (Física, moral, intelectual, económica, etc) y la falsa información o engaño por parte de cualquiera de los sujetos.

La base del consentimiento es la voluntad de la persona de participar en el acto médico, previo conocimiento de las alternativas de tratamiento y de todas las posibles complicaciones que implique el procedimiento o terapéutica al cual vaya a ser sometido. Por lo tanto, es esencial una buena información al paciente.

La decisión que tome el enfermo es absolutamente personal e individual. Se presume que está escogiendo entre dos riesgos (Dejar progresar la enfermedad al no aceptar tratamiento o someterse al riesgo que este implica).

Esto también esta consagrado en el Código Civil (Art 1510): "...El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra..."

Y en el artículo 1511: "...El error de hecho vicia asimismo el consentimiento, cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre el que versa el acto o contrato es diverso de lo que se cree..."

4- INFORMACIÓN ADECUADA

La información que se presente al paciente debe ser verdadera, clara, completa y discutida con el mismo. Esta información es un derecho esencial del paciente para poner en ejercicio su libertad. De lo contrario, al presentar el médico una explicación errónea, falsa o malintencionada, no solamente se está faltando a un principio ético, sino está vulnerando la libertad de decisión del paciente.

Ejemplo: El médico que advierte falsamente al enfermo sobre la falsa urgencia inminente de extirpar unas varices incipientes, susceptibles de manejo no quirúrgico, aduciendo la posibilidad inmediata de una inflamación perentoria (tromboflebitis).

A este respecto puede presentarse la discusión sobre si debe informarse la verdad completa, por las repercusiones que tal información pueda tener en el enfermo que no se encuentra preparado para recibirla.

Es obvio que en este punto hay que ser sumamente cuidadoso, pues de la forma como se presenten las cosas al paciente, pueden depender efectos negativos.

Además, puede pensarse que el ser humano agobiado por el dolor y la angustia no se encuentra completamente libre para tomar una decisión trascendental en relación con su cuerpo.

De cualquier forma, una buena práctica consiste en informar siempre a la familia acerca de la situación real del paciente y su enfermedad.

Ejemplo: Un hombre de 40 anos tiene una masa en el tórax, secundaria a un tumor maligno en el intestino. El médico le dice en el consultorio que muy seguramente tiene un cáncer metastásico y que las posibilidades de sobrevida son muy pocas, sin tener en cuenta que el enfermo tiene antecedentes de intento de suicidio.

A este respecto hay discusión. Algunos afirman que el paciente debe conocer toda la verdad, con el objeto de arreglar sus asuntos familiares y económicos en forma definitiva. Otros, por el contrario, piensan que no se debe angustiar al paciente y mas bien someterlo al tratamiento sin que sepa que su pronostico es pésimo.

Aunque el médico debe ofrecer siempre alguna esperanza a su paciente, las circunstancias actuales obligan a ofrecer la información en forma clara. De lo contrario, se esta agrediendo el derecho de la persona a conocer la verdad y a proceder según sus necesidades.

El tema de la información también ha sido contemplado por la Ley (Ley 23 de 1981, Titulo II, Capitulo I, Articulo 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 contribuye a la solución de sus problemas espirituales y materiales"

5- CAUSA O MOTIVO DEL ACTO

El Artículo 1524 del Código Civil dice: "...No puede haber obligación sin una causa real y licita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato..."

Por lo anterior, se presume la existencia de una causa para ejercer el acto médico, tanto en el sujeto pasivo (Donación de un riñón por parte de un padre a su hijo que

requiere un trasplante), como en el activo (El planteamiento de una terapéutica por parte de un médico a su paciente, debido a una enfermedad especifica).

Aquí se parte de la base del comportamiento ético por parte del médico con base en su formación y de la conducta correcta del paciente basada en su correcta información.

El motivo principal del acto médico no puede ser económico. La medicina es una profesión altruista y humana por definición. Si bien es cierto que los médicos deben recibir una remuneración adecuada por su trabajo, el motor principal del ejercicio médico no puede ser el dinero sino la conservación y el mejoramiento de la vida humana.

6- DOCUMENTO

Se insiste en la necesidad de la existencia de un documento en donde expresamente se consienta la práctica del acto médico. Los médicos han prestado atención especial a los procedimientos invasivos, olvidando que cualquier tratamiento puede presentar riesgos y efectos secundarios que deben ser conocidos por el enfermo y expresamente consentidos en forma documental.

En casos de extrema urgencia, el documento debe obviarse por estar de por medio la vida del paciente, dejando una clara nota en la Historia Clínica a este respecto.

7-REVERSIBILIDAD

Por ultimo, debe tenerse bien claro que hay reversibilidad, es decir, la revocatoria del consentimiento por parte del paciente. Consentir un procedimiento no implica no poder marcha atrás en la decisión. El enfermo no solamente puede arrepentirse de aceptar el tratamiento propuesto, sino que puede además cambiar de médico en cualquier momento.

Esto puede aplicar también al médico en forma de terminación unilateral del contrato de prestación de servicios médicos, en casos específicos, también contemplados en la ley.

ALGUNAS DOCTRINAS SOBRE EL CONSENTIMIENTO DEL ACTO MÉDICO

En otros países se habla del "consentimiento bien informado", es decir, el obtenido de persona capaz luego de un análisis tranquilo y completo de la situación. Y aunque la solución al problema de lo que debe entenderse por "bien informado"

aun no llega de manera definitiva, existen ya criterios bastante definidos que permiten un margen grande de seguridad al ejercicio profesional. Veamos brevemente lo que ha sido su evolución.

Las enmiendas añadidas a la Constitución de los Estados Unidos el 3 de Abril de 1791 consagraron la Carta de Derechos y entre ellos el del "debido proceso", que tuvo como objeto hacer prevalecer la autonomía personal y obligar al Estado a vencer en pleito al individuo con apego estricto a las formalidades legales.

Como consecuencia de estas garantías fundamentales, se reconoció que la orbita de autonomía personal no puede ser invadida arbitrariamente por nadie. Esta soberanía individual hace presumir que cada quien puede elegir libre y conscientemente la mejor alternativa.

En 1914 se sentó la siguiente doctrina: "Todo ser humano con edad adulta y mente clara tiene el derecho a decidir que se hará con su propio cuerpo; y un cirujano que realiza una intervención sin el consentimiento de su paciente comete un atropello"

De manera que el paciente debía tener, por lo menos, una información básica sobre el asunto en cuestión y la violación de este derecho implicaba la negación del derecho de autonomía de la persona.

Posteriormente (1957-1972) se desarrollo el criterio de informar al paciente de manera "adecuada", es decir, no ya en forma general, sino teniendo en cuenta las complicaciones, riesgos y alternativas posibles. Nació el concepto de "Negligencia profesional", en donde interesa conocer si el médico es responsable de un daño causado. Específicamente lo será en todos los casos en que haya ocultado al paciente información sobre el riesgo de los procedimientos.

En 1972 se determina un nuevo esquema de responsabilidad médica: "El derecho del paciente a autodecidir marca los limites del deber de revelar.

Dicho derecho solo puede ejercerse eficazmente si el paciente dispone de suficiente información como para posibilitar una elección inteligente" (Caso Canterbury vs Spence). En este caso, el médico ha sido claro y la información exhaustiva; pero además debe tratarse con un paciente capaz de procesar debidamente esta información con el objeto de llegar a una determinación responsable.

Por lo anterior, el derecho que tiene el paciente a la información ha logrado un cambio de actitud en el gremio médico, que algunos consideran peligroso y

otros encuentran plausible: Hace 20 anos el 88% de los médicos no revelaban el diagnostico de cáncer; hoy el 98% dice hacerlo en forma rutinaria y completa

Las excepciones hacen referencia a los casos en los cuales el paciente no tiene o tiene menguada su capacidad de decisión por factores internos (inconsciencia, inmadurez, demencia, etc) o por factores externos que al obrar sobre el sujeto impiden una visión objetiva de la situación y lo inducen a apreciaciones equivocas, llevándolo a error en el procesamiento mental de la información (incultura, presiones familiares, creencias religiosas, superstición, etc.

ADVERTENCIAS FUNDAMENTALES

La existencia de un documento donde se exprese el consentimiento por parte del paciente, aunque no es eximente de responsabilidad rara el médico, es en principio una prueba pertinente de que se actuó de acuerdo con su voluntad, además de que materializa las condiciones del contrato de prestación de servicios médicos.

Este es un contrato consensual, es decir que se perfecciona con el acuerdo de voluntades de los contratantes (médico y paciente), sin que la ley exija solemnidad alguna para su existencia y validez. Es decir, todo documento que se suscriba tiene un carácter "ad probatorium", que para este contrato especifico es de gran utilidad, al presentarse cualquier conflicto que en ultimas generara responsabilidades para las partes.

Es lógico pensar que pueden existir excesos y actitudes de mala fe por parte de los enfermos y por lo tanto, tomar precauciones contra denuncias temerarias. Por ejemplo, cuando un cirujano emprende una operación, aun habiendo advertido al paciente de la necesidad de resección ampliada de un órgano, puede encontrarse con situaciones que cambien el planteamiento inicial y que solamente el profesional, en su acto quirúrgico, esta en capacidad de determinar hasta donde pueden definir la supervivencia y calidad de vida de quien se ha colocado en sus manos, cambiando por consiguiente la estrategia a seguir. Aun así, se enfrenta a la queja del paciente, a pesar de las explicaciones preoperatorias y la situación en la misma cirugía.

VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

Los vicios del consentimiento, de manera general, son el error, la fuerza y el dolo.

EL ERROR

El error se define como un concepto equivocado o juicio falso, que lleva a una acción desacertada, de la cual se originan consecuencias perjudiciales. Su concepto es asimilable al de equivocación, acción o efecto por el cual se toma una cosa por otra, lo cual ocasiona formas de interpretación y caminos de solución que dan lugar a una conducta errada.

El error médico puede evaluarse en dos aspectos: El que surge de simple ignorancia, en cuyo caso se deben examinar las condiciones que llevaron a su ocurrencia. La otra es la ignorancia atrevida.

No se puede pedir a ningún médico, como no se puede hacer con ningún otro miembro de la sociedad, el don de la infalibilidad. De lo contrario, todas las complicaciones posibles y las muertes probables, deberían ser 'pagadas' por los profesionales de la salud, lo cual es absurdo. Lo que se juzga no es en realidad un resultado inadecuado, sino si ese resultado se origina en un acto negligente que no sigue las reglas del arte del momento, habida cuenta de la disponibilidad de medios y las circunstancias del momento en el cual se evalúe el caso.

En el plano jurídico el error es una falsa interpretación de la realidad y puede originarse en multitud de circunstancias: El conocimiento no se asimila a la estructura intelectual del individuo (impericia). Su aplicación práctica no se compagina con la realidad (imprudencia). Su utilización no sigue parámetros lógicos aceptados (negligencia)

Ser idóneo es poseer suficiencia o aptitud para desempeñar una función, sin que esto implique infalibilidad, es decir, no se posee la calidad de ausencia de falla, equivocación o engaño. El juicio del médico constituye aquella facultad del entendimiento por la cual se conoce y compara un grupo de manifestaciones clínicas, con el objeto de seguir una conducta. En el ejercicio de la medicina se parte de la base de un principio general de cuidado, el cual implica un aspecto interno (conciencia de las propias limitaciones y capacidades antes de emprender un acto médico) y otro externo (evitar acciones peligrosas y ejercer dentro del riesgo previsto). En conclusión, el ser humano en desarrollo de profesiones específicas, a pesar de ser idóneo no puede ser infalible.

Para que el error sea considerado como vicio del consentimiento se requieren varias condiciones:

1. Que sea propulsor de la voluntad o que sea determinante del acto jurídico o contrato (Art. 1630 C.C). Buen fe simple por activa: El error fue el que motivó la celebración del contrato.
2. Que sea excusable: Que las dos partes que celebraron el contrato pusieron toda la diligencia y cuidado en la celebración del contrato y no vieron el error. Ambos cayeron en el mismo error.
3. Que sea compartido: Las dos incurrieron en el error y no salieron del error. Desaparece el error de hecho par convertirse en dolo cuando una sola de las partes se de cuenta del error.

FUERZA O VIOLENCIA

Aparece en Roma, como una figura delictual, se contemplaba como la fuerza que se ejercía contra la persona o su domicilio, luego con la escuela de los Glosadores se consideró como una voluntad coartada

La fuerza moral es la coacción o amenazas que ejerce una parte o un tercero contra la otra parte bien sea contra la persona, contra sus ascendientes o descendientes, contra sus bienes que infundan un injusto temor a un mal grave, irreparable e ilegítimo.

Se clasifica en:

A. Fuerza dirimente: Fuerza suficiente, para que la persona que haya sufrido la fuerza, celebre el contrato.

B. Fuerza indiferente: No alcanza a ser suficiente para obligar a contratar.

La fuerza dirimente se clasifica a su vez en fuerza moral y fuerza física.

1. Fuerza moral: Consiste en las amenaza que una de las partes intenta contra la persona del otro contratante.
2. Fuerza física: Aquella coacción material como secuestrar, torturar.

La corte ha dicho que para que la fuerza vicie el consentimiento debe cumplir los siguiente requisitos:

1. Que produzca un injusto temor a un mal irreparable y grave.
2. Que sea determinante del acto jurídico.
3. Que provenga de una de las partes o de un tercero. (el dolo solo puede provenir de la parte.

4. Que recaiga sobre la persona del otro contratante, sus ascendientes o descendientes, sobre sus bienes (o que tenga algo afectivo)
5. Que sea ilegítima (que sea contraria a la a ley o el derecho).

Cuando se presenta esa fuerza indiferente?

1. Que el país en el momento de celebrar el contrato estuviese en estado de sitio por conmoción interior.
2. Que el país se encuentre bajo la violencia generalizada.
3. La parte que impugnará debía demostrar haber sufrido detrimento patrimonial.

DOLO: Error provocado, engaño provocado. Daño intencional.

Art. 63 C.C.: El dolo es la intención positiva de inferir injuria a la persona o a los bienes de otro. Es una serie de maniobras engañosas de mentiras, de dar apariencia falsa a las cosas, de ocultar documentos y aun el silencio todo con la intención positiva de inferir injuria ala persona o a los bienes de otro.

Elementos del dolo: Existen dos clases de elementos:

1. Desde el punto de vista de orden objetivo
2. Desde el punto de vista de orden subjetivo.

Desde el punto de vista de orden objetivo: Maniobras engañosas, mentira, silencio, ocultar documentos, etc. Desde el punto de vista de orden subjetivo: Intención positiva de engañar.

Los romanos decían que habían dos clases de dolo:

1. Dolo bueno: No es vicio del consentimiento, son aquellas exageraciones permitidas entre comprador y vendedor, por el comercio.
2. Dolo malo: Es el que causa daño. Tiene la intención positiva de inferir injuria.

Clases de Dolo:

1. Dolo dirimente o vicio del consentimiento
2. Dolo incidente: Dolo del tercero. No vicia el consentimiento porque no está constituido como la norma lo indica. No viene de la parte, solo es vicio del consentimiento cuando hay connivencia entre el tercero y la parte que quiere hacer daño.
3. Dolo indiferente: Dolo bueno o exageraciones permitidas.

REQUISITOS DEL DOLO PARA QUE SEA VICIO DEL CONSENTIMIENTO:

1. Que produzca engaño sin culpa de la víctima.
2. Que sea determinante del acto jurídico. Art. 1515: Que si no hubiese existido el engaño el contratante nunca hubiera celebrado el contrato.
3. Que provenga de la parte.
4. Que produzca un daño o perjuicio.
5. Que sea reprensible o censurable.

EL CONSENTIMIENTO TÁCITO

La palabra consentimiento proviene del latín consensus "cum" "sentiré" que se considera un equivalente de asentir. Al consentir con alguien o con algo estamos ejecutando una expresión de autodeterminación ejercida por nuestra voluntad; ésto, por su puesto, suponiendo una decisión lícita, libre de vicios (error, fuerza y dolo) tomada conscientemente y con plena capacidad para hacerlo.

Podemos definirlo como la manifestación de una o más voluntades dirigidas a crear, extinguir o modificar una relación jurídica entre ellas. Los elementos indispensables para que nazca a la luz del derecho son: voluntad, capacidad, objeto, causa y por su puesto la validez.

Podemos afirmar que la relación Médico – Paciente es un negocio jurídico bilateral y oneroso en la mayoría de los casos, con una relación contractual de prestación de servicios. La naturaleza del contrato se ha confirmado en Sentencia del 5 de diciembre de 2002 del Honorable Consejo de Estado, consejero ponente Doctor Jesús María Carrillo Ballesteros, que ha dispuesto que: "Se trata de una relación médico-paciente en la cual los dos tienen que consentir en forma general para la celebración del contrato, y consentir en particular para la praxis especialmente riesgosa". También se hace referencia en la misma sentencia a la responsabilidad que genera al afirmar que: "El consentimiento produce efectos tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual donde hay ausencia de vinculo o en la responsabilidad derivada del efecto en la ejecución de las relaciones regladas".

En el ámbito médico existe el consentimiento informado. Se trata de un elemento estructural de la relación médico- paciente en donde el galeno se encuentra sometido al deber de información y el paciente a tomar una decisión consciente y libre de aceptar o no someterse al acto médico propuesto, basado en la comunicación que se le haya suministrado. Esta debe ser previa, clara, completa, suficiente, adecuada y real para no vulnerar su libertad. El consentimiento se presenta como uno de los

elementos indispensables del contrato de prestación de servicios y como medio idóneo para la manifestación de la voluntad del paciente que ha de estar exenta de vicios y que debe contar con plena validez para evitar su nulidad. Es por esa razón que se deben tener en cuenta condiciones mínimas como: la mayoría de edad, capacidad mental, concordancia entre lo querido y lo aceptado.

La declaración de la voluntad se puede definir como la realización de un querer personal para que al exteriorizarlo produzca un efecto jurídico. Esta, debe estar exenta de vicios, lo que quiere decir que haya sido expresada libremente, sin violencia, y que no exista error o dolo que impidan su validez. Además, es indispensable para que el negocio jurídico se constituya y satisfaga los intereses privados de quien fuere a realizarlo pues es la forma en la que se expresa su autodeterminación y autorregulación, claro está, sin atentar contra el orden público y las buenas costumbres. Este punto se contempla en el Código Civil Articulo 16." No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres." Articulo 1519 "Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto." Y 1523 "Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes."

Teniendo en cuenta la importancia de la declaración de la voluntad como elemento esencial en el negocio jurídico podemos afirmar que en teoría no puede existir un consentimiento tácito en la relación médico- paciente específicamente, pues es claro que la realización de ciertos actos o el simple silencio no pueden ser tomados como una expresión de la voluntad.

En la rama del derecho comercial por ejemplo, es aceptada y necesaria la existencia de un consentimiento tácito, no solo porque una de sus fuentes principales es la costumbre, sino porque al hacer negocios se requiere una forma efectiva y eficaz para que estos se realicen de una manera rápida y concreta. Es claro que no podemos equiparar ni comparar un consentimiento tácito en materia comercial con uno como el que se nos presenta en el consentimiento informado, porque a pesar de que hablamos sobre un contrato de prestación de servicios en la relación médico-paciente esto no quiere decir que el ejercicio de la salud se convierta en un negocio, ni el paciente en un medio pues es obvio que siempre será el fin y su voluntad debe ser expresada de tal forma que no dé pie a equivocaciones y/o interpretaciones.

La Corte Constitucional contempla el consentimiento tácito para ciertas prácticas y en determinados casos. Este punto se evalúa en la Sentencia SU 337-99 "En tal

contexto, y de acuerdo a la naturaleza del asunto que la Corte debe decidir en este proceso, resulta en primer término relevante la distinción entre las terapias ordinarias, o no invasivas, las cuales tienen riesgos bajos y no afectan el curso ordinario de las actividades del enfermo, y las intervenciones médicas extraordinarias, en donde es notorio el carácter invasivo y agobiante del tratamiento en el ámbito de la autonomía del paciente. Así, es natural que el grado de información requerido en el primer caso pueda ser menor, y si bien el paciente tiene derecho a rechazar incluso esas terapias, "el hecho de no manifestarlo y de aceptar las prescripciones clínicas, es un indicio suficiente para considerar una aceptación tácita que puede bastar para que el médico proceda con su tratamiento". Por el contrario, en las intervenciones invasivas, el deber de revelación es más exigente y la autorización por parte del paciente debe ser particularmente clara. Por consiguiente, entre más invasivo sea un tratamiento, más cualificado debe ser el consentimiento prestado por el enfermo y mayor la información que le debe ser suministrada."

Siendo esta una actividad diferente a la comercial y teniendo en cuenta las implicaciones que tiene el tratar con la vida y dignidad de un ser humano, el médico está obligado a informar clara, completa, suficiente y adecuadamente el acto al cual el paciente bajo su cuidado estará sometido y este, así mismo, tiene el derecho a expresar su voluntad al aceptar o rechazar el tratamiento. Es por esto que es errado pensar que existe consentimiento tácito al sugerir que, si la comunicación recibida por el paciente y que lo llevara a tomar la decisión sobre su tratamiento viene por parte un tercero o algún medio diferente al médico tratante, puede tomarse como cumplida la obligación del profesional de la salud. Es igualmente incorrecto pensar que el silencio o una conducta positiva frente a la propuesta del médico son suficientes para considerarlas como la exteriorización de la decisión de un paciente, puesto que la verdadera expresión de la voluntad requiere que se haga de manera inequívoca y sin espacio a interpretaciones.

A pesar que está permitido por la legislación que el consentimiento informado pueda recibirse de forma verbal lo ideal, en cualquier caso, sería que la voluntad estuviera contenida en un documento escrito, mientras las circunstancias lo permitan, sin importar el carácter o la naturaleza del procedimiento para tener un sustento documental de llegar a presentarse futuras controversias.

Para hablar de voluntad es imperioso hacer referencia a la libertad. John Locke, filósofo Ingles, en su libro, THE SECOND TREATISE OF GOVERNMENT, sostiene que las personas son naturalmente libres y que su libertad es el impulso moral que se expresa a través del consentimiento.

La libertad, según Locke, existe cuando los hombres están dotados de la facultad para decidir y juzgar sobre lo que es necesario para su conservación y bienestar, extrayendo de su propia razón las normas que han de llevarlos a conducir su vida sin necesidad de la intervención de un tercero, haciéndolas independientes y solo sujetas a su parecer. "Every man is …naturally free, and nothing being able to put him into subjection to any earthly power but only his own consent…").

Según el autor, un ser humano se pone en estado de sujeción legítimamente, solo en virtud de un acto que haya emanado exclusivamente de su libertad. Este acto se denomina consentimiento. "Cada hombre posee la facultad o el poder de consentir en imponerse a sí mismo algún tipo de sujeción, siempre y cuando no pierda esa facultad, que es inalienable". "Esta es la única fuente de sujeción legítima, conforme a la ley de la razón mientras cada individuo libre, y titular de los derechos que emanan de esta condición natural, está habilitado para establecer sobre sí mismo una sujeción".

Solo un acto voluntario es libre y se ejecuta a sí mismo en virtud de un contrato, que para su realización, requiere tener la claridad suficiente no sólo para evitar nulidades, sino también, para evitar errores de hecho y derecho.

Por esto el consentimiento tácito no solo es un acto realizado a medias; también genera confusión y vacío, pues si una persona no exterioriza de forma expresa su intención no podemos equiparar los actos que ella llegase a realizar con su voluntad, debido que estaríamos suponiendo el querer de esa persona y la voluntad no es susceptible de suposiciones, declarando a este tipo de consentimiento como algo débil y sin sustento suficiente para ser tomado en cuenta. Además, no se puede desconocer que uno de los requerimientos esenciales para que el consentimiento sea válido es que debe ser inequívoco; esto quiere decir, según la Real Academia Española, que no admite duda o equivocación; por lo tanto, no se puede deducir el consentimiento del paciente de los meros actos siendo absolutamente necesario que la persona dé a conocer su voluntad expresamente para acogerse o no al acto médico propuesto.

CAPITULO IV
DIGNIDAD HUMANA
LA FALACIA IUSNATURALISTA

1- INTRODUCCIÓN

El concepto de Dignidad Humana es correspondiente con el de respeto particularmente a la de respeto de si, inseparable a la del respeto de otro. Un concepto de relación. Para pensadores como Schlosmann, existen varios aspectos que la caracterizan:

- El reconocerse a si mismo en el otro.
- Es universal para todos los seres humanos.
- No tiene precio.
- Coloca limites al comportamiento con los demás .
- Es producto de la civilización.
- Tiene implicaciones permanentes en el devenir de la existencia humana en sociedad.

Otras características que han sido asignadas a la dignidad humana incluyen:

- Protección estatal por tratarse de un derecho fundamental.
- Permanente. Prohíbe su vigencia a futuro.
- Prioritaria frente a divisiones de tipo patrimonial.
- Antropocéntrica, pues excluye a los animales de su disfrute y reconocimiento.
- Individual, pues aunque es un elemento de igualdad, respeta y conserva la misma como parte de interés general.
- Deontológica, pues genera deberes con los demás.
- Inviolable pues no puede ser suspendida ni terminada por el Estado.

2- LA ILUSIÓN IUSNATURALISTA DE LA DIGNIDAD HUMANA

Sobre el tema de la dignidad humana han existido profundas controversias y amargos enfrentamientos entre iusnaturalistas y iuspositivistas.

No somos, como es evidente, seguidores del iusnaturalismo, por razones que consideramos obvias. Pensar que el bien y los derechos fundamentales, así como el reconocimiento de las otras personas como iguales a nuestra propia naturaleza, no viene inscrito en el corazón humano, no es fruto de inscripciones trascendentales, ni se transmite por los genes.

Frente a la idea del implante genético que Dios hace de los derechos fundamentales que conforman un derecho natural de origen divino, no existen argumentos lógicos que lo sustenten ni argumentos que lo nieguen. La idea de Dios es individual, íntima, personal, subjetiva y carente de pruebas científicas que la sostengan. Aún siendo creyentes, los tratadistas de derecho no podemos ni debemos inmiscuir la idea de Dios en nuestros raciocinios, pues aunque la ley aspira a ser justa, moral y equitativa, no puede mezclarse con algo tan subjetivo, ausente de demostración objetiva y fuente de tanta interpretación como la idea de un ser trascendente que ni siquiera puede ser objeto del conocimiento humano.

Y en nombre de Dios se han cometido toda una serie de infamias. Simplemente basta con observar las persecuciones a los cristianos y su sacrificio en tiempo del Imperio Romano, el infame episodio histórico de la Inquisición, la vergüenza de las masacres en tiempo de las Cruzadas, el exterminio de los indígenas durante la conquista de los pueblos suramericanos, el genocidio de las guerras balcánicas del siglo XX, la guerra santa de los musulmanes, las execrables mutilaciones a los recién nacidos de sexo femenino en la India, la persecución de los mismos sacerdotes católicos por parte de quienes se decían ateos, etc.

Quien se crea con la autoridad de hablar en nombre de alguna concepción de Dios para intervenir en los actos humanos, tiene la misma respetabilidad y credibilidad de alguien similar que esgrima argumentos contrarios en nombre de otra idea de Dios. Quién tendrá entonces la razón? El que habla en nombre de Jehová para considerar a los demás como infieles y someterlos a discriminación por ese simple hecho? Quien menciona a Alá para iniciar ataques sangrientos contra otros de diferente nacionalidad? El que habla de Cristo para quemar mujeres inocentes por considerarlas brujas? O el criminal esquizofrénico que mata porque dice que su idea de Dios se apareció en sus alucinaciones y le ordenó hacerlo?

La idea de Dios nace del cerebro humano. Y como cada cerebro es distinto, el número de ideas sobre ese ser trascendente se acerca al número de personas que existen en el planeta. Por eso, el moderno derecho no puede inmiscuir la idea de Dios en sus planteamientos, ni en el diseño de sus normas, ni en la aplicación de las mismas. Y muchísimo menos en sus discusiones practicas.

Los conceptos individuales son respetables. La idea individual de Dios es respetable. Pero por ser personal, no le interesa al Derecho, siempre y cuando no afecte la vida de otras personas. Caso contrario, por ejemplo, el caso de los famosos predicadores de multitudes que se presentan por televisión y cuyo único objetivo es llenar sus bolsillos a costa de la ingenuidad y estupidez de cientos de fieles, como lo han demostrado autoridades varios países al detenerlos por otros actos ilegales, cometidos también en nombre de Dios.

La persona que dedica su vida a sus creencias religiosas es digna de respeto y admiración. No cabe duda. Generalmente es una vida difícil, llena de sacrificios y privaciones, colmada de estudios difíciles y la mayor parte de las veces solitaria. Pero no por el hecho de serlo puede escapar a la Ley cuando transgrede normas de orden público. De lo contrario, continuarían impunes los sacerdotes pederastas de todo el mundo, especialmente los norteamericanos, cuyas acciones delictivas han costado trauma psicológico a cientos de infantes, injustas lágrimas de vergüenza a sus víctimas y millones de dólares a sus respectivas diócesis, que han tratado de encubrir sus execrables acciones e intentado arreglar extrajuicio las innumerables demandas en su contra.

Por lo tanto, defender la idea de una inscripción divina en el cerebro humano de un Derecho Natural, escapa a cualquier análisis científico y jurídico.

Con lo anterior en mente, el concepto de dignidad humana también es producto del cerebro humano, de la cultura, de la sociedad y de las organizaciones sociales producidas por el mismo ser humano, como la moral y el derecho.

De acuerdo con los iusnaturalistas, los principios del Derecho Natural se clasifican en dos grupos:

A-Primarios

Se encargan de sentar los fundamentos de la organización social.
Se fundamentan en varios aspectos

• la inclinación natural al Bien
• la obediencia razonable al instinto
• la naturaleza sociable del hombre
• la tendencia a Dios a lo trascendente.

Los cuatro son motivo de discusión. La inclinación natural al bien es una falacia conceptual. La obediencia razonable al instinto tiene limites muy estrechos. La naturaleza sociable del hombre no lo hace bueno en si, pues es apenas una forma de compensar sus propias debilidades por el respaldo de la fuerza del grupo. Y la tendencia natural a Dios es un concepto místico que no admite discusiones.

El hombre NO es bueno por naturaleza. Y su supervivencia en este planeta hostil jamás ha dependido de la bondad de sus acciones y de la pureza conceptual de su intelecto. El ser humano desciende de los mismos genes que originaron a los dinosaurios y a los simios. Menos de un cinco por ciento de nuestra carga genética se diferencia de la de un orangután, de un chimpancé o de un gorila. Y que algunos autores de cierta respetabilidad aseguren que ese pequeño porcentaje representa el alma inmortal, no puede ocasionar en un espíritu libre más que escepticismo e hilaridad.

El ser humano es el mayor depredador que ha existido en los millones de años de historia del planeta tierra. Y su grandeza no se relaciona con la delirante idea de un fantástico ser que juega en el campo de la ingeniería genética con la mente traviesa de un niño. Su real grandeza proviene de su desarrollado cerebro, de la conciencia de si mismo, de la capacidad de transformar el mundo, de la posibilidad de resolver problemas cada vez en forma más rápida y de su asombrosa capacidad de adaptación.

De los golpes más importantes que ha recibido la concepción religiosa de la sociedad, que tanto daño y muerte ha producido en la historia de los pueblos, han sido el descubrimiento de la evolución de Charles Darwin, el estudio de la genética de Gregorio Mendel y el descubrimiento de las fuerzas instintivas del inconsciente por Sigmund Freud. En efecto, al haber demostrado la existencia del denominado "ello" o inconsciente instintivo de los seres humanos, los conceptos de la bondad natural del ser humano han quedado en el suelo.

Freud nos habla del innato egoísmo y de la enorme agresividad de las personas cuando dice:

"Debido a esta primordial hostilidad entre los hombres, la sociedad civilizada se ve constantemente al borde de la desintegración. El interés que ofrece la comunidad de trabajo no bastaría para mantener la cohesión, pues las pasiones instintivas son más

poderosas que los intereses racionales. La cultura se ve obligada a realizar múltiples esfuerzos para poner barreras a las tendencias agresivas del hombre, para dominar sus manifestaciones mediante formaciones reactivas psíquicas. De ahí ese despliegue de métodos destinados a que los hombres se identifiquen y entablen vínculos amorosos coartados en su fin".

José Cueli expresa en un artículo sobre el instinto de muerte:

Freud amplía la noción de psique y al lado opuesto de la razón encuentra el inconsciente, y en oposición al instinto de vida encuentra el de muerte, estableciendo de este modo la posibilidad de concebir, como parte constitutiva de lo humano, esa fuerza contraria a la razón, determinante para explicar lo que hasta entonces había quedado inaccesible a la ciencia.

Freud no es aceptado por la academia positivista propietaria de la ciencia, porque ésta es hija de la razón, y la razón no acepta al inconsciente, al no ser medible ni predecible ni verificable.

Sin embargo, tanto cientificismo que deja de lado a la psicología de las profundidades de Freud no ha podido, sino por el contrario, frenar la descomposición social y la violencia y capacidad de la destructividad humana. No es ignorando al inconsciente y a la parte "negra" que nos habita y constituye como lograremos, si es que es posible, dar todavía esperanza al futuro de la humanidad.

De nada ha servido la ciencia medible, precisa y aséptica que ha dado paso a la creación de tecnología de punta para crear armamento complejo para matar y aniquilar.

Hartos estamos de escuchar discursos cargados de estulticia en los que se habla y actúa desde la prepotencia imperialista de "bombas inteligentes", guerras, (léase) matanzas preventivas. Ya no cabe el engaño.

A pesar de la manipulación y el uso alevoso y perverso de los más media, las imágenes de tortura no hacen sino constatar que hemos perdido el rumbo.

Quizá aún haya tiempo de enmendar tantos errores. Pero para ello habrá que estudiar con más profundidad la naturaleza humana.

Respecto del inconsciente afirma otro tratadista:

Los contenidos del inconsciente tratan de acceder a la conciencia pero lo hacen a través de las llamadas "transformaciones de compromiso", es decir que aparecen de forma disfrazadas a través de los sueños, lapsus, actos fallidos, etc. Los sueños son unos de los principales objetos de estudio del psicoanálisis, los sueños son mensajes subliminales del inconsciente, los lapsus y los actos fallidos son acciones impensadas que ocurren en la vida cotidiana por ej., (errores al escribir o al hablar), estos hechos son irrupciones ilógicas dentro de la racionalidad cotidiana, es decir son del mismo orden del inconsciente y se toman como su reflejo, al igual que los sueños al que se denomina el reino de lo irracional.

Según el psicoanálisis Los contenidos del inconsciente son deseos, fantasías sexuales y/o agresivas. El lenguaje del inconsciente es fundamentalmente diferente al lenguaje de los procesos conscientes. Los procesos del inconsciente son ilógicos e irracionales. Los conscientes siguen las leyes de la lógica y la racionalidad. Los contenidos del inconsciente acceden a lo consciente por medio de transacciones: los síntomas, sueños, actos fallidos, etc. Entender la relación significante-significado es el desafío para descifrar el mensaje.

La revista Science publicó en los años 80, un trabajo que realizó un grupo de psicólogos. Se eligieron 20 octágonos de manera irregular y se proyectaron en una pantalla con un lapso de un milisegundos. Naturalmente ninguno de los voluntarios fue capaz de percibir las imágenes a dicha velocidad, lo sorprendente fue cuando los psicólogos pidieron a los voluntarios que eligieran entre un grupo de octágonos mas grandes, cuales eran los que mas le gustaban, en este caso eligieron los octágonos proyectados subliminalmente.

En la película El Exorcista, durante la escena de una pesadilla se han incluido dos fotogramas de una figura cadavérica. La imagen dura unas centésimas de segundos, con lo cual el cerebro no tiene tiempo de hacerla consciente, sin embargo nos golpea desde el inconsciente y contribuye a crear un ambiente tenebroso.

También se han utilizado mensajes subliminales en la publicidad, esta representa la connotación (algo que representa al producto, aunque no tenga nada que ver) y la analogía (una imagen similar a la que se quiere vender), en estos casos el mecanismo es asociativo, con sus reglas ocultas, pero de toda manera no inconsciente.

Existen otros fenómenos que comprueban la presencia del "otro yo", por ej., el de la información bajo los efectos de la anestesia general, aún cuando estamos en la sala de un quirófano nuestro "otro yo" sigue trabajando.

Los seres humanos, desafortunadamente, no actúan en forma correcta por amor filial, ni por solidaridad de especie, ni por comunidad de creencias en un mismo Dios. Las conductas de la raza humana se han atemperado y encausado gracias a la norma que obliga, que ordena y que amenaza cuando no se obedece. Es decir, las personas actúan con respeto a sus semejantes por miedo al castigo, en cualquiera de sus esferas. Por miedo a la pena que impone la transgresión de las normas jurídicas. Por miedo al repudio social de sus comunidades. Por temor a la crítica de sus superiores jerárquicos. Y solo parcialmente por incomodidad con su propia conciencia moral.

A pesar de lo anterior, el ser humano es la máxima expresión de desarrollo en la evolución animal. Y si a su inteligencia unimos el derecho como máximo regulador de su conducta, podemos llegar a entender, por ejemplo, el por qué existen derechos fundamentales que deben respetarse en nuestros semejantes y en nosotros mismos. Y no precisamente porque lo haya expresado algún profeta, o porque se encuentre (como de manera más poética que filosófica lo afirmen algunos pensadores), "inscrito en el corazón del ser humano". No! Estos derechos existen porque la misma sociedad humana así lo ha reconocido a través de sus leyes positivas. Y lo ha hecho luego de miles de años de historia, de sufrimiento, de abusos, de lucha conceptual y de muchos levantamientos sociales que han llegado a proclamar que todos somos iguales en dignidad, en derechos y en respeto.

Y todo esto se lo debemos al Derecho. No a la religión (que es individual), ni a la moral (que es subjetiva), ni a deidades fantásticas). En esencia, lo debemos al Derecho, institución inventada por la misma raza humana y que ha permitido que seres tan salvajes como nosotros, hayamos podido vivir en sociedad.

Pero para aquellos que están convencidos de la bondad innata del ser humano, recordemos el siguiente escrito, producido hace mas de dos mil años:

Somos nosotros mejores que ellos? En ninguna manera; pues ya hemos acusado a judíos y a gentiles, que todos están bajo pecado. Como está escrito:

No hay justo, ni aun uno. No hay quien entienda. No hay quien busque a Dios. Todos se desviaron, a una se hicieron inútiles. No hay quien haga lo bueno, no hay ni siquiera uno. Sepulcro abierto es su garganta. Con su lengua engañan. Veneno de áspides hay debajo de sus labios. Su boca está llena de maldición y de amargura. Sus pies se apresuran para derramar sangre.

Quebranto y desventura hay en sus caminos. Y no conocieron camino de paz. No hay temor de Dios delante de sus ojos. Pero sabemos que todo lo que la ley dice, lo dice

a los que están bajo la ley, para que toda boca se cierre y todo el mundo quede bajo el juicio de Dios; ya que por las obras de la ley ningún ser humano será justificado delante de él; porque por medio de la ley es el conocimiento del pecado. Pero ahora, aparte de la ley, se ha manifestado la justicia de Dios, testificada.

Y el autor es Saulo de Tarso, mejor conocido como San Pablo. Uno de los pilares ideológicos del cristianismo

Dicen además los iusnaturalistas que las condiciones de estos principios son:

-Universalidad. Son vigentes para todos los individuos en todo tiempo y lugar
-Cognoscibilidad Evidente a todas las personas a través de la razón
-Inmutabilidad. Se conservan sin cambios
-Carácter abstracto

Esto tampoco es aceptable. La "universalidad" de los principios ha sido transgredida en todas y cada una de las etapas histórica. Por lo tanto, si son , como dicen los iusnaturalistas, evidentes a la razón y de reconocimiento universal, a que se debe el fenómeno de la guerra? Por que el fenómeno del genocidio? Cual fue el motor de aparición de la Inquisición europea? Por que los campos de concentración? Y que hay de los casos de experimentación humana?. Y eso por mencionar solamente algunas de las manifestaciones infames del ser humano

Quizás lo la inmutabilidad sea aceptable, pero en el sentido negativo. La maldad del ser humano, conservada en el baúl del instinto, ha sido inmutable y su fuerza ha recibido un control por parte de la educación y de la formación de lo que Freud llamaría el Superyo humano.

Dicen además que entre los principios del Derecho Natural se encuentran:

-Respeto a la vida
-Respeto mutuo
-Defensa del bien común
-Mantenimiento del orden y la paz ciudadana

EL DERECHO POSITIVO COMO FUENTE DE ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN DEL COMPORTAMIENTO HUMANO

Todo este sistema de convicciones y creencias ha sido desvirtuado en la evolución moderna del derecho

El Derecho Positivo plantea una serie de principios (los cuales serán analizados en otro articulo), entre los que se incluyen

a) El rechazo de la metafísica y de toda proposición no vinculada con hechos constatados
b) El rechazo de los juicios de valor, en cuanto no se apoyan en certezas y en leyes científicas.
c) El empirismo, único medio de llevar a cabo observaciones sistemáticas y ciertas, para deducir conclusiones válidas.
d) El fenomenalismo, que sólo acepta la experiencia obtenida por la observación de los fenómenos.
e) Lon que no pueda someterse a las premisas y condiciones de la ciencia carece de valor.
f) Lo que se encuentre más allá de lo regido por la relación causa-efecto pertenece a la fantasía.
g) El derecho es elemento fundamental para regular la conducta humana en la sociedad.
h) Se basa en la aceptación de la norma y la Ley por parte de los miembros de la comunidad.
i) Debe expresar un ideal ético de justicia, aspirando a ella aunque no necesariamente garantice su respeto.
j) Conjuga la autonomía individual con el bien común.
k) La ley es dogmática una vez es sancionada y promulgada. La ley tiene entonces vigencia, es decir, obligatoriedad por encima de cualquier deseo o voluntad que se tenga.
l) La norma en su aplicación es indiscutible. Se tiene que aplicar.
m) Para que el derecho sea vigente, imperativo, categórico y vinculante, tiene que reunir unas características formales que el mismo ordenamiento jurídico le plantea. Es decir, que pertenezca a la normatividad vigente o que se encontraba vigente en el momento de aplicar la norma.
n) El derecho es ciencia jurídica. Atiende a la normatividad vigente. Al ordenamiento jurídico en vigor, es decir, obligatorio e indiscutible. Mientras esté con fuerza de obligatoriedad, la ciencia jurídica no tiene otra obligación sino la que el ordenamiento dice.
o) A la ciencia jurídica no le preocupa cual es la justicia perfecta ni que la constituye, sino qué dice la norma.

La humanidad no actúa con base en el convencimiento moral ni en el respeto hacia los demás. Actúa obligado por la coercibilidad de la norma, la fuerza estatal del Derecho y el miedo a la pena.

Y a esto solamente se puede decir que la supervivencia de la sociedad se debe a la fuerza del Derecho.

CAPÍTULO V

PRINCIPIOS DE LA CONVIVENCIA SOCIAL EN EL EJERCICIO DE LA MEDICINA

I- QUE ES CONVIVENCIA SOCIAL?

El trasegar de la humanidad no ha sido sencillo y mucho menos pacífico. Una de las formas de contar la historia es a través de los episodios de conflicto y guerra en todas y cada una de las comunidades y sociedades que se han formado hasta en el último rincón del planeta, porque la violencia, el egoísmo, el odio por los congéneres es consustancial a la naturaleza humana

Lo primero que el ser humano agrupado en comunidad produjo, fue el fenómeno de la CULTURA[1], a través de la enseñanza de rituales de alimentación, defensa social y muerte. Algunos elementos del fenómeno cultural incluyen la protección de los recién nacidos, el emparejamiento familiar, la creación del pensamiento simbólico y el perfeccionamiento del lenguaje

Luego vino la CIVILIZACIÓN[2]. La comunidad que posee modelos culturales similares, tradición histórica similar, costumbres unificadas, formas de conducta unificada y criterios intelectuales de la misma especie.

1 - También es definida como: "…todo complejo que incluye el conocimiento, el arte, las creencias, la ley, la moral, las costumbres y todos los hábitos y habilidades adquiridos por el hombre no sólo en la familia, sino también al ser parte de una sociedad…" http://www.significados.com/cultura/

2- "…Como civilización se denomina el conjunto de costumbres, conocimientos, artes e instituciones que constituyen las formas de vida de una sociedad humana. En este sentido, las civilizaciones son sociedades que han alcanzado un alto grado de complejidad en sus formas de organización, sus instituciones, su estructura social y sus relaciones económicas; que están dotadas de un sistema de político, administrativo y jurídico, y que han desarrollado el conocimiento científico y tecnológico, así como el arte y la cultura. De allí que se considere que el concepto de civilización implique, necesariamente, la presencia de cultura, y pueda considerarse, en muchos casos, como su sinónimo, es decir, el conjunto de creencias, valores, costumbres, tradiciones, manifestaciones artísticas, instituciones, etc., que caracterizan a una sociedad…" http://www.significados.com/civilización/.

Su desarrollo culminó inicialmente con la conformación de la SOCIEDAD[3], esa agrupación de personas que posee un área determinada de habitación, una cultura común, unos valores similares y unas costumbres comunes, lo cual les hace crear entre sí una serie de interacciones e interdependencia. Una vez constituido el grupo, se plantean unas reglas de juego de manera expresa o tácita, en donde se regulan procesos de conducta, participación, actividades, jerarquía, propiedad, etc

Aquí nace la SOCIALIZACIÓN[4], la cual constituye un proceso a través del cual la persona recibe el impacto de su medio social y los acopla a su estructura individual para adaptarse, paso a paso, a la comunidad en que vive[5]. En este proceso se aprenden las reglas de comportamiento básico y se aprende a diferenciar lo que se considera bueno y malo de las acciones humanas.

A todo lo largo de estos procesos de millones de años, se va conformando lo que denomina CONVIVENCIA SOCIAL[6]. La difícil tarea de adaptarse a vivir en comunidad dentro de unas reglas de juego que enseñan que los seres humanos tenemos obligaciones y derechos creados por la misma sociedad en que vivimos[7].

La sociedad humana y los cerebros que la componen ha inventado todo: la estructura familiar, las normas de comportamiento social, la organización económica, las leyes de derecho positivo, e incluso el concepto de bien y mal.

Y para llegar al punto histórico en que nos encontramos han tenido que ocurrir una serie de episodios de guerra, sojuzgamiento, violencia, dolor y muerte, cuyas dimensiones las conocemos a través de los registros históricos, que señalan al ser humano como el más agresivo predador que este planeta ha conocido.

3- "…la unión intencional, estable y estructurada, de seres humanos que buscan activa y conscientemente la consecución de un bien común…" https://pochicasta.files.wordpress.com/2009/03/que-es-sociedad.pdf.

4- "…El concepto de socialización o sociabilización consta del proceso por el cual los individuos acogen los elementos socioculturales del contexto social en el que se encuentran mediante la interrelación con el resto de los individuos, de modo tal que se internalizan los conceptos acerca de la realidad a su personalidad durante el desarrollo del proceso de adaptabilidad social. En otras palabras, es al relacionarse con las demás personas cuando el individuo adquiere las perspectivas, las pautas, normas y valores culturales de una determinada sociedad y en un momento histórico en particular…" http://concepto.de/socializacion/.

5- De acuerdo con Simmel, la sociedad no se encuentra separada del individuo, sino que este es la síntesis de su pertenencia social y su existencia no social. Se es parte del todo social pero también se es un todo en sí mismo. Wilkis A, Berger M. La relación individuo-sociedad: una aproximación desde la Sociología de Georg Simmel. Athenea Digital. Revista de pensamiento e investigación social (ReDi-UAB) Número 7, primavera 2005. http://atheneadigital.net/article/view/n7-wilkis-berger

6- Decía Alfonso Reyes: "…Mi respeto a la sociedad, y el de cada uno de sus miembros para los demás, es lo que hace posible la convivencia de los seres humanos…" http://www.frasesypensamientos.com.ar/frases-de-convivencia.html

7 - "…Tal vez temía que ese grandioso amor, que había resistido tantas pruebas, no pudiera sobrevivir a la más terrible de todas: la convivencia…" (Isabel Allende. La casa de los espíritus. 1982)

La convivencia humana gira alrededor de una educación permanente fundada en principios que se manifiesten en todos los ámbitos sociales, para alcanzar virtudes y valores mediante el conocimiento y la práctica de hábitos repetitivos que formen el tipo de persona que cada sociedad desea formar.

Se fomentan entonces en el respeto a la integridad del otro, la solidaridad con el semejante, la comunicación, la defensa del bien común y el entorno, la conservación de tradiciones sanas y el seguimiento de las normas, entre muchos otros[8].

La regulación de la conducta humana se debe a la imposición del Derecho, uno de los grupos normativos que rigen la conducta humana y el único que ha sido efectivo en lograrlo (parcialmente claro está), pese a sus defectos, inexactitudes, errores e injusticias permanentes.

Con todo, a pesar de su imperfección, la norma jurídica es lo único que ha logrado atemperar los impulsos humanos nacidos en el inconsciente, pues ella no tiene opción de obedecerse o no. Se acata por la razón o por la fuerza de la misma sociedad.

Dentro de los dictados de conducta nacidos de un teórico contrato social, la compañía intelectual del Derecho ha sido un grupo de elementos entre los cuales se incluyen el principio de la buena fe, el principio de confianza, el deber general de cuidado, el seguimiento de las lex artis, la adecuación del riesgo y la posición de garante de algunas personas sobre otras[9].

En el ejercicio medico y en la tradicional relación medico paciente tienen efecto, como en ninguna otra profesión, las reglas de convivencia.

II- EL BIEN COMÚN

Es un grupo de características que propenden por el desarrollo de las personas de una sociedad, en sus aspectos físico, intelectual, cultural y espiritual, facilitando paz, bienestar y felicidad a todos los miembros de la comunidad, sin distingos de raza,

8 - Lo que permite abarcar las diversas formas de lo social es la socialización y este concepto incluye la parte dinámica del campo social. Y en esto se incluyen elementos sociales e individuales muy difíciles de separar. Pero la realidad social es un continuo ocurrir de los sujetos que entran en multiples relaciones. La sociedad no se encuentra separada del individuo, sino que este es la síntesis de su pertenencia social y su existencia no social. Se es parte del todo social pero también se es un todo en sí mismo.

9 - Para Kant, la base de la existencia del Derecho es el Contrato Social como principio racional, que garantiza el único derecho natural en el que el filósofo cree: la Libertad. Y la limitación del derecho de libertad está delimitado por los derechos de los demás asociados. De aquí nace una nueva forma de entender la voluntad comunitaria, no como lo plantea Rousseau (voluntad general de un interés colectivo), sino como un nexo interpersonal que obliga a respetar las libertades individuales.

sexo, edad, credo, clase social, religión, ideas políticas, oficio ni cualquiera otro que tienda a romper la igualdad de las personas frente al Estado, la Ley y la Justicia.

Esto brinda a las personas seguridad, estabilidad, tolerancia, respeto a la individualidad, fortalecimiento de los valores, integración social, fomento a la creatividad, humanización de la vida cotidiana y mantenimiento del orden social[10].

Los juristas romanos diferenciaron entre cosas extrapatrimoniales (que pertenecían a toda la humanidad, como el aire y el agua) y las cosas publicas (que pertenecían al pueblo de Roma). Santo Tomas de Aquino consideraba que el objetivo de las leyes y los gobiernos es el Bien Común. Guillermo de Ockam en el siglo XIV afirmaba que el Bien Común es un fin racional al que tiende todo ser humano, porque solo a través de él encuentra la felicidad en su contexto social. Maquiavelo planteaba que el objetivo del Estado es el Bien Común, pero representado en el Príncipe[11]. Manuel Kant expresa que el Estado ideal es aquel en el cual obrar bien no es una alternativa sino un deber ciudadano de todos para proporcionar el Bien Común.

Voltaire y los enciclopedistas se refieren al respeto a la voluntad general como la esencia del Bien Común. Hegel dice que el Estado alcanza su plenitud cuando promueve el bien individual y el Bien Común. Jacques Maritain sostiene que es función del Estado la redistribución de la riqueza para el beneficio de la mayor cantidad de personas.

Algunos principios del Bien Común son: la complementariedad entre el bien particular y el bien común; la igualdad de las personas frente a los fines del Bien Común; la prioridad del mismo frente al bien particular; el beneficio de los menos favorecidos; y su asociación con los Derechos Fundamentales de las personas[12].

10 - El Papa Pio XI lo definía en la Encíclica Divinus Illius Magistri así: El bien común temporal es el fin específico del Estado. El bien común de orden temporal consiste en una paz y seguridad de las cuales las familias y cada uno de los individuos pueden disfrutar en el ejercicio de sus derechos, y al mismo tiempo en 1a mayor abundancia de bienes espirituales y materiales que sea posible en esta vida mortal mediante la concorde colaboración los activa de todos los ciudadanos.

11 - Nicolás Maquiavelo habla del bien común en la siguiente forma: "ante todo es necesario la obra de un hombre sagaz y genial, privado de escrúpulos excesivos y dispuesto, a imponer, como sea, el imperio del bien general"

12 - La asociación del Bien Común con el orden publico se encuentra delineado en la Sentencia C-435/13

"...4.2.1. El orden público ha sido definido como "el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos humanos". La Constitución en el artículo 218 y en general el derecho de policía contemporáneo, se refieren también al estado de convivencia social, que además de seguridad, tranquilidad y salubridad, precisa también de condiciones de la moralidad y ecología para hacer posible el goce efectivo y generalizado de los derechos.

En un Estado social de derecho, la preservación del orden público representa el fundamento y a la vez el límite de las competencias de policía. En este contexto, la Corte ha establecido que el poder de Policía se subordina a los principios constitucionales y las libertades públicas, que solo pueden ser restringidas cuando sea indispensable y exista una finalidad constitucionalmente legítima orientada a lograr la convivencia pacífica y asegurar los derechos ciudadanos. De este modo, la expresión "orden público" no puede entenderse desligada del reconocimiento de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, ya que precisamente el respeto de estos derechos representa el núcleo esencial de esta noción..."

III- EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE[13]

Es apenas obvio que la buena fe existe. Es la base de la conciencia individual de las personas con una personalidad sana. El principio de la buena fe es creer por parte de A que B obra en Justicia, en equidad, con transparencia y con su propia conciencia.. Consiste en hacer el examen de si se obro con justicia, equidad, conciencia, de manera cristalina y bajo el convencimiento de ser así y no de otra forma

Por esto la buena fe ha sido consagrada como un principio general del Derecho. El Principio es un enunciado lógico de una evidencia inmediata a la razón del hombre, que no tiene que entrar a probarse, es decir, es contundente (Una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo; alguien no puede estar vivo y muerto). Su validez trasciende las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Se aplican a cualquier situación.

Los principios generales constituyen fuente de inspiración en la creación de la norma. Por lo tanto, son verdades fundamentales que sirven para crear derecho, integrarlo e interpretarlo en los vacíos que la norma no haya cubierto[14]. Los criterios esenciales de estos principios son la justicia y la equidad

Según Ferreira Rubio[15], los principios generales del Derecho deben cumplir una serie de postulados para que sean considerados como tales:

- Universalidad de contenido
- Esencia permanente a pesar de diferente aplicación histórica
- Potencialidad iurígena: son normas y fuentes de normas
-Existencia anterior a las normas de ordenamiento legal específico[16]

La Buena Fe indica que cada persona debe ejercer sus derechos, negocios y obligaciones basado en lealtad, honestidad y sinceridad. Es decir, partiendo de los usos sociales aceptados y las buenas costumbres. Es la que se exige como requisito mínimo en cualquier negocio.

---

13 - Guzman REF

14 - No se limitan a un territorio o Estado, sino que tienden a ser universales. Además, su fundamento es la equidad, aplicable a las circunstancias de tiempo y lugar de cada caso. En fin, se basan en lo que pensarían personas honradas y conscientes. Estos principios informan todo el derecho positivo y le sirven de base. Pueden inferirse por medio de inducción o de generalización periódica

15 - Ferreira D. La buena fe. El principio general en el derecho civil. Ed Montecorvo. P 38. Madrid 1984

16 - Pero debe actuarse con prudencia y diligencia, porque también así lo exige la ley. Y esto no rompe la precisión de la buena fe. La buena fe se presume porque debe creerse en la conciencia de las personas. Debe partirse de la base de que las personas adecuan su conducta al derecho.

La Constitución Política de 1991 la determina muy claramente en su artículo 83: "Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas".[17]

Aunque la normatividad dice que debe presumirse la buena fe, lo que en realidad dice la CN es que debe obrarse conforme a los postulados de la buena fe[18].

El concepto involucra también el conducirse sin culpa, esto es, con un mínimo de prudencia, de atención, de cuidado, a fin de evitar tal perjuicio. En materia civil, como es sabido, la culpa grave se asimila a dolo y es fuente de responsabilidad civil. Y en materia penal, existen delitos que pueden cometerse a título de culpa. De donde se concluye que la carencia de diligencia y cuidado en el cumplimiento de las propias obligaciones y, en general, en el actuar humano, desvirtúa el principio de buena fe y es fuente de obligaciones y de responsabilidad jurídica

Dice la Corte Constitucional[19]:

"El artículo 83 de la Constitución Política reconoce el principio de buena fe en las actuaciones de los particulares. Dicha disposición de raigambre Superior tiene desarrollo legislativo concreto, en materia contractual, en los artículos 1603 de Código Civil y 871 del Código de Comercio.

Según el principio de buena fe contractual, las partes obligadas por un acto jurídico actúan bajo los parámetros de la recta disposición de la razón dirigida al cumplimiento fiel de las obligaciones derivadas del acto. Se trata de reconocer que al momento de aceptar la realización de una determinada prestación, se procederá con honestidad, lealtad y moralidad".

Lo ratifica la alta corporación en otra sentencia[20]

---

17 - Constitución Politica de Colombia REF
18 - El artículo 769 del CCC expresa:
"La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los otros, la mala fe deberá probarse"
También se habla de Buena Fe en el artículo 1603 del CCC: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la obligación, o que por ley pertenecen a ella"
Similar planteamiento se halla en los artículos 863 y 871 del Código de Comercio
Corte Constitucional No. de Rad.: C-054-99 "...La buena fe no consiste simplemente, como equivocadamente lo concibe el demandante, en un actuar desprovisto de dolo, o de intención positiva de irrogar un perjuicio a otro.
19 - Sentencia C-865/04 del 7 de septiembre de 2004, M.P.: Rodrigo Escobar Gil
20 - Corte Constitucional, T-075 del 7 de febrero de 2002. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett

"La buena fe es considerada por el ordenamiento jurídico con una pluralidad de matices y de consecuencias. Sin pretender hacer una enumeración exhaustiva de las mismas, se pueden destacar las siguientes:

a- La buena fe es una causa o creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella. (…)

b- La buena fe es una causa de limitación del ejercicio de un derecho subjetivo o de cualquier otro poder jurídico.

c- La buena fe se considera como una causa de exclusión de la culpabilidad en un acto formalmente ilícito y por consiguiente como una causa de exoneración de la sanción o por lo menos de atenuación de la misma.

(…)

La buena fe como principio general del derecho, informa la totalidad del ordenamiento jurídico. Las complejas características de la vida moderna, exigen que este principio no sea simplemente un criterio de interpretación y una limitante en el ejercicio de los derechos. Así pues, el querer del Constituyente fue consagrarlo en el artículo 83 de la Constitución como una verdadera garantía".

IV- DEBER GENERAL DE CUIDADO[21]

La vida en sociedad, por sus conocidas características, obliga a las personas a lo que se denomina deber general de cuidado, para frenar actos y conductas que atenten contra el derecho ajeno. .

En medicina existen varias disposiciones que regulan el ejercicio médico, las más importantes son:

1- La Ley 14 de 1962, que define el ejercicio de la medicina y la cirugía en los términos antes citados.

2- La Ley 23 de 1981, o Código Colombiano de Ética Médica, que a su vez se encuentra reglamentado por el Decreto 3380 de 1981.

---

21 - Guzman F, Franco E, Saavedra E. Derecho Médico Colombiano. Responsabilidad médica ético disciplinaria. Universidad Libre. Bogotá. 2006

3- Una multitud de sentencias de las máximas autoridades jurídicas del país, entre las que recientemente destacan la sentencia C- 377 de la Corte Constitucional, con la ponencia del Profesor Jorge Arango Mejía, que en Agosto 25 de 1994 expresa: "[...] decir que el ejercicio de la medicina por parte de los empíricos no implica un riesgo social, constituye no solamente un contrasentido evidente, sino la pretensión de aplicar a la profesión médica lo previsto por la Constitución para 'ocupaciones, artes y oficios que no requieren formación académica' y cuyo ejercicio - por lo mismo - es libre. "

4- La Ley 1751 de 2015. Estatutaria en Salud. Que cambia radicalmente la práctica médica tradicional, en beneficio de los pacientes[22]

El filósofo británico John Locke enuncia la regla de oro de la moral racional, que habría de incorporarse en el ejercicio médico: "Compórtate como quieras que otro se comporte contigo"[23]. En medicina, el deber de cuidado es permanente. Si bien es cierto que los médicos no pueden garantizar el éxito de un tratamiento o intervención, deberán responder por los daños si se prueba la presencia de uno de los causales de culpa.

El deber de cuidado interno, hace referencia a la conciencia de las propias limitaciones y capacidades antes de emprender un acto médico. Y si el avance de la medicina en los últimos años no ha tenido parangón en la historia universal, debemos ser conscientes de la imposibilidad de cubrir todos sus campos especializados por quien simplemente posea un título de médico general. Este punto es de suma importancia en nuestro país: De acuerdo con la ley, el solo hecho de poseer la licencia para ejercer medicina acredita, en teoría, para efectuar actos médicos de cualquier tipo en cualquier paciente, lo que, dadas las circunstancias actuales del conocimiento, es absurdo. Esto ha constituido una especie de coraza para que médicos sin experiencia aceptable y sin escuela de ninguna clase, se aventuren en procedimientos que deben ser parte de un entrenamiento formal en hospitales autorizados y con profesores calificados[24].

No es cuestión de descalificar ninguna forma de saber. No se niega la posibilidad de otro conocimiento. No se discute la existencia o efectividad ocasional de dichas formas de sanar. Se defiende el derecho del enfermo de no ser abusado; se predica

---

22 - Guzman F, Moreno S. Ley Estatutaria en salud. Gazeta Trib Nal Ética Médica. Mayo 2015

23 - Locke J. An Essay Concerning Human Understanding, in P.H. Nidditch (ed.), An Essay Concerning Human Understanding, based on the fourth edition, Oxford: Oxford University Press, 1975.

24 - Ha cambiado en nuestro medio el significado de lo que es excepción para convertirse en regla general. En las páginas de los periódicos, haciendo gala de la libertad de expresión, se anuncia toda una caterva de charlatanes que ofrecen curas milagrosas y tratamientos infalibles para los males que la ciencia considera hasta hoy como incurables. Son 'especialistas' en hacer milagros y prometen lograr lo que la medicina no ha podido en siglos de trabajo serio; engañan así a los incautos, los enredan en una maraña de términos incomprensibles y luego los despojan de sus recursos económicos.

la necesidad de una ética afincada en el supremo valor de la honestidad médico-científica, para no vender milagros, para no garantizar resultados, para no decir con el fin de conseguir, mientras interiormente se sabe que ese decir es falso e improbable.

El tercer principio de la ética médica reza: "Tanto en la sencilla investigación científica [...], como en la que se lleve a cabo con fines específicos y propósitos deliberados, por más compleja que ella sea, el médico se ajustara a los principios metodológicos y éticos que salvaguardan los intereses de la ciencia y los derechos de la persona, protegiéndola del sufrimiento y manteniendo incólume su integridad"[25].

Por esto, la experimentación utilizando a estos seres humanos enfermos, ya no puede considerarse iatrogénica, sino que invade el campo de la responsabilidad jurídica; y el método será considerado experimental, mientras no ofrezca el grado de certeza o seguridad científica aceptado[26].

La única excepción es el estado de necesidad. Si un médico rural se encuentra en una localidad remota sin apoyo de ningún tipo, los casos de urgencia que no se puedan remitir los debe atender como pueda, intentando salvar la vida de sus pacientes. Si se comete un error por impericia, la ley debe tener en consideración las circunstancias en que se cometió el error, pues, al fin y al cabo, la salud es responsabilidad directa del Estado, que no puede enviar los especialistas ni los medios de atención mínima a todos los sitios en donde se necesitan y, en un esfuerzo por 'llevar salud' a regiones abandonadas del país, coloca en esos sitios a médicos recién graduados, sin la suficiente experiencia ni la dotación necesaria, haciéndolos responsables de la salud de comunidades enteras[27].

Por lo tanto, el primer paso en la aceptación de las limitaciones es no irrumpir en campos en los cuales la experiencia no se posee o se ha adquirido sin la norma universitaria de la denominada 'escuela'[28].

25 - REF

26 - Todos estos novedosos métodos para curar que se venden hoy por prensa, radio y televisión al incauto o desesperado enfermo, todavía sin control suficiente en las leyes, entrañan un abuso por parte de quien los ofrece; y si la persona que lo hace se escuda en un título universitario, está faltando a este deber de cuidado interno, a esta obligación de ser consciente de sus capacidades y sus limitaciones, y de obrar de acuerdo con esa conciencia.

27 - Otra cosa es permitir la práctica de actos médicos complejos o intervenciones quirúrgicas de alto riesgo en los sitios en donde el beneficio de los especialistas se encuentra presente. Desde este punto de vista, debería prohibirse la práctica de procedimientos especiales a quienes no hayan sido capacitados para tales efectos. Para decirlo más claramente: el ejercicio médico debe regularse y, salvo estados de necesidad, debe clasificarse por niveles lo que un médico puede o no puede, debe o no debe hacer.

28 - Ya se dijo que la Ley 23 de 1981 menciona la realidad de las especialidades médicas en su artículo 7: "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 rehuse cumplir las indicaciones prescritas"

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.

En lo que concierne al tiempo que debe invertir en el procedimiento diagnóstico (artículo 10): "El médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente"[29].

Además, solamente podrá utilizar aquellos métodos aceptados por la ley y la Lex Artis. "El médico solamente empleará los métodos diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas." (artículo 12)

En lo que toca al deber de cuidado externo, los deberes esenciales son evitar acciones peligrosas y ejercer dentro del riesgo previsto. En las llamadas 'actividades peligrosas', el agente debe exonerarse de la presunción de culpa que milita en su contra: quien esgrime un arma blanca realiza una actividad que entraña peligro, en la misma forma en que lo hace quien conduce un vehículo.

Por lo tanto se presume que tuvo la culpa del resultado producido y le corresponde desvirtuar esa culpa presunta, demostrando que el hecho dañoso ocurrió por culpa exclusiva de la víctima, por fuerza mayor o por intervención de un tercero.

La Corte Suprema de Justicia expresó[30]:

"…4.1.4. La violación al deber objetivo de cuidado. El autor debe realizar la conducta como lo haría una persona razonable y prudente puesta en el lugar del agente, de manera que si no obra con arreglo a esas exigencias infringirá el deber objetivo de cuidado.

Elemento con el que se aspira a que con la observancia de las exigencias de cuidado disminuya al máximo los riesgos para los bienes jurídicos con el ejercicio de las actividades peligrosas, que es conocido como el riesgo permitido (en ámbitos como el tráfico, la medicina y el trabajo).

---

29 - Debe tenerse en cuenta que la consulta médica no puede ser realizada contra reloj o bajo la presión burocrática de una mal entendida eficiencia. Solamente invirtiendo el tiempo necesario en cada enfermo se podrán conocer los elementos mínimos para diagnosticar, decidir, aconsejar una conducta y pronosticar, sin lucubraciones o especulaciones que afecten al enfermo en forma injustificada.

30 - Corte Suprema de Justicia. Proceso 19746 HCSJ. MP Edgar Lombana Trujillo

En razón a que no existe una lista de deberes de cuidado, el funcionario judicial tiene que acudir a las distintas fuentes que indican la configuración de la infracción al deber de cuidado, en cada caso. Entre ellas:

4.1.4.1. Las normas de orden legal o reglamentaria atinentes al tráfico terrestre, marítimo, aéreo y fluvial, y a los reglamentos del trabajo, dirigidas a disciplinar la buena marcha de las fuentes de riesgos.

4.1.4.2. El principio de confianza que surge como consecuencia de la anterior normatividad, y consiste en que quien se comporta en el tráfico de acuerdo con las normas puede y debe confiar en que todos los participantes en el mismo tráfico también lo hagan, a no ser que de manera fundada se pueda suponer lo contrario.

Apotegma que se extiende a los ámbitos del trabajo en donde opera la división de funciones, y a las esferas de la vida cotidiana, en las que el actuar de los sujetos depende del comportamiento asumido por los demás.

4.1.4.3. El criterio del hombre medio, en razón del cual el funcionario judicial puede valorar la conducta comparándola con la que hubiese observado un hombre prudente y diligente situado en la posición del autor. Si el proceder del sujeto agente permanece dentro de esos parámetros no habrá violación al deber de cuidado, pero si los rebasa procederá la imprudencia siempre que converjan los demás presupuestos típicos.

V- EL CONCEPTO DE RIESGO EN MEDICINA

Es bien sabido que el ejercicio de la medicina entraña riesgo; y es un hecho que la práctica médica puede provocar lesión a bienes jurídicos protegidos por la ley. Debido a esta circunstancia, algunos abogados (como en reciente sentencia de la sala penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia[31]) han inferido, con poca profundidad en el análisis, que la medicina es una actividad peligrosa.

A lo largo de la historia la sociedad ha aceptado la existencia del médico y el ejercicio de su actividad como un beneficio. Los seres humanos no sabrían qué hacer si en la comunidad no contaran con el precioso recurso de la medicina. Las personas dedicadas a la profesión médica han sido siempre tratadas con especial consideración y aprecio, porque se reconoce en ellas su dedicación, su voluntad de servicio , su

31 - CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (SALA DE CASACIÓN PENAL), con ponencia del Magistrado JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO, emitió la Sentencia SP8759-2016 (Radicación N° 41245. Aprobado acta N° 194, junio 29 de 2016).

idoneidad y eficiencia. Y es esa aceptación social, debida en buena parte al altruismo y la responsabilidad inherentes a la práctica médica, la que la distingue de lo que, incluso para la sociedad, se denominan actividades peligrosas.

Efectivamente, mientras en la medicina el riesgo calculado es una forma normal y necesaria de desarrollar los principios más caros de solidaridad, bien común y ayuda al prójimo, en las actividades peligrosas el ejecutor mira generalmente sólo su propio beneficio: Conducir un automóvil o portar un arma son ejemplos de actividades peligrosas. Se conduce un vehículo automotor por propia comodidad o como medio para adquirir lo económicamente necesario para sí mismo y su familia. Se porta o se utiliza un arma de fuego para la defensa personal y para defenderse de otro ser humano por medio de la agresión mortal.

De modo que tenemos en la raíz misma del comportamiento un móvil diferente, opuesto: mientras el médico aspira a servir, a curar, a restablecer la salud del prójimo, el hombre armado aspira a todo lo contrario, así sea sólo en caso de necesidad. Equiparar a los dos sujetos para introducir la profesión médica en la categoría de las actividades peligrosas es, por decir lo menos, un acto de irresponsabilidad intelectual.

VI- EL RIESGO PERMITIDO

Es lo que está socialmente aceptado. A través del desarrollo social se ha definido que, para poder permitir la interacción de los miembros de la comunidad, deben asumirse riesgos en forma permanente. Cada sociedad ha determinado sus riesgos aceptables. Ejemplo: En Roma los gladiadores; en países hispanos el toreo; en todo el mundo los viajes en avión.

Para que la sociedad pueda funcionar deben arriesgarse los bienes jurídicos de las personas. Sin embargo, quien pone límites a ese riesgo social es el Estado mismo, delimitando el residuo conductual que marca el riesgo permitido[32].

Y siendo el Derecho Penal un producto social, este no puede prohibir lo que la sociedad acepta en forma abierta. Uno de los ejemplos es la exclusión de la bigamia de la lista de tipos penales del nuevo Código. Si bien puede plantearse una posición de tipo moral en donde se invoquen además las buenas costumbres, las normas no contemplan esta situación como un delito específico.

---

32 - La existencia de riesgos no es evitable, sino que sólo puede ser administrada de modo que se generen opciones favorables en el marco de las cuales cierto nivel de riesgo genera decididamente "provecho social" Rusconi, M.; Cuestiones de imputación y responsabilidad en el Derecho penal moderno; Ad-Hoc; Buenos Aires, Argentina, 1997; Pág. 74

Ahora: Cuáles son los elementos para definir lo que se encuentra permitido y lo que no lo es? Las talanqueras o límites que marcan la desaprobación del riesgo se pueden resumir en:

- Utilidad social
- Inevitabilidad del riesgo
- Necesidad social
- Costumbre
- Normas jurídicas

VII- LAS ACTIVIDADES PELIGROSAS

La ley ha definido el concepto de actividad peligrosa[33]. Sin embargo, el concepto ha tenido diferentes interpretaciones jurisprudenciales a lo largo de los años[34]

Se entiende por actividad peligrosa toda labor, ejercicio o acción riesgosa que lleve implícita la posibilidad de causar un daño o menoscabo en la persona o bienes de un tercero. Pero debe tenerse en cuenta que esta acción riesgosa, aparte de elevar el nivel de peligro por encima de lo normalmente aceptado en una actividad que debe ser lícita, debe beneficiar esencialmente a quien la despliega.

El artículo 2356 del Código Civil en lista, de manera no taxativa, ciertas actividades que deben entenderse como tales. Ha sido la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, a través de su jurisprudencia, la encargada de expandir dicha lista y sobre todo, de establecer los criterios para determinar si una actividad puede ser catalogada de peligrosa.

Así, para que una actividad sea entendida como peligrosa, para efectos de la responsabilidad civil, es necesario:

1. Que dicha actividad sea lícita.
2. Que sea una actividad que por su naturaleza coloque a los terceros en una situación de riesgo o peligro.
3. Que contenga un elemento o fuerza extraña, ajena y superior a la que naturalmente despliega una persona.

---

33 - Actividad peligrosa es una categoría de la responsabilidad civil extracontractual contenida en el artículo 2356 del Código Civil

34 - Sin embargo, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO, emitió la Sentencia SP8759-2016 (Radicación Nº 41245. Aprobado acta N° 194, junio 29 de 2016), donde condena al médico patólogo JOSÉ EDGAR DUQUE ECHEVERRI. En ella habla de manera francamente ignorante de la medicina como actividad peligrosa

El régimen de responsabilidad civil por actividades peligrosas consagra una presunción de culpa en cabeza del "guardián" de la actividad peligrosa. Así, al demandante le basta con probar que sufrió un daño, y que dicho daño ocurrió como consecuencia del ejercicio de la actividad. En este régimen, el demandado sólo puede exonerarse de responsabilidad demostrando una causa extraña (culpa exclusiva de la víctima, intervención de un tercero, fuerza mayor o caso fortuito), siendo inadmisible, en forma exclusiva o aislada, la prueba de la debida diligencia[35].

El Consejo de Estado ha negado que el ejercicio de la actividad médica constituya una actividad peligrosa. "[...] si bien el ejercicio de la medicina en sí no puede calificarse como una actividad peligrosa, sí puede representar un gran riesgo para los pacientes por los imponderables que la rodean, por lo que significa para la integridad física y mental de las personas usuarias del servicio." (Sala Contencioso Administrativa. Sección III. Agosto 24/92. Magistrado Dr. Carlos Betancurt)[36].

Además, el riesgo que entraña la intervención directa sobre el cuerpo de otro debe haber sido calculado con la máxima precisión posible, pues el riesgo injustificado (el que no corresponde a las condiciones clínicas del paciente), corre por cuenta del médico.

Se ha dicho que el médico, en la práctica de su profesión, puede adquirir tres clases de obligaciones: técnicas, éticas y legales. El deber de cuidado como obligación ética emana en nuestro medio de la Ley 23 de 1981.

Pero también es necesario entender algunos preceptos del derecho que obligan a los médicos a adoptar un comportamiento determinado en relación con los casos que conocen: la Constitución Nacional nos impone, a todos, el deber ciudadano de "obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas". (artículo 95, 2)

---

35 - Sent hcsj 28841-08. La actividad de conducir vehículos es de aquellas reputadas como de carácter peligroso, aunque es adecuada socialmente. El acusado JORGE LUIS CÁRDENAS ROJAS incrementó el riesgo autorizado cuando, con su conducción imprudente, al mando de un vehículo tracto camión, transgredió normas o reglamentos de tránsito al sobrepasar otro rodante de similares características en curva y con prohibición de adelanto por estar demarcada la vía con doble línea amarilla continua. El resultado producido, esto es, la muerte de la joven Jessica Lorena Araque Moreno, quien se movilizaba como parrillera en una motocicleta que se dirigía en sentido contrario detrás de una buseta de servicio público que tuvo que frenar y salirse de la vía para no impactar el automotor conducido por CÁRDENAS ROJAS, no concreta el riesgo creado por este último puesto que simplemente los liga la causalidad material.

36 - Es decir, algunas de sus ejecutorias pueden constituir un peligro para médicos y pacientes. Los primeros, por el riesgo de contaminarse con enfermedades de cualquier tipo, y los segundos por las lesiones que pueden sufrir en el curso de un tratamiento. Como todo acto médico implica un riesgo, para que este riesgo no sea considerado una agresión, su finalidad debe ser de ayuda al organismo enfermo y debe basarse en ciertas normas: licitud, ejecución típica, seguimiento de normas científicas universalmente aceptadas y profesionalismo.

En el derecho civil se predica el deber de ejecutar los contratos con buena fe y "[...] por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella." (artículo 1603 del Código Civil Colombiano) Este principio regula toda la actividad médica contractual. Extracontractualmente también se impone el deber de obrar con diligencia y cuidado; quien ocasione un daño derivado de su comportamiento, está obligado a repararlo. (artículo 2341 del Código Civil Colombiano)[37].

Sin embargo, como se ha insistido, las responsabilidades tanto civil como penal, no sobrevendrán sino luego de una clara demostración judicial del comportamiento médico ilegal. Concretamente hablando del deber de cuidado, es preciso establecer la culpa del profesional a cuyo cargo se encontraba el paciente.

En estos eventos tendrá que actuar para impedir el resultado dañoso que puede derivarse de esa precisa actividad contratada, sin perderse de vista, eso sí, que esa actividad es, por regla general, 'de medio' y no 'de resultado'. Otro daño, que el paciente pueda sufrir pero que no esté específicamente cubierto por la actividad médica contratada, no puede imputarse al médico como falta a su deber de garantía

Razón tiene el doctor Carlos M Arrubla cuando concluye que, de manera general, el artículo 45 del decreto 522 de 1971 (Código Nacional de Policía), sanciona la falta de atención a un particular con quien no se tiene, ni contractual ni legalmente, el deber de garantía. Es una sanción menor (pena de arresto), pero sanción, al fin y al cabo

De esta manera, volvemos a encontrar en la normatividad más simple, como es el Código de Policía, repetido el mismo llamado a la solidaridad ciudadana hecho ya desde la encumbrada norma 95,2 de la Constitución.

VIII- DEBER DE CUIDADO Y MEDICINA DEFENSIVA[38]

La 'medicina defensiva', se define como una alteración en la forma de práctica médica, inducida por amenaza o posibilidad de demanda, que intenta prevenirse de las quejas de los particulares, dejando bases de defensa en casos de una acción legal. Esta medicina defensiva lleva a dos consecuencias: el aumento en los costos de la

---

37 - Son, pues, estas normas de nuestro derecho positivo, muy orientadoras en el momento de estudiar una determinada conducta médica para establecer, a la luz que ellas arrojan, si hay o no, obligación legal de responder por el daño que un paciente ha sufrido. Por ejemplo, el deber de cuidado impuesto por la ética, transmuta en un deber jurídico de indemnizar el daño producido e, incluso, la obligación de pagar una pena por la conducta omisiva que en dicho mal degenere.

38 - Guzmán F. UNA SENTENCIA QUE TERMINA CON EL EJERCICIO MEDICO. (Propuesta de un Decálogo de Protección, como parte de una medicina defensiva). Rev Asoc Col Cirugía. En orensa 2016

atención por el incremento en la solicitud de exámenes paraclínicos e interconsultas, y la negativa de los médicos a involucrarse en procedimientos que impliquen alto riesgo. Los efectos que esta práctica tiene sobre los costos generales del sistema de salud son muy graves[39 40].

Una forma de balancear esta medicina defensiva es apoyarse en el concepto de otros colegas, situación contemplada en la Ley 23 de 1981 (artículo 19): "Cuando la evolución de la enfermedad así lo requiera, el médico tratante podrá solicitar el concurso de otros colegas en junta médica, con el objeto de discutir el caso del paciente confiado a su asistencia. Los integrantes de la junta médica serán escogidos, de común acuerdo, por los responsables del enfermo y el médico tratante."

Hace ya mucho tiempo se ha advertido sobre el deber que todos tenemos de enmarcar nuestra conducta dentro de los requerimientos que socialmente se han establecido. Es lo que se ha dado en llamar la 'adecuación social' para explicar que, cuando una persona obra dentro de estos límites de lo socialmente aceptado, puede estar tranquila porque su conducta es penalmente atípica; porque no debe responder por estos actos que la sociedad ha estimado legítimos. Desde ese entonces, el injusto penal o la responsabilidad civil han mirado, para calificar una conducta, las reglas que la sociedad impone en un sistema de convivencia pacífica, solidaria y participativa[41].

Existe un deber de cuidado, como se ha dicho, porque vivimos en sociedad y es preciso que cada ciudadano, al entrar en contacto con otro, lo haga teniendo presente que es un ser humano digno de respeto y de un trato cuidadoso; porque no es ni social ni jurídicamente aceptable que alguien pueda inferir daño a otro sin una razón que justifique esta manera de comportarse. Porque somos iguales como personas y, por lo tanto, merecemos que nos traten con consideración buscando siempre nuestro bien .

39- Guzman F. Por qué demandan a los médicos? Conf Universidad Nacional, Catedra Jorge Eliecer Gaitán. Sept 2016

40 - En este país, que repite la historia de los Estados Unidos con un retraso de 20 a 30 años, estamos a punto de presenciar la serie de fenómenos económicos anteriormente descritos. La aparición de las demandas médicas ya ha llevado a ejercer una medicina defensiva, con un mayor deterioro de la relación médico-paciente y el afán de protección profesional que tiene que ampararse en una serie de exámenes complementarios que confirmen las impresiones clínicas.

41 - En nuestros días el ejercicio médico es más complicado que hace unos años. Los particulares han tomado conciencia de que el acto médico ha podido entrañar culpa o descuido y no se acepta, como antes, que el daño siempre sobrevenía por 'designio superior', fatalmente ocurrido a pesar de la impoluta actividad de un galeno a quien se miraba como a un semidiós. Ahora la actitud hacia la medicina ha cambiado, y la tecnificación ha llevado a pensar que el médico siempre tiene la facultad de curar, y en consecuencia siempre tiene la responsabilidad ante el fracaso. Ahora, el mismo Estado ha asumido el deber de protección y garantía de los derechos de sus asociados, y para velar efectivamente por su bienestar se ha hecho cargo de reparar el perjuicio sin mirar ya el concepto de culpa, sino el de daño causado que el particular no esté en obligación de soportar. Ahora, cuando las compañías de seguros amparan todos los riesgos y garantizan al paciente la entrega de jugosas cantidades de dinero en caso de la ocurrencia del siniestro; ahora es la hora del infortunio, de la intranquilidad y el miedo para los profesionales de la salud.

IX- PRINCIPIO DE CONFIANZA EN MEDICINA[42]

Una profesión consiste en la práctica de una determinada actividad que sirve a los demás y que se escoge por voluntad propia siguiendo una vocación, con el objeto de realizarse como persona a través de un trabajo. La profesión médica puede definirse como el arte de conservar y restaurar la salud para hacer la vida más fácil y segura a la comunidad. Sus pilares son dos: oficio-arte y tecnología-ciencia. La medicina es el brazo de la civilización en su lucha contra la enfermedad.

Puede entonces decirse que el médico, utilizando su razón y sus conocimientos científicos, prevé, discierne y previene el advenimiento de una complicación. La culpa nace de la incorrecta utilización de estas capacidades y se compara con las de aquel otro médico que usualmente las hubiese hecho funcionar en forma adecuada.

La medicina es por esencia una carrera humanística y de servicio .

Sin embargo, el ejercicio de la medicina puede lesionar bienes jurídicos individuales protegidos por la ley. La práctica quirúrgica en particular puede llevar al empeoramiento de las condiciones de salud de un enfermo y a su ulterior deceso, los cuales son justificables solamente a la luz del ejercicio por parte de profesionales idóneos que actúen dentro de normas universalmente establecidas y que procedan con la debida diligencia en el cuidado de los pacientes.

Para que el ejercicio médico se encuentre dentro de la ley debe poseer toda una serie de requisitos[43].

Las facultades de medicina legalmente reconocidas que determinen el grado de cada médico, deben reportarlo ante el gobierno con todos los datos necesarios (Decreto 1465 de 1992) .

En nuestro país se especifica que la medicina la pueden ejercer, además de los graduados universitarios colombianos, quienes hayan obtenido su grado en países con los cuales existan tratados o convenios sobre reciprocidad de títulos universitarios, los colombianos graduados en el exterior en facultades reconocidas por la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina y los extranjeros que obtengan la autorización

---

42 -Guzmán F, Franci E, Saavedra E. Responsablidad ético médica disciplinaria. U Libre. Bogotá 2006

43 - Cada país forma a sus profesionales de acuerdo con las necesidades sociales del momento, las normas internacionales de excelencia académica y los recursos disponibles. El título universitario implica una presunción de aptitud, de formación aceptada, de competencia intelectual específica.

Solamente pueden ejercer la medicina los profesionales universitarios graduados en facultades reconocidas por la ley colombiana o aquellos graduados en el extranjero y cuyo título sea revalidado ante las autoridades del país.

para ejercer por parte del gobierno colombiano. En la misma forma, se autoriza permiso transitorio a profesores de reconocido prestigio internacional de paso por el país (previa solicitud de alguna sociedad o institución científica reconocida) y a personal extranjero contratado para investigaciones o funciones específicas.

La idea del 'monopolio médico' exclusivo de los profesionales intenta proteger a los miembros de la sociedad del riesgo del ejercicio por parte de personas sin la debida formación académica y científica. Si el acto médico puede solamente ser ejercido por el profesional universitario legalmente reconocido, cualquiera que practique actividades de diagnóstico, pronóstico, tratamiento, rehabilitación o similares, sin cumplir esta exigencia, esta ejerciendo la medicina en forma ilegal .

El médico deberá emplear solamente aquellos métodos aceptados por la profesión y la sociedad con base en la Lex Artis

Lo anterior quiere significar que, de acuerdo con el artículo 29-3 del Código Penal Colombiano, cuando se produzca una lesión a un bien jurídico en el curso del ejercicio de una actividad lícita, si se actúa con base en normas de conducta definidas y a través de una acción cuidadosa, perita y diligente, no se quebranta la estructura jurídica y, por lo tanto, no se constituye en delito. Estos posibles daños inculpables, configuran los trastornos de tipo iatrogénico, previsible y social y científicamente aceptable, distinta de la malpraxis o mala práctica y, por tanto, no sujeta a consecuencias jurídicas si se efectúa dentro de la Lex Artis.

Ahora bien, el artículo 7 de la Ley 23 de 1981, en su literal a), excusa al médico de la obligación general de prestar asistencia, cuando "el caso no corresponda a su especialidad". Esto es comprensible, según lo hemos visto, porque aun cuando se posea un título universitario que lo autorice a ejercer sin restricciones, su sentido ético le indicará muchas veces que, debido a las especiales circunstancias del caso, hará mejor en remitir al paciente a un colega que domine el campo específico .

De modo que siendo un imperativo ético rehusar la atención siempre que exista la posibilidad de que un colega, verdadero especialista en el campo determinado que involucre la enfermedad del paciente, se encargue del asunto, el no hacerlo implica la asunción de la responsabilidad por el fracaso. Por otro lado, si se encuentra suficientemente capacitado, su actividad será la de un experto y no habrá de temer por acusaciones de incompetencia, llamada técnicamente culpa por impericia.

Como puede inferirse, no basta con exhibir un título genérico de idoneidad, cuando las circunstancias habrían ameritado y permitido que el paciente fuera puesto en

manos de un especialista. A contrario sensu, puede descartarse sin mayor análisis la pretensa responsabilidad de quien, en situación crítica, no ha tenido más alternativa y ha debido aceptar el reto que la enfermedad o la muerte de su semejante le imponen, consciente de su poco saber o experiencia. Esta excepción al deber general de cuidado interno, funciona exclusivamente como eso: como excepción .

X- LA LEX ARTIS EN MEDICINA[44]

De las cuatro características principales que distinguen al acto médico (profesionalidad, ejecución típica, licitud y Lex Artis), la práctica de la medicina, mirada desde la Lex Artis merece un especial análisis, por la sutileza de sus principios en un mundo científico en permanente cambio.

La sociedad, que a través de sus autoridades académicas y políticas otorga un título profesional, supone la competencia de quien lo recibe y lo encuadra dentro de un régimen general de responsabilidad, pero siempre teniendo en cuenta las condiciones propias de su profesión y oficio. El profesional de la medicina, al igual que los de otras ramas del conocimiento (ingenieros, abogados, arquitectos, etc.), posee una compleja estructura teórica que se integra y asimila luego de muchos años de observaciones y estudios. Esta estructura teórica debe plasmarse en resultados concretos a través del manejo de técnicas especiales. Y quien aplica estas técnicas lo hace imprimiendo su sello personal, su característica individual. Estos tres aspectos integran el ejercicio médico: ciencia, técnica y arte.

La locución latina Lex Artis, literalmente 'ley del arte' o regla de la técnica de actuación de la profesión de que se trata, ha sido empleada para referirse a aquella evaluación sobre si el acto ejecutado se ajusta a las normas de excelencia del momento. Por lo tanto, se juzga el tipo de actuación y el resultado obtenido, teniendo en cuenta las características especiales de quien lo ejerce, el estado de desarrollo del área profesional de la cual se trate, la complejidad del acto médico, la disponibilidad de elementos, el contexto económico del momento y las circunstancias específicas de cada enfermedad y cada paciente.

Dentro de la medicina existen actos de distinta complejidad. No es lo mismo un acto diagnóstico que uno quirúrgico. No es lo mismo formular un analgésico que prácticar una transfusión sanguínea. Dentro de esta óptica, en la evaluación del acto médico, deben tenerse en consideración la mayor parte de variables que inciden en

44 - Tribunal Nacional de Ética Médica. Providencia 58-2009. Magistrado Ponente Dr Fernando Guzmán

la consecución de un resultado, particularmente la complejidad del acto en sí, la gravedad del enfermo sobre quien se ejecuta el acto, la disponibilidad de recursos técnicos y humanos, y la preparación de quien ejerce.

La Lex Artis tiene en cuenta la actuación y el resultado. Se basa en el cúmulo de conocimientos de la profesión en el momento en el cual se juzga o evalúa la acción médica y lo que con ella se obtiene .

En resumen, la Lex Artis orienta a través de una serie de normas técnicas y procedimientos que pueden aplicarse en situaciones similares. Debido a la diferencia entre las personas, se establece por analogía y su evaluación corresponde a quienes conocen la profesión con mayor profundidad: los mismos médicos.

La Lex Artis es experiencia, es estudio, es actualización periódica. Para abordar su esencia debemos ubicarnos en contextos históricos y sociales determinados. En medicina, se aprende de los casos clínicos, de la investigación, del contacto con otros médicos y, sobre todo, de la experiencia críticamente dirigida, la cual llega a ser acumulativa .

XI- RIESGOS DEL TRATAMIENTO Y LEX ARTIS

La medicina es por esencia una carrera humanística y de servicio. Su definición se encuentra consagrada en la Ley de Ética Médica. En general, la medicina tiene uno de tres objetivos: detener la muerte, mejorar la calidad de vida o rehabilitar al enfermo. Por esto, mostrar las alternativas a los enfermos es esencial, incluida la búsqueda del mejor momento para intervenir. En esencia, lo moralmente bueno es la 'buena voluntad'. Con ello no quiere decir que baste solamente con una buena intención, pues además se requiere colocar todos los medios posibles para que lo bueno tenga efecto.

Los riesgos del tratamiento pueden ser: usuales o esperados y poco usuales o no esperados. Los primeros son los que pueden presentarse como complicación del procedimiento en sí mismo. Los últimos constituyen complicaciones inesperadas .
Contando con el consentimiento del paciente, que previamente debe haber recibido toda la información necesaria, el médico está asumiendo junto al paciente un riesgo calculado al iniciar una terapia o una intervención quirúrgica y ese riesgo previsto, sólo gracias a su capacidad profesional, podrá ser superado con aproximación científica que únicamente habrán de variar circunstancias externas ajenas o internas del organismo enfermo. Una evaluación cuidadosa del paciente, en sus aspectos físico y emocional, de las condiciones del medio, del efecto estadístico probado de los medicamentos que piensan emplearse, sin olvidar jamás el auto examen sobre

las condiciones personales y profesionales propias, son exigencias para el cálculo del riesgo terapéutico o quirúrgico. Un excelente cirujano, que por el acaecimiento de un suceso particular o por el transcurso del tiempo ve alteradas sus condiciones de motricidad fina, cometería una irresponsabilidad si no incluyera esa estimación del estado físico de su propia persona en la valoración del riesgo[45].

El consentimiento del paciente por sí solo no exime al médico de responsabilidad por daños ocasionados al organismo del enfermo en su salud. La firma del consentimiento, por lo tanto, no equivale a una exoneración del médico, pues ante la ley se estaría renunciando a algo a lo que no se puede renunciar, como lo es el derecho a la salud y la integridad del organismo. Sin embargo, al haberse calculado el riesgo previsto, los efectos secundarios del tratamiento y los riesgos que se pueden correr con el mismo, con base en estudios previos de literatura médica y en la experiencia del mismo médico tratante, se excluye la culpa por negligencia .

El ilustre cirujano renacentista Ambrosio Paré, fue uno de los que rompió paradigmas médicos considerados hasta entonces como inamovibles. Sin embargo, pese a hallarse en ese momento en la posición de privilegio más alta de Francia, al tener que apartarse de la ortodoxia médica y quirúrgica, lo hizo con gran cautela, con miedo reverente a la ley y dispuesto a afrontar las consecuencias que de sus actos se derivaran, aún encontrándose en estado de necesidad. Veamos lo que dicen sus propias palabras[46].

"...En aquel tiempo yo era un soldado bisoño, que jamás había visto la primera cura de las heridas por arma de fuego. Es cierto que había leído en Jean da Vigo, Primer libro...que las heridas producidas por arma de fuego resultaban venenosas, a causa de la pólvora, y para su cura él mandaba cauterizarlas con aceite de sauco caliente hasta escaldar, en el que debería mezclarse una pequeña triaca, y a fin de no equivocarme antes de utilizar dicho aceite, sabiendo que tal cosa podría ocasionar gran dolor al paciente, quise primero saber que hacían en la primera cura otros cirujanos, ...y de ellos tome valor para hacerlo como ellos lo hacían. Finalmente, me falto aceite y me vi obligado a aplicar en su lugar un digestivo hecho con yemas de huevo, aceite de

---

45 - La ley fija unos parámetros para darle validez al acto jurídico:
1-El consentimiento solo puede ser otorgado por personas mayores de edad. El de los menores genera actos nulos (relativamente nulos o absolutamente nulos, dependiendo de la edad misma).
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 nulo o viciado de nulidad.
4-Debe existir concordancia entre lo querido y lo aceptado. Por lo anterior, el engaño y el error vician el consentimiento.
Tribunal Nacional de Ética Medica. Providencia No. 59-2010. Magistrado ponente : Fernando Guzmán Mora
46 - Guzmán F.Los conflictos derivados del acto medico y las propuestas de solución en Latinoamerica. El caso Colombia. Revista CONAMED, Vol. 7, Núm. 2, abril - junio, p 59. México 2002

rosas y terebinto. Aquella noche no pude dormir a placer temiendo que por la falta de buena cauterización encontraría muertos o envenenados a los heridos a quienes no había podido poner el mencionado aceite, lo que me hizo levantarme muy temprano para visitarlos; mas allá de mi esperanza, encontré que aquellos a quienes había puesto el medicamento digestivo sentían poco dolor y sus heridas sin inflamación ni tumefacción, habiendo descansado bastante bien durante toda la noche; los otros, a quienes había aplicado el citado aceite hirviendo, los encontré con fiebre, grandes dolores y tumefacción en torno a sus heridas. Entonces resolví para mi mismo, no quemar nunca más tan cruelmente a los heridos por arcabuzazos..."[47]

XII- CONSENTIMIENTO PARA EL RIESGO

El paciente debe manifestar su consentimiento, bien sea de manera personal o a través de la persona que tenga su representación legal o que le sea más allegada, en los casos en que no pueda hacerlo directamente (minoridad, inconsciencia, alteración mental). Este consentimiento, otorgado para el acto médico, será valido en la medida en que se obtenga de una persona bien informada.

El médico tiene la obligación de mantener al paciente permanentemente informado y la información debe ser completa y precisa, siempre que sea posible darla. Habrá eventos en los cuales el médico, según prudente juicio, mejor deba abstenerse de dar una información que lleve al paciente a un estado físico o mental peor de aquel en que se encuentra. Pero si necesita la autorización del enfermo o de sus familiares para proceder clínicamente, está en la obligación insoslayable de advertir el riesgo previsto, so pena de responder por él (artículo 16, Ley 23 de 1981).

Esta obligación deriva, claramente, del principio de libertad que hace de los actos del ser humano una manifestación de su soberana determinación personal. La autonomía que consagra y ampara la Constitución Política de Colombia como desprendimiento de esa libertad (artículos 13, 16 y 28), está implícita en las decisiones de quien se somete a un tratamiento médico.

Incluso, como se ha recordado por la Corte Constitucional, cuando esas decisiones "se toman de manera imprudente o en perjuicio de la salud. Esta perspectiva considera peligrosa la posibilidad de reservar un derecho de intervención en aquellos eventos en los cuales el médico piensa que el paciente ha tomado la opción equivocada. El principio de autonomía permanece incólume aun cuando la persona elige de manera consciente un camino que no conduce al beneficio de su mejor interés.

---

47 - https://lanaveva.wordpress.com/2009/11/14/avance-de-la-cirugia-en-el-renacimiento-con-ambroise-pare/

Esto es lo que en filosofía se conoce como 'voluntad débil'. El derecho de los fumadores, por ejemplo, se funda en este tipo de justificación. No obstante la certeza del mal que produce el consumo del cigarrillo, se supone que el valor de la autonomía está por encima del perjuicio que pueda derivarse de la opción escogida." (Sentencia T- 401/94)

En esta forma se entiende que ante el riesgo, más o menos grande, que entraña toda intervención médica, corresponde al paciente, y no al médico, tomar la decisión y asumirlo. Si el paciente no está de acuerdo con la opción que el médico le presenta, puede elegir libremente a otro profesional que se haga cargo del asunto. Si el paciente propone o escoge una opción con la que el médico tratante no convenga, puede retirarse del tratamiento, como lo autoriza el artículo 7 de la Ley 23 de 1981[48].

XIII- APLICABILIDAD DEL CONCEPTO DE IMPUTACIÓN OBJETIVA PENAL EN LA ACTIVIDAD MEDICA

Nuestro ordenamiento penal ha determinado expresamente en una de sus normas rectoras la proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva. Y esto aplica, sin duda alguna, a la actividad médica.

En épocas anteriores, se castigaba al médico simplemente por el hecho de haberse producido un daño. 2.000 años antes de nuestra era, en el ordenamiento penal más antiguo de que se tenga noticia, se establecía: "Si el paciente, operado de la herida grave o del ojo, muere o pierde el ojo, se le cortarán las manos al médico" (Código de Hammurabi). Es decir, únicamente por el hecho de producirse un resultado dañino, el médico debía responder. Es lo que se entiende por "responsabilidad objetiva".

Obviamente el desarrollo de la cultura ha ido dando paso al principio de la responsabilidad subjetiva para castigar al hombre únicamente en el evento de que pueda demostrarse que incurrió en una falta de atención no excusable. Ese elemento interno, ese querer, esa voluntad de hacer o no hacer, que dirige la conducta, es la base de la responsabilidad penal en nuestro Derecho. Sin el nexo psicológico entre lo realizado con voluntad y el daño causado, no es posible estructurar un juicio de reproche.

Uno de los problemas del derecho Penal consiste en cómo poder imputar el resultado de una conducta a quien la efectúa. Los principios de causalidad son el fundamento mismo de las teorías de la conducta.

---

48 - Ley 23 de 1981

El artículo 9 de la Ley 599 dice:

Conducta punible. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado. Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad.

El acápite más importante al respecto es: "La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado".

Existen dos tendencias: La de Roxin en Munich, de corte moderado. Y la de Jakobs en Bonn, más radical en sus planteamientos. Roxin aplica la imputación objetiva a la estructura dogmática del delito: Conducta Típica, Antijurídica y Culpable, preservando los bienes jurídicos tal y como se encuentran en las normas vigentes. Jakobs hace variar la dogmática de raíz al considerar que el bien jurídicamente tutelado es la norma en sí, siendo la función del estado la defensa de la norma y no de los bienes jurídicas individuales. Es decir, a la Conducta típica, antijurídica y culpable, le hace falta el elemento creación del riesgo y que esa creación sea desaprobada por el derecho penal.

El riesgo jurídicamente prohibido es un elemento más del injusto penal. Se maneja en el aspecto de la tipicidad. Si no hay tipicidad no se puede estructurar una conducta punible como tal. (Sentencia 36842 hcsj)

i) Imputación objetiva y acciones a propio riesgo o autopuesta en peligro

Según el artículo 9º del Código Penal, "la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado", de lo cual se deduce la necesidad de acudir a criterios adicionales para considerar realizados los tipos de resultado descritos en la parte general de dicho estatuto.

Pues bien, la teoría de la imputación objetiva permite determinar los eventos en los cuales una acción causal puede ser considerada típica, pues para esta corriente doctrinal aunque el nexo causal constituye presupuesto esencial de toda imputación, no es suficiente para considerar realizado el tipo objetivo porque, adicionalmente, se requiere, i) que el agente haya creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por el riesgo permitido, ii) que se concrete el resultado y, iii) que no se haya materializado una acción a propio riesgo o autopuesta en peligro .

En efecto, se parte de considerar la existencia de una serie de actividades cotidianas que aunque generan riesgos jurídicamente relevantes deben ser permitidas, siempre y cuando se respeten las reglas de cuidado previstas en la ley o el reglamento, a efectos de garantizar la convivencia social, verbi gratia, el tráfico automovilístico, aéreo, marítimo, las actividades deportivas, las intervenciones médicas, entre otras.

A la par con las conductas riesgosas permitidas por el ordenamiento jurídico para garantizar el normal funcionamiento de la colectividad, existen otras acciones que, acorde con la teoría citada, no son imputables al tipo objetivo , así:

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

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

c) Igualmente, falta la creación del riesgo desaprobado cuando alguien sólo ha participado con respecto a la conducta de otro en una acción a propio riesgo, como la denomina Jakobs , o una autopuesta en peligro dolosa, como la llama Roxin ".

En cuanto a la autopuesta en peligro, ésta se concreta cuando, i) el agente se pone en riesgo a sí mismo o ii) cuando, con plena conciencia de la situación, se deja poner en dicha situación por otra persona, eventos en los cuales no puede imputarse al tercero el tipo objetivo porque quien conscientemente se expone a un acontecer amenazante se hace responsable de las consecuencias de su propia actuación.

XIV- POSICIÓN DE GARANTE[49]

49 - Sentencia SU.1184/01. Referencia: expediente: T-282730. Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
La jurisprudencia de la Corte no ha considerado de manera expresa el tema de las conductas omisivas. Aunque ellas deben estar sujetas a las mismas condiciones fijadas en la sentencia C-358 de 1997, que constituye doctrina obligatoria en la materia, la Corporación estima necesario despejar cualquier duda sobre el punto.

...

12. La dogmática naturalista del siglo XVIII en materia penal, trató de edificar el delito de omisión sobre la base de los elementos característicos del delito de comisión. Con fundamento en el derecho liberal que surge después de la revolución francesa, Feurbach encontró que la "obligación originaria" de todo ciudadano estaba constituida por prohibiciones: no realizar conductas que pudieran ocasionar daño a terceros. Los mandatos – la obligación de realizar determinados comportamientos orientados a proteger bienes jurídicos – tenían una naturaleza excepcional, porque en principio no se tiene el deber de iniciar acciones de salvamento a favor de otra persona. Para que ello ocurra, se requiere un "deber jurídico especial" que obligue a la evitación de determinados resultados. Los juristas del siglo XIX lo encontraron inicialmente en la ley y el contrato. Posteriormente le agregaron la injerencia (el comportamiento peligroso anterior) y las estrechas comunidades de vida. Este enfoque se caracterizó por el estudio de las fuentes formales; es decir, por determinar donde nacen los deberes jurídicos de evitación del resultado, mas no por precisar su fundamento.

13. El énfasis hacia el estudio material de las posiciones de garante es una tarea del siglo XX, que tuvo su máximo exponente en la llamada teoría de las funciones: es la posición que ocupe el sujeto en la sociedad, independientemente del reconocimiento expreso del deber de actuar en una ley, lo que fundamenta la obligación de evitar determinados resultados. Si bien el concepto de garante, como criterio básico de equivalencia entre la acción y la omisión se debe a Nagler (1938), el principal representante de un criterio material fue Armin Kaufmann. Para él, la posición del sujeto con respecto al control de fuentes de peligro (garantes de vigilancia) o frente a bienes jurídicos que debe defender ante ciertos peligros que los amenace (garantes de protección) determina la posición de garante.

14. El moderno derecho penal de orientación normativista, se caracteriza por el abandono de los criterios con base en los cuales la dogmática naturalista del siglo XIX -predominante hasta la década de 1980 en el siglo XX- edificó la teoría del delito: causalidad, evitabilidad y dolo. Actualmente, el juicio de imputación se fundamenta en la delimitación de ámbitos de competencia: sólo se responde por las conductas o resultados que debo desarrollar o evitar en virtud de los deberes que surgen de mi ámbito de responsabilidad y que se desprenden de los alcances de la posición de garante. Lo demás –salvo los deberes generales de solidaridad que sirven de sustento a la omisión de socorro- no le concierne al sujeto, no es de su incumbencia.

Desde esta perspectiva, el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano.

...

15. En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber:

1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de deberes de seguridad en el tráfico, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja- surgen los

llamados deberes de salvamento, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por asunción de una función se seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro.

Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son deberes negativos porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás. 2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo amenacen, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso.

Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de deberes positivos, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos.

16. En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante.

Interesa si el sujeto originó un curso causal (acción) o no impidió el desarrollo del mismo (omisión), sino, si ha cumplido con los deberes de seguridad que le impone el ejercicio de una actividad peligrosa. Vg. Si alguien maneja una represa y el agua se desborda ocasionándole daño a una población, en el juicio de imputación lo sustancial no es si el operario abrió la compuerta mas de lo debido (acción) o simplemente no la cerró a tiempo (omisión); lo fundamental es si cumplió o no con los deberes de seguridad que surgían del control de una fuente de peligro. Lo mismo acontece, cuando en virtud de relaciones institucionales se tiene el deber de resguardar un determinado bien jurídico contra determinados riesgos. El padre de familia incumple sus deberes de protección frente a su hijo, no sólo cuando entrega el arma homicida, también lo hace cuando no evita que un tercero le ocasione una lesión mortal. En la actualidad, se afirma que la técnica moderna y el sistema social, hacen intercambiables la acción y la omisión. Günther Jakobs ha demostrado que todos los problemas del delito de omisión son trasladables a la acción. Hay conductas activas, socialmente adecuadas, que se convierten en un riesgo jurídicamente desaprobado cuando la persona tiene una posición de garante. Ejemplo: es socialmente adecuado apagar la luz del portón de una casa (acción) aun cuando sea probable que un peatón puede tropezar en la oscuridad; pero se convierte en un comportamiento prohibido (apagar la luz) si el propietario ha realizado una construcción frente a ella, porque al crear una fuente de peligro aparecen deberes de seguridad en el tráfico: alumbrar la obra para que nadie colisione con ella.

La posición de garante hace referencia a los delitos de omisión, haciendo referencia a aquellas personas que tienen un deber jurídico especifico de evitar ciertos resultados lesivos en determinados grupos de personas que han sido puestas bajo su cuidado

Este aspecto se puede considerar desde dos puntos de vista: Control de las fuentes de peligro (vigilancia) y defensa de bienes jurídicos consagrados en la Ley, los cuales deben ser defendidos (Protección).

Al omitir estos dos deberes se crea una situación de peligro la cual, sumada a la negligencia o al dolo del encargado de proteger esas personas, eleva el riesgo y ocasiona un daño[50].

La Corte suprema de Justicia la define en la siguiente forma[51].

Posición de garante es la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable.

...

En sentido restringido, viola la posición de garante quien estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido. Es el concepto que vincula el fenómeno estudiado con los denominados delitos de comisión por omisión, impropios de omisión o impuros de omisión.

En sentido amplio, es la situación general en que se encuentra una persona que tiene el deber de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad. Desde este punto de vista, es indiferente que obre por acción o por omisión, pues lo nuclear es que vulnera la posición de garante quien se comporta en contra de aquello que se espera de ella, porque defrauda las expectativas…"

---

50 - La misma providencia de Montealegre inckuye aspectos históricos importantes, como el siguiente: "...El derecho penal internacional consuetudinario, desde el famoso caso Yamashita, en el cual se condenó en 1945 a un general del ejercito Japonés por "... omitir ilícitamente y faltar a su deber como comandante de controlar las operaciones de los miembros bajo su mando, permitiéndoles cometer atrocidades brutales y otros crímenes graves contra la población de Estados Unidos, de sus aliados y dependencias, particularmente las Filipinas...", ha venido reconociendo que el miembro de la fuerza pública que ostenta autoridad o mando debe adoptar medidas especiales para evitar que las personas que se encuentren bajo su efectivo control o subordinación, realicen conductas violatorias de los derechos humanos. Jurisprudencia que se ha reiterado en los diversos Tribunales Penales Internacionales, desde Núremberg hasta los ad-hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda. Doctrina que se plasmó normativamente en el art. 28 del Estatuto de Roma…"

51 - Providencia 25.536 DE 2006. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. MAGISTRADO PONENTE: ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

El autor ecuatoriano Giovani Criollo Mayorga determina en un escrito reciente:

La doctrina ha establecido que los delitos de comisión por omisión son delitos especiales en atención a que el autor de la infracción u omitente debe encontrarse en una particular situación denominada "posición de garante", tomando en consideración la estrecha relación jurídica del omitente con el bien jurídico lesionado o puesto en peligro. "Los conceptos simples de delito especial se caracterizan por definirlo como aquella clase de tipo penal que se distingue por que en ellos se describe una conducta que sólo es punible a título de autor si es realizada por ciertos sujetos que posean ciertas condiciones especiales que requiere la ley" . Jakobs manifiesta en relación con los delitos de omisión que "Si en los delitos de comisión solo pueden ser autores determinadas personas (precisión terminológica: también quien omite típicamente se suele llamar autor (Täter) aunque precisamente no haga –Tut- nada que realice el tipo); ello reza también para la omisión impropia…." … "El autor del delito de omisión solo pude serlo el titular de un deber de responder de que se evite el resultado (deber de garante)."[52] [53]

---

52 - http://giovanicriollomayorga.blogspot.com/2009/07/la-posicion-de-garante-en-los-delitos.html

53 - Continúa expresando el doctrinante del hermano país: En relación a lo que se refiere al concepto de la posición de garante, es menester anotar varias definiciones dadas por varios tratadistas importantísimos, así tenemos:

FRANCISCO MUÑOZ CONDE: manifiesta: "Es preciso además, que este sujeto tenga la obligación de tratar de impedir la producción del resultado en virtud de determinados deberes cuyo cumplimiento ha asumido o le incumben en razón de su cargo o profesión. Esta obligación especial, convierte al sujeto en garante de que no se produzca el resultado, de ahí el nombre de posición de garante….sólo aquellas personas que tienen una especial vinculación con el bien jurídico protegido pueden ser consideradas garantes de la integridad de ese bien jurídico. Así, por ejemplo, la madre del recién nacido tiene especial obligación de alimentarlo para que no muera; el médico tiene la obligación de atender al accidentado y procurar salvarlo; el que maneja una sustancia explosiva tiene la obligación de evitar que se produzca una explosión o incendio, etc. En estos casos, la omisión de la acción esperada no fundamenta un simple delito de omisión pura, sino, en la medida en que el resultado se produzca, una comisión de un resultado por omisión. La razón de ello está en que tanto un precepto legal, como el ejercicio de una determinada profesión o el manejo de una fuente de peligros, imponen a determinadas personas la obligación de impedir que se produzca un resultado lesivo."

ENRIQUE BACIGALUPO, al respecto dice: "La posición de garante contiene el elemento decisivo de la autoría, que convierte a aquellos que omiten impedir un resultado en autores de la omisión en el sentido del tipo de un mandato de garantía equivalente al delito comisivo. Dicho con otras palabras; la posición de garante es el fundamento del deber cuya infracción determina la equivalencia entre el comportamiento típico activo y la no evitación del resultado. De esta manera tuvieron entrada en la posición de garante los deberes ético – sociales (pero no los meramente morales)."

"La persona que se encuentre en esa posición estrecha de vinculación con el bien jurídico es denominada garante."…. "¿Cuándo se da la estrecha relación entre el omitente y el bien jurídico que caracteriza la posición de garante? Se distinguen dos situaciones diversas: cuando el omitente tiene a su cargo el cuidado de una fuente de peligro frente a la generalidad de los bienes jurídicos y cuando tiene a su cargo el cuidado de un bien jurídico frente a los peligros que puedan amenazarlo."

RAÚL EUGENIO ZAFFARONNI determina que "La Garantenstellung es una teoría que fue primitivamente concebida como un componente no escrito añadido al tipo de comisión, porque se consideraba que la omisión impropia era violatoria de una norma prohibitiva, habiendo sido el merito de la doctrina posterior asentar lo contrario, o sea, que las omisiones siempre violan mandatos normativos, observándose con razón que, toda vez que se requiere este elemento, ya el tipo es otro: pasa a ser un tipo de mandato de garante. El criterio aquí sostenido respecto de los impropios delitos de omisión, es el que abandona la posición que los consideraba como una subespecie o apéndice de los delitos de comisión, para tratarlo conjuntamente con los delitos omisivos, como

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

• INSTITUCIONAL Normalmente existe en el funcionamiento social una serie de normas perfectamente establecidas. Y esto es aplicable a las instituciones de cualquier tipo que existen en la estructura del estado. Una persona que pertenezca a una de esas instituciones se encuentra en posición de garante respecto de los miembros de esa institución. El ejemplo más elemental es la Familia: Cada uno de sus miembros es garante de la integridad de los demás. El padre es garante de los hijos y de la esposa. Esta es garante de su marido y sus hijos. Y los hijos lo son de los padres. En la misma forma, un jefe es garante del subalterno, como también lo es el subalterno de su respectivo superior. Es el simple enunciado centenario de "amar al prójimo como a sí mismo", pero colocado a nivel de consideración jurídica para vivir en sociedad.

---

una categoría delictiva estructural independiente, introduciendo la distinción entre las omisiones de cualquiera y las omisiones de los garantes."

JESÚS GÓMEZ LÓPEZ, establece que "El elemento más característico de la omisión impropia es precisamente el sujeto activo en posición de garante, el cual se encuentra determinado en otras normas complementarias al tipo penal y que por lo mismo obran como elementos de reenvío. La posición de garante se encuentra constituida por el conjunto de circunstancias y condiciones que hacen que jurídicamente una persona esté particularmente obligada a proteger un bien jurídico de un riesgo o a supervigilar su indemnidad con relación a ciertas fuentes de peligro; estas circunstancias específicas hacen para el derecho, que quien omite salvaguardar el bien sea asimilado a autor del hecho punible o a partícipe del mismo."

Finalmente quiero transcribir aquí la definición dada por el Corte Suprema de Justicia de Colombia que manifiesta lo siguiente: "Posición de garante es la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable. Cuando quien tiene esa obligación la incumple, y con ello hace surgir un evento lesivo que podía ser impedido, abandona la posición de garante.

En sentido restringido, viola la posición de garante quien estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido. Es el concepto que vincula el fenómeno estudiado con los denominados delitos de comisión por omisión, impropios de omisión o impuros de omisión. En sentido amplio, es la situación general en que se encuentra una persona que tiene el deber de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad. Desde este punto de vista, es indiferente que obre por acción o por omisión, pues lo nuclear es que vulnera la posición de garante quien se comporta en contra de aquello que se espera de ella, porque defrauda las expectativas."

Como hemos podido advertir la Corte Suprema de Justicia de Colombia nos trae una definición que a nuestro modesto criterio es importantísima y que resume, de cierta forma, las explicaciones anotadas, sobre la posición de garante, dada por los tratadistas referidos, aunque es necesario determinar, por supuesto, que al final de dicha conceptualización, se adscribe al funcionalismo del Profesor Jakobs, porque en ella se establece el elemento de la "defraudación de expectativas".

• ORGANIZACIONAL. También se está en posición de garante de manera individual. Y esto es más cierto cuando una persona maneja una fuente de riesgo., pues es garante de la fuente de riesgo y de los miembros de la sociedad que resulten afectados por su falta de control del mismo. Ejemplos de lo anterior son el responsable de la señalización de los trenes, el controlador aéreo, la persona a cargo de los explosivos de una guarnición y el médico en muchas situaciones. En casos extremos, como cuando se pierden sustancias explosivas, quien estaba a cargo de las mismas responde no solamente por ellas, sino por las acciones que con ellas se lleven a cabo, muchas veces a título de partícipe.

Dice la Sentencia mencionada[54]

"…La imputación de una conducta o un resultado en derecho penal, depende del ámbito de competencia a que corresponda su protección. Para su delimitación (la del ámbito de competencia) hay que precisar en primer lugar (1) cuál es la posición de garantía que tiene el sujeto (si esta se origina en la creación de riesgos o en roles institucionales) y cuáles son los deberes que surgen de ella. Establecido este elemento, (2) hay cuatro que sirven para concretar el juicio de imputación : i) el riesgo permitido que autoriza la creación de peligros dentro de los límites que la sociedad va tolerando en virtud de las necesidades de desarrollo, ii) el principio de confianza, indispensable para que pueda darse una división del trabajo y que le permite al sujeto delegar ciertas tareas sobre la base de que los demás son personas autorresponsables que cumplirán con la expectativas que surgen de una determinada función, iii) la acciones a propio riesgo, en las cuales se imputa a la víctima las conductas que son producto de la violación de sus deberes de autoprotección y iv) la prohibición de regreso, según la cual, el favorecimiento de conductas dolosas o culposas por un tercero, no le son imputables a quien las hubiere facilitado dentro del riesgo permitido. Demostrada la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, se requiere además (3) una realización del riesgo. Es decir, que el mismo riesgo creado para el sujeto sea el que se concrete en la producción del resultado. Criterios como el fin de protección de la norma de diligencia, la elevación del riesgo y el comportamiento doloso o gravemente imprudente de la víctima o un tercero, sirven para saber cuando se trata de la misma relación de riesgo y no de otra con distinto origen, no atribuible a quien ha creado inicialmente el peligro desaprobado.[55]

XV- SOLIDARIDAD

Es un valor jurídico, una norma de conducta ética y una de las más importantes reglas

54 - Idem. Sentencia SU.1184/01.
55 - Sentencia SU.1184/01. Referencia: expediente: T-282730. Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

de convivencia, pues es la base del Estado Social de Derecho y tiene una estrecha unión con la justicia y el bien común.

Es la disposición permanente en interesarse por los demás sin ninguna razón diferente a prestar ayuda cuando sea necesaria

Va de la mano con el concepto de compasión humana.

En reciente sentencia del Tribunal Nacional de Ética Médica se expresó:

"…No parece coherente, en caso de haber ocurrido, el inadecuado trato del paciente con una criatura de apenas tres años, hemofílica desde el comienzo de su vida, con los principios que deben ser salvaguardados en un acto médico. Y esto no solo incluye el maltrato del cual ha sido acusado y su ausencia de peso como prueba contundente en contra del investigado, gracias al principio de la duda en favor del reo. También incluye la consignación defectuosa de los datos o la ausencia prácticamente total de los mismos en la inexistente historia clínica elaborada por el médico LOZANO ANGARITA respecto de delicado paciente que es puesto bajo su cuidado.

Cualquiera sea la razón bajo la cual se escude el acusado, es una conducta de reprochable negligencia el no consignar los datos mínimos de una criatura que padece hemofilia y que llega con un cuadro clínico como el que afectó a este niño.

Respecto de la compasión humano, acudimos (Como en otras providencias al autor Leonardo Boff, quien expresa.

"… Tres escenas aterradoras, el terremoto en Japón, seguido de un tsunami devastador, la pérdida de gases radioactivos de las centrales nucleares afectadas, y los deslizamientos de tierras ocurridos en las ciudades serranas de Río de Janeiro, sin duda han provocado en nosotros dos actitudes: compasión y solidaridad.

Primero irrumpe la compasión. Ente las virtudes humanas, tal vez sea la más humana de todas, porque no solo nos abre al otro como expresión de amor dolorido, sino al otro más victimado y mortificado. Poco importa la ideología, la religión, el estatus social y cultural de las personas. La compasión anula esas diferencias y hace que tendamos las manos a las víctimas. Quedarnos cínicamente indiferentes demuestra una suprema inhumanidad que nos transforma en enemigos de nuestra propia humanidad. Delante de la desgracia del otro no hay modo de no ser los samaritanos compasivos de la parábola bíblica.

La compasión implica asumir la pasión del otro. Es trasladarse al lugar del otro para estar a su lado, para sufrir con él, para llorar con él, para sentir con él el corazón destrozado. Tal vez no tengamos nada que darle y las palabras se nos mueran en la garganta, pero lo importante es estar a su lado y no permitir que sufra solo. Aunque estemos a miles de kilómetros de distancia de nuestros hermanos y hermanas de Japón o cerca de nuestros vecinos de las ciudades serranas cariocas, su padecimiento es nuestro padecimiento, su desespero es nuestro desespero, los gritos desgarradores que lanzan al cielo preguntando: ¿por qué, Dios mío, por qué?, son nuestros gritos desgarradores. Y compartimos el mismo dolor de no recibir ninguna explicación razonable. Y aunque la hubiera, no anularía la devastación, no levantaría las casas destruidas, ni resucitaría a los seres queridos fallecidos, especialmente a los niños inocentes.

La compasión tiene algo de singular: no exige ninguna reflexión previa, ni argumento que la fundamente. Ella simplemente se nos impone porque somos esencialmente seres compasivos. La compasión refuta por sí misma la noción del biólogo Richard Dawkins del «gene egoísta». O el presupuesto de Charles Darwin de que la competición y el triunfo del más fuerte regirían la dinámica de la evolución. Al contrario: no existen genes solitarios, todos están ínter-retro-conectados y nosotros humanos formamos parte de incontables tejidos de relaciones que nos hacen seres de cooperación y de solidaridad.

Cada vez más científicos provenientes de la mecánica cuántica, de la astrofísica y de la bioantropología sostienen la tesis de que la ley suprema del proceso cosmogénico es el entrelazamiento de todos con todos y no la competición que excluye. El sutil equilibrio de la Tierra, considerada como un superorganismo que se auto-regula, requiere la cooperación de un sinnúmero de factores que interactúan unos con otros, con las energías del universo, con la atmósfera, con la biosfera y con el propio sistema-Tierra. Esta cooperación es responsable de su equilibrio, ahora perturbado por la excesiva presión que nuestra sociedad consumista y derrochadora hace sobre todos los ecosistemas y que se manifiesta por la crisis ecológica generalizada.

En la compasión se da el encuentro de todas las religiones, del Oriente y del Occidente, de todas las éticas, de todas las filosofías y de todas las culturas. En el centro está la dignidad y la autoridad de los que sufren, provocando en nosotros la compasión activa.

La segunda actitud, afín a la compasión, es la solidaridad. Obedece a la misma lógica de la compasión. Vamos al encuentro del otro para salvarle la vida, llevarle agua, alimentos, abrigo y especialmente calor humano. Sabemos por la antropogénesis

que nos hicimos humanos cuando superamos la fase de la búsqueda individual de los medios de subsistencia y empezamos a buscarlos colectivamente y a distribuirlos cooperativamente entre todos. Lo que nos humanizó ayer, también nos humaniza hoy. Por eso es tan conmovedor ver como tanta gente de todas partes se moviliza para ayudar a las víctimas y a través de la solidaridad darles lo que necesitan y sobre todo la esperanza de que, a pesar de la desgracia, sigue valiendo la pena vivir…"[56]

Y la Honorable Corte Constitucional expresó en otra providencia:

"…Esta corporación ha sostenido que la solidaridad se erige como un valor constitucional, que obliga tanto al Estado como al individuo a obrar en procura del interés general, desarrollándose en tres formas, así: "(i) como una pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas ocasiones; (ii) como criterio de interpretación en el análisis de las acciones y omisiones de los particulares que vulneren o amenacen los derechos fundamentales; (iii) como un límite a los derechos propios..."-[57]

56 - Tribunal Nacional de Ética Médica de Colombia. Prov 28-2014. Mag Ponente Dr Fernando Guzmán Mora, MD, MSC
57 - Sentencia C-459 de mayo 11 de 2004, M. P. Jaime Araújo Rentería.

BIBLIOGRAFÍA

1- Ferreira D. La buena fe. El principio general en el derecho civil. Ed Montecorvo. P 38. Madrid 1984
2- Sentencia C-865/04 del 7 de septiembre de 2004, M.P.: Rodrigo Escobar Gil
3- Corte Constitucional, T-075 del 7 de febrero de 2002. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett
4- Guzmán F, Franco E, Saavedra E. Derecho Médico Colombiano. Responsabilidad médica ético disciplinaria. Universidad Libre. Bogotá. 2006
5- Guzmán F, Moreno S. Ley Estatutaria en salud. Gaceta Trib Nal Ética Médica. Mayo 2015
6- Locke J. An Essay Concerning Human Understanding, in P.H. Nidditch (ed.), An Essay Concerning Human Understanding, based on the fourth edition, Oxford: Oxford University Press, 1975..
7- Corte Suprema de Justicia. Proceso 19746 HCSJ. MP Edgar Lombana Trujillo
8- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (SALA DE CASACIÓN PENAL), con ponencia del Magistrado JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO, emitió la Sentencia SP8759-2016 (Radicación Nº 41245. Aprobado acta N° 194, junio 29 de 2016).
9- Rusconi, M.; Cuestiones de imputación y responsabilidad en el Derecho penal moderno; Ad-Hoc; Buenos Aires, Argentina, 1997; Pág. 74
10- Guzmán F. UNA SENTENCIA QUE TERMINA CON EL EJERCICIO MEDICO. (Propuesta de un Decálogo de Protección, como parte de una medicina defensiva). Rev Asoc Col Cirugía. En orensa 2016
11- Guzmán F. Por qué demandan a los médicos? Conf Universidad Nacional, Cátedra Jorge Eliecer Gaitán. Sept 201
12- Guzmán F, Franco E, Saavedra E. Responsabilidad ético médica disciplinaria. U Libre. Bogotá 2006
13- Tribunal Nacional de Ética Médica. Providencia 58-2009. Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán
14- Tribunal Nacional de Ética Medica. Providencia No. 59-2010. Magistrado ponente: Fernando Guzmán Mora
15- Guzmán F. Los conflictos derivados del acto medico y las propuestas de solución en Latinoamérica. El caso Colombia. Revista CONAMED, Vol. 7, Núm. 2, abril - junio, p 59. México 2002
16-https://lanaveva.wordpress.com/2009/11/14/avance-de-la-cirugia-en-el-renacimiento-con-ambroise-pare/
17- Ley 23 de 1981
18- Providencia 25.536 DE 2006. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. MAGISTRADO PONENTE: ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

19- http://giovanicriollomayorga.blogspot.com/2009/07/la-posicion-de-garante-en-los-delitos.html
20- Sentencia SU.1184/01. Referencia: expediente: T-282730. Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
21- Tribunal Nacional de Ética Médica de Colombia. Prov 28-2014. Mag Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora, MD, MS
22- Sentencia C-459 de mayo 11 de 2004, M. P. Jaime Araújo Rentería.

CAPÍTULO VI
LA ÉTICA COMO PARTE DE LA FILOSOFÍA

La definición más elemental de filosofía se basa en la etimología del término: amor a la sabiduría. Y la más compleja de todas es la que la encuadra como aquella ciencia que busca las causas últimas de las cosas.

La filosofía es un producto de la mente humana, se basa en interrogantes acerca del mundo y cada uno de sus fenómenos, busca explicaciones sólidas respecto de los mismos fenómenos, es cambiante en la medida en que se descubran nuevas causas basadas en el avance de la ciencia,

A esa inquietud por conocer la llamó Pitagoras Filosofía (Filia: amistad o amor; sofia: sabiduría). Por lo tanto, filósofo es el que dedica su vida a la búsqueda de la verdad y a difundirla; consideraba que el filósofo no era el poseedor de la verdad, sino el buscador y difusor de la verdad.

La sabiduría no es sobrehumana. Tampoco es instintiva. Es la sabiduría del hombre como hombre, es decir, como consecuencia del trabajo de la inteligencia del hombre. La diferencia entre un erudito y un sabio es complicada. El erudito trata de saber e intervenir en todo. El sabio profundiza al máximo en uno o varios temas e intenta ofrecer las razones de las cosas.

La sabiduría es una consecuencia del trabajo de la razón. Por esta causa, la sabiduría es adquirida con tanta dificultad (lo que se gana fácil se pierde fácil) y de manera tan precaria. Por eso decía Pitágoras: Los que pretenden llegar a la sabiduría deben ser mejor llamados filósofos y no sabios. Un filósofo es un hombre humanamente sabio.

Los orientales llamaban a las cosas y a las personas por su función. En los comienzos de la historia y del pensamiento, la filosofía y la ciencia se confundían. La ciencia se ocupaba de lo sensible, de lo tangible. Por ende, en forma injusta, se endilgó a los filósofos la función de pensar en cosas subjetivas que no tenían que ver con la realidad.

Sin embargo, comparar sus campos de acción en forma simple no es correcto. No se puede hablar de más o menos perfecto, excepto que se trate de seres de la misma especie (no se puede comparar una piedra con un ser humano) y que no se trate de manifestaciones diversas de la misma realidad (no se puede comparar simplemente un hombre y una mujer, que son dos manifestaciones diversas de la misma realidad).

Los seres humanos tenemos que empezar a conocer por lo sensible. El ser humano observa (admira) y se pregunta (curiosidad). Esto lo diferencia de los demás seres: su curiosidad en cuanto a característica intelectual. El ser humano tiene el deseo de saber. Todos los seres humanos son admiradores y son curiosos. Son manifestaciones de la vida interior del ser humano, existiendo en grados diferentes entre las personas.

Aristóteles decía que todo hombre desea naturalmente saber. Tomás de Aquino decía, a su vez, que la naturaleza ha depositado en cada hombre la necesidad de saber la causa de lo que ve (en referencia a la percepción sensorial, pues a este respecto decía que nada hay en el intelecto que no haya pasado por los sentidos). Por lo tanto, la gran pregunta de los antiguos era: Quit Sit? Qué es?).

El hombre tiene vida intelectiva y vida sensitiva. Para llegar al conocimiento intelectivo, debe comenzarse con el conocimiento sensitivo El conocimiento ingresa primero a través de los sentidos: Externos (Ver, oír, oler, gustar, palpar). Pasan luego a los sentidos Internos (memoria, reminiscencia, fantasía, imaginación y el sentido común). Termina en el intelecto, que efectúa la abstracción, la cual elabora las ideas.

Respecto a la pregunta: Qué podemos decir de Dios, si este no es objeto adecuado del conocimiento. Solamente a través del análisis de manifestaciones externas que llevan a su presentimiento y pruebas indirectas. Se acepta entonces, por quienes libremente la reciben, la Revelación y la Fe.

Otras preguntas son:

Tiene el mundo un propósito?
Conduce a alguna parte el desarrollo de la historia?
Es la vida un valor relativizante de otros valores?
Es posible abrir espacios de libertad?

Cuál es la diferencia entre Derecho y Justicia?
Cuáles son las condiciones de una sociedad bien ordenada?
Cuál es la naturaleza de la Paz?
Cómo puede definirse el fenómeno de la guerra?
Cuál es la paz que queremos edificar?
Quiénes son los actores de la paz?
Cuál es la medida de justicia que a los hombres les es posible realizar?
Hasta dónde el Derecho sirve al Hombre y no al contrario?
Hay un modo de vivir que sea bueno y otro que sea malo? O es indiferente el cómo vivimos? En caso de existir un modo de vivir bueno: Cuál es?
Cómo podemos aprender a vivir de acuerdo con el buen modo de vivir?
Hay algo a lo que podamos llamar sabiduría?

Por lo tanta filosofía no es ajena a la realidad, pues de ella se nutre y a ella revierte. Debido a esto, el pensamiento debe asentarse en la realidad. Es la razón la que tiene que ir a consultar la realidad y no al contrario. Quienes poseen una actitud mental independiente se muestran reacios a recurrir a los pronunciamientos de los dispensadores de panaceas universales.

Es misión de la filosofía explorar las anteriores cuestiones y a veces darles respuesta, para las cuales la ciencia no ofrece soluciones.

La filosofía es la ciencia y el arte del pensamiento acerca de asuntos no empíricos, los cuales no se pueden resolver mediante experimentos. No se queda solamente en formulaciones de grandes principios, sino que es profundamente práctica. Por esto, para hacer filosofía no basta simplemente con mirar a los hechos. Los más importante y es cuestión crítica de la filosofía, es aprender a relacionar la información que se logra de los hechos.

Es de máxima importancia en la filosofía obtener o lograr las cualidades y habilidades que necesita una persona que va a pensar. No basta con los conceptos obtenidos como simple información. Es importante efectuar análisis de preguntas. Debe conocerse cómo formular e interpretar cualquier tipo de pregunta y argumentar con bases teóricas claras, precisas y comprendidas a favor de sus puntos de vista.

Hoy en día todo se quiere discutir acerca de lo que piensan los viejos. Todo se coloca en cuarentena, hasta las tradiciones más antiguas, sobre qué es lo bueno y la forma en que debemos comportarnos.

La autoridad se encuentra cuestionada. Las órdenes de arriba no funcionan. Antes mandar era un derecho y obedecer era un deber. Con la nueva concepción del hombre esto se invierte, pues el que manda debe enseñar a la persona a hacer cosas por sí misma. Por lo tanto, la clave es la libertad de la persona, la cual se enseña a ejercer desde muy temprano en el ámbito familiar.

No es simplemente que las nuevas generaciones no se aguanten verticalidades, sino que quieren discutirlas.

Otra cosa es que estén dotados de la capacidad teórica, del rigor intelectual y no consumidos, abrumados o alienados por informaciones de una mala formación educativa. Por el contrario, están con la inquietud de aprender a conformar valores, a decidir sobre valores ya a tomar decisiones responsables.

DEFINICIÓN DE FILOSOFÍA

Entre los griegos, sabio era el que se dedicaba a alguna rama del conocimiento y sobresalía en ella. Se ha definido la filosofía como la ciencia que abarca todas las cosas y saberes, de manera general, en actitud crítica y buscando sus ultimas causas y a la luz de la razón. Y debe ser así, pues de lo contrario la filosofía se transformaría en religión, con sus dogmas y estructura rígida de valores e ideas.

El que filosofa es siempre un ser humano a través de su inteligencia y en uso de su libertad.

Algunas de las más importantes definiciones filosofía son:

1. La filosofía es un afán de saber libre y desinteresado. (Pitágoras).
2. La filosofía es un preguntar por los principios ordenadores del Cosmos. (Presocráticos) .
3. Es una actitud mas que una doctrina y se busca por placer intelectual a través de la autorreflexión. Es la búsqueda de la verdad como medida de lo que el hombre debe hacer y como norma para su conducta (Socrates).
4. La filosofía es la más alta ascensión de la personalidad y la sociedad humana a través y por medio de la sabiduría. (Platón).
5. La filosofía es una ciencia universal, difícil, rigurosa, didáctica, perfectible, principal y divina, además debe ser un saber especial, de los primeros principios y de las primeras causas. (Aristóteles). Y se apoya en tres bases: forma de saber, función intelectual y actividad.

6. La filosofía es maestra de la vida, inventora de leyes y guía de la virtud. (Cicerón).
7. La filosofía es la teoría y el arte de la conducta recta. (Séneca).
8. La filosofía es la sierva de la teología. (Santo Tomás).
9. La filosofía es el estudio de la sabiduría, tanto para conducir la vida como para la conservación de la salud y la invención de todas las artes. Su raíz es la metafísica,, su tronco la física o filosofía natural y sus ramas las ciencias y la moral (Descartes)
10. La Filosofía es una ciencia crítica que se pregunta por el alcance del conocimiento. Es ciencia especulativa de los principios racionales como fundamento de conocimiento de las cosas para un sujeto.(Kant).
11. La filosofía es el camino de la experiencia de la conciencia, es decir, el camino hacia el saber. Y es ciencia en tanto sistema racional y dialéctico de la totalidad de las cosas reales (Hegel).
12. Los filósofos se han limitado a interpretar el mundo de distintos modos; de lo que se trata es de transformarlo, entonces la filosofía es el conocimiento para transformar la realidad. (Marx).
13. Es una indeclinable aspiración de la raza humana a un conocimiento absoluto y puro que recae sobre un objeto al alcance de todos (Husserl)
14. La filosofía es ontología. Su objeto es el ser en cuanto ser. (Heidegger)
15. La filosofía es el conocimiento que responde a la necesidad de hacernos una concepción unitaria y total del mundo y de la vida. (Miguel de Unamuno)

LA UBICACIÓN DE LA ÉTICA DENTRO DE LA FILOSOFÍA

Hay varias clasificaciones de la filosofía. Quizás la mas aceptada es la que agrupa sus partes así:

1- FILOSOFÍA PRIMORDIAL O METAFÍSICA. Analiza el ser

A- ONTOLOGÍA. Se ocupa del ser, su estructura y sus causas

Parte de varios principios:

• Identidad. Cada ente es idéntico a si mismo. (4 mas 4 es igual a 8, pero no idéntico a 8).
• Contradicción. Un ser o ente no puede ser y no ser al mismo tiempo
• Tercero excluido. Un ente tiene que ser,, de manera necesaria, X o no X.
• Razón suficiente. Todo ente tiene una razón. No hay nada simplemente porque sí.
A su vez divide a los entes en
• Reales o sensibles. Se captan por medio de los sentidos.
• Ideales. Son intemporales como las matemáticas.

B- TEODICEA. Llegar a Dios a través de los fenómenos causales
C- EPISTEMOLOGÍA. Teoría del conocimiento a partir de conceptos de verdad y objetividad
D- GNOSEOLOGÍA. Estudia el origen del conocimiento

2- FILOSOFÍA SECUNDARIA. Analiza determinados seres.

A- FILOSOFÍA NATURAL. Se ocupa del orden de la naturaleza
B- LÓGICA. El uso de la razón en el proceso de pensar. Analiza los criterios que demuestran la corrección y validez del pensamiento
C- ÉTICA. Evalúa los actos voluntarios a la luz de lo que se considera bueno o malo
D- ESTÉTICA. Estudia valores como la belleza y la armonía.

3- FILOSOFÍA DE LAS CIENCIAS

Otra clasificación distingue las siguientes clases:

I- FILOSOFÍA TEÓRICA

A- LÓGICA
B- EPISTEMOLOGÍA
C- METAFÍSICA
D- GNOSEOLOGÍA

II- FILOSOFÍA PRACTICA

A- ÉTICA
B- ESTÉTICA
C- FILOSOFÍA DE LAS CIENCIAS

Por lo anterior, la filosofía se refiere a la actividad del pensamiento de la humanidad. Es interrogar el mundo y descubrir explicaciones aceptables a los fenómenos del mismo.

Su campo de investigación es la realidad en su totalidad y el mundo. Y trata de encontrar la verdad y descubrir el sentido de las cosas.

La Ética, como bien puede apreciarse, es una rama integrante y esencial del conocimiento filosófico.

¿QUÉ ES ÉTICA?

Dentro de la conducta humana hay acciones que deben normatizarse, con el objeto de evitar que el instinto dirija a la razón. Desde este punto de vista, los actos se llevarán a cabo por convicción propia (nacida de la educación social), por normatización externa y como resultado de una visión general del universo.

La palabra ética tiene varias raíces. una de ellas significa carácter. Pero carácter como forma de vida y se refiere a la evaluación de la bondad o maldad del acto humano a la luz de la razón y con base en principios morales. Es, pues, la filosofía de la moral respecto de un acto humano.

Otra significa morada y se relaciona con los hábitos aprendidos o carácter de las personas, respecto de normas aprendidas en la comunidad. Se Basa en la morada o sitio que ocupa el ser humano respecto de si mismo y del mundo en que vive.

La ética no es una ciencia positiva. No describe los actos humanos como son, sino como deben ser. Por esto, es una ciencia normativa.

La ética es la rama de la filosofía que estudia las acciones de las personas juzgándolas a través de principios generales que intentan ser universales y son aplicables a cualquier estructura moral.

Existen unos principios absolutos para cualquier estructura ética, en lo que concierne al ser humano en si. Ellos incluyen su autonomía de decisión, su individualidad, su igualdad de derechos y la práctica de deberes elementales como no dañar a nada ni nadie sin absoluta necesidad. El estudio y la enseñanza de estos principios "mínimos" de convivencia es el fundamento de la ética social.

Hay tres grandes principios éticos, destinados al recto obrar humano, según la premisa ética de la recta razón: Haz el bien y evita el mal; no hagas a otro lo que no desees que hagan contigo; y haz a los demás lo que deseas que hagan contigo. Por su parte, los principios elementales de la ética natural son: Inviolabilidad del ser humano, igualdad de derechos y respeto a la integridad personal.

El acto humano libre se basa en conocimiento y deseo a la luz de su propia razón, que posee las características de inteligencia y voluntad. Sin embargo, esto no quiere decir que la moral deba ser de tipo "situacional", pues la conciencia no puede obrar independientemente de los principios universales, que son al fin y al cabo los que orientan los casos particulares.

Por esto, moral y ética son diferentes. La primera (moral) estudia el acto humano individual particular en su entorno y circunstancias concretas. La segunda (Ética) es más amplia, pues es ni más ni menos que el estudio de la moral. Plantea cual es el valor de bondad de las conductas mismas, de lo que es correcto o incorrecto. Es entonces la filosofía de la moral y por lo tanto busca causas universales que logren adaptar los actos humanos al bien universal.

Se ha definido además como "ciencia del comportamiento", pues parte del análisis histórico y social de hechos morales concretos, tratando de llegar a principios universales en forma objetiva, sistematizando el conocimiento y volviendo verificables estos principios. Es pues, la ciencia que juzga los actos humanos como buenos o malos, entendiendo como acto humano el que procede de la voluntad del hombre.

La ética es ciencia en el sentido amplio de la palabra. Su objeto es la conducta humana. El primero en utilizar la palabra ética fue Homero, en el sentido de morada o habitación. Asimismo, Zenon de Kition sostenía que el ethos es la fuente de la vida, de la cual se desprenden los actos individuales. Posteriormente Aristóteles se refirió a la ética como tratado de los hábitos y costumbres.

Algunas características de la ética son:

- Tiene un cuerpo teórico que se basa en la razón juzgando a través de criterios morales
- Su objetivo es la conducta humana analizada a través de los deberes, la virtudes y los valores
- Su norte de juzgamiento es el deber ser
- Busca principios universales de la moral
- Orienta la conducta acorde con las normas de convivencia social
- Es inherente a todo acto humano

LA MOVILIDAD DE LOS PRINCIPIOS ÉTICOS

Uno de los problemas más discutidos de la formación ética del ser humano es el que tiene que ver con el aprendizaje de los principios básicos del comportamiento humano y el seguimiento de normas que le permiten introyectar el concepto de los valores sociales del entorno en que se desempeña.

Freud planteaba que el inconsciente salvaje se ve limitado por la autoridad paterna y familiar. Asimismo, el ego introyecta los valores inculcados en el súper-yo.

La socialización de valores es un proceso activo entre el individuo, la familia y la sociedad. Se conocen los valores en forma inconsciente, luego se concientizan y posteriormente se critican y adaptan.

Se enseñan las costumbres, modos de actuar, los comportamientos ante determinados y hechos. Además, se enseñan además castigos al comportamiento considerado inadecuado.

Por lo tanto, el grupo que domina la sociedad tiene que ver con los valores que se enseñan y su técnica de enseñanza.

Existen dos tipos de normas enseñadas:

• Básicas: Preservar la vida, no hacer daño, conseguir la máxima felicidad posible para el mayor número de individuos, etc.
• Secundarias: Válidas en determinadas circunstancias.

En el estudio de las normas de las acciones sociales se consideran dos niveles de abstracción: Uno evidente, que demuestra la existencia de unos MODELOS de conducta, manifiesto en conductas y repeticiones de los grupos de personas; y otro más profundo, que revela la manifestación simbólica de estos modelos, regidos por unos VALORES.

Valores son formas de ser o de obrar de una persona o una comunidad, a la luz de lo que se juzga como ideal y digno de ser imitado. Por lo tanto, las conductas están inspiradas en valores.

Los valores son relativos en la sociedad. Por lo tanto varían con la circunstancia social y con el tiempo histórico en que se manifiesten. La adhesión o respaldo a un valor se hace con base en razonamiento, intuición y afectividad. Los valores los agrupan los diferentes grupos sociales, colocando como primero al valor absoluto o principal.

La base de la escala de valores se efectúa sobre varios puntos de la conducta del ser humano: El número de problemas existenciales humanos es reducido; el número de soluciones también es limitado; la escogencia de una solución se base en el valor dominante de la sociedad; el resto de soluciones puede subsistir.

Los códigos morales cambian con la historia e inclusive dentro de cada sistema político. Así, existía un código para esclavistas y otro para esclavos; uno para siervos y otro para señores, en la misma forma en que los códigos de moral para el capitalista

son diferentes a los del trabajador. Un cambio social estructural de gran envergadura conlleva siempre un cambio moral esencial en el comportamiento de los hombres. Esto lo demuestra la historia, pero, en términos específicos, qué gobierna la conducta de nuestros individuos?

Ni siquiera los griegos, los más grandes filósofos de la humanidad, se pusieron de acuerdo. Sin embargo, el hombre conoce la distinción básica entre el bien y el mal (Ética), aunque las civilizaciones no coincidan en el catalogo completo de todas las posibles acciones humanas (Moral).

Por ejemplo, la ética sofista, cuyo representante mas importante es PROTAGORAS DE ABDERA (480-410 A. C.), decía que no hay valores universalmente válidos y que las normas, por ser humanas, son transitorias. Por tanto, la verdad es relativa y siempre cambiante, siendo lo único cierto que el hombre es la medida de las cosas. Por su parte, SOCRATES DE ATENAS (469-399 A.C.), preconizaba que el último bien es la virtud y que el recto conocimiento de las cosas lleva al hombre a vivir moralmente.

ARISTÓTELES DE ESTAGIRA (348 A.C.), decía que el objetivo final del ser es la felicidad, que no es otra cosa que la práctica de la vida activa y racional, siendo la virtud el justo medio entre dos excesos. ZENON DE CITIO (366-264), enseñaba en esencia la filosofía de la resignación, puesto que negaba la libertad de elección del individuo.

EPICURO DE SAMOS (324-270 A.C.), el maestro de El Jardín y padre de la Escuela Hedonista, afirmaba que la libertad humana es la base de toda ética y la felicidad es el bien último del hombre. El placer es el medio para alcanzar la felicidad. Placer lo definía como ausencia del dolor, existiendo varios tipos de placer: Los naturales y necesarios como comer y beber moderadamente; los naturales no necesarios como poder escoger entre peras o manzanas; y los no naturales y no necesarios como la sensualidad y la ambición.

La ÉTICA CRISTIANA parte de una verdad revelada por Dios y por lo tanto verdad absoluta. Un ser Divino dicta normas de conducta inapelables.

MANUEL KANT (1724-1804), afirmaba que la Ética tiene una base racional y que el ideal moral se basa en Imperativos categóricos. Por esto dice: " Obra de tal modo que tu acción sea elevada por tu voluntad a norma de universal observancia". Decía además que la moralidad de un acto reside en la voluntad con que se planea el acto y que los actos no son buenos o malos. Bueno o malo es el sujeto que los efectúa. Kant preconizaba que el hombre obra moralmente cuando reprime sus sentimientos

e inclinaciones y hace lo que debe hacer. Por lo tanto el hombre vive en dos mundos: El natural de lo que es y el moral de lo que debe ser.

SOREN KIERKEGAARD (1.813-1.855), intentó probar que el estado ético es el orden, el cual se define como una vida racionalizada, planeada y regida por normas universales. Según Kierkegaard, para el hombre ético es más valioso el deber que el amor, la ley moral que la religión y la existencia social que la divinidad.

JEAN PAUL SARTRE (1.905-1.980), probablemente el mas importante de los filósofos existencialistas, al decir que el ser humano es un proyecto que se determina a través de su existencia, define que el hombre no es otra cosa que lo que él hace y su responsabilidad no es meramente individual, pues al elegir cualquier forma de existencia, elige por toda la humanidad, acarreando con esto angustia. Por tanto el hombre es, esencialmente, libertad.

La ÉTICA ANARQUISTA, representada en KASPAR SCHMIDT (1.806-1.856), enunció que el individuo es la única realidad y la única forma de convivir en sociedad es sin jerarquía de ninguna clase. Interesantemente decía en alguna de sus obras que " La humanidad solo se ocupa de sus propios intereses. Cuando nación e individuo se agotan a su servicio, los arroja al muladar de la historia en señal de agradecimiento". La ÉTICA PRAGMÁTICA moderna, encarnada en WILLIAM JAMES (1.842-1.910), estaba convencida que la verdad consiste en la utilidad, siendo el criterio de verdad el éxito práctico tenido en el mundo. De acuerdo a James toda la actividad del hombre es moral y la moral es el ser humano puesto en acción.

El Marxismo lleva en forma explícita en la obra de CARLOS MARX (1.818-1.883) su fundamento filosófico respecto de la ética: La esencia humana es el conjunto de relaciones sociales que producen la naturaleza del hombre social y el individuo y por lo tanto la moral es el reflejo de las relaciones sociales en desarrollo y expresa la ideología de la clase dominante en cada época de la historia. En la sociedad marxista se apoyan los ideales de moral comunitaria, las cuales son CAMARADERÍA Y COLECTIVISMO.

Como se ve, los pensadores mas importantes de la raza humana ni se pusieron, ni se pondrán de acuerdo en conceptos específicos sobre el Bien y el Mal. La moralidad no es homogénea y se basa, como afirma la lógica deóntica de Gilbert Harman, en acuerdos establecidos por grupos sociales. Por tanto, no hay modelos ni universal ni eternamente válidos.

A pesar de lo anterior, deben existir una serie de principios éticos universales que sean capaces de regir la conducta humana y que sean aplicables a cualquier circunstancia histórica.

En Medicina son ellos:

1- No hacer con otro lo que no quisieran que hagan con uno mismo.
2- Hacer con los demás aquello que uno mismo desearía que se haga con uno.
4- Investir todos los actos del principio de Justicia: Perpetua disposición a reconocerle a cada persona lo que le pertenece.

BIBLIOGRAFÍA

1- ARISTÓTELES, "Ética Nicomaquea". , Editorial Porrúa., México 1998.

2- KRAMSKY Carlos, "Antropología Filosófica". ,Murcia 16-301, México DF. 1997.

3- Deleuze, G y Guattari, F. ¿Qué es la filosofía? Revista Caronte, Bs. As

4- Jaspers, K. La filosofía. FCE, México, 1987

5-BOCHENSKY J.M.; "Introducción al Pensamiento Filosófico"; Edit. Herder; Novena Edición; España 1976

CAPÍTULO VII
EL PROCESO ÉTICO MÉDICO DISCIPLINARIO
(RESUMEN GENERAL)

CONCEPTO GENERAL DE PROCESO

Del latín procesus o procederé es el conjunto de fases sucesivas de un fenómeno en un lapso de tiempo. Es la marcha hacia un fin determinado. En el plano jurídico es la serie de actos encaminados a obtener un fin jurídico. Ej: Proceso legislativo. Y en el plano procesal, es el ordenamiento progresivo de actos relacionados entre sí y regulados por la Jurisdicción, para obtener una Sentencia. Resuelve las pretensiones que las partes someten a consideración del Estado por medio del Derecho de Acción.

De otro lado, procedimiento es la forma como se desarrollan las etapas de un proceso. Es la serie de pasos en los que se surte el proceso. El expediente es la historia del proceso. El diario material del mismo. Se consignan en orden riguroso las actuaciones de las partes y del funcionario. Debe incluir: Demanda, reparto, conciliación, peritazgos, etc. En orden cronológico, numérico y sucesivo. Se numera en folios (hojas). Se agrupa en "cuadernos": Cuaderno de incidentes, recursos, medidas cautelares, etc.

Litigio es el conflicto de intereses jurídicos entre sujetos (No los conflictos unipersonales, que no interesan al derecho procesal). Puede haber litigio sin proceso. El litigio no siempre llega a proceso por varias razones:

-El afectado renuncia a su derecho
-No acude a la Jurisdicción para su protección
-Concilia con la contraparte

Puede haber proceso sin litigio, porque se lleva la diferencia de común acuerdo. Ejemplo: Divorcio y procesos de jurisdicción voluntaria, en donde no hay litigio.

Los fines del proceso son varios: Defienden un interés común que afecta a toda la comunidad y su fin es la actuación de la Ley. Es aplicar la norma sustancial al caso concreto.

El objeto del proceso es la relación jurídica o los hechos a los cuales debe aplicarse una norma para decidir sus efectos en derecho. En el plano penal, consiste en la investigación de conductas punibles y la responsabilidad de las personas sindicadas.

En el aspecto ético, que va muy de la mano con el proceso penal por la gravedad de los actos allí evaluados, investiga si hubo o no violación de norma ética. Determina autores materiales, intelectuales, cómplices, circunstancias y responsabilidades respectivas. Protege el orden jurídico y así la paz y armonía comunitarias al castigar a quien quebrante la confianza social.

DERECHO DE ACCIÓN

Es el derecho subjetivo que tienen las personas para movilizar el aparato jurisdiccional del Estado. Sus elementos son los denominados sujetos. El sujeto activo es cualquier persona natural por el solo acto de voluntad al plantear el comienzo del proceso o de oficio, en caso de tratarse de autoridades legítimamente investidas de ciertos poderes. El sujeto pasivo en el campo penal es el Estado, representado por la rama jurisdiccional. En el plano ético es la sociedad, representada por sus profesionales con categoría de magistrados. El objeto es la decisión jurídica denominada sentencia. La causa o fin, como se ha mencionado, es proteger el interés publico.

DERECHO DE CONTRADICCIÓN

Es el derecho que tiene el demandado de formular peticiones al Estado para defender sus intereses y contrarrestar las peticiones del demandante. Es parte del Derecho de Acción y pertenece a toda persona natural, jurídica o patrimonios autónomos por el hecho de ser demandado, imputado o sindicado. Acción y Contradicción tienen la misma fuerza y tienden a conservar la paz y la justicia social. Encuentra su fundamento en el Artículo 29 de la Constitución Política de 1991.

"…El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie puede 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…"

Es la posibilidad de ejercer el derecho de defensa en igualdad de condiciones. Satisface el interés público de la Justicia y tutela el derecho objetivo al impedir la justicia por propia manos.

Mediante el derecho de contradicción, el denunciado busca ser oído y tener oportunidades de defensa para obtener sentencia que resuelva legalmente el litigio.

Las formas de ejercer el derecho de contradicción son varias:

PASIVA. El demandado no hace nada ante la demanda. No la contesta, ni designa apoderado, ni contesta la demanda. En penal se da cuando el sindicado huye.

RELATIVAMENTE PASIVA. Cuando contesta la demanda pero no ataca las pretensiones, ateniéndose a lo que se pruebe en el proceso. No se plantea defensa ni se aportan pruebas.

ACEPTACIÓN DE PRETENSIONES. Es la confesión sin alegar atenuantes.
PROPONIENDO IMPEDIMENTOS PROCESALES. Tratar de evitar que se surta el proceso. No atacan la pretensión sino el proceso mismo. Estos impedimentos pueden ser definitivos, es decir los que una vez declarados terminan el proceso de manera anormal. Ejemplo: Falta de jurisdicción inexistencia de demandante o demandado, Incapacidad, notificación a quien no es demandado, etc. Pueden también ser temporales, es decir, aquellos que no terminan el proceso debido a que se puede subsanar la irregularidad.

ACTIVA DE DEFENSA. Cuando el demandado ataca y prueba lo contrario a lo que propone en la demanda.

EL PROCESO ÉTICO DISCIPLINARIO

El proceso se origina a través de una denuncia ante el tribunal seccional de ética médica. Dicha denuncia es instaurada por cualquier persona, natural o jurídica. En este aspecto los denominados quejosos pueden ser:

1 Una persona privada, generalmente un paciente, quien considera que ha sido transgredida una norma ética

2 Un representante legal de persona jurídica. Por ejemplo, el director de una institución de salud

3 El representante legal de una entidad pública. Verbigracia, el director de un sistema de salud del Estado

4 Una autoridad pública. Fiscal, personero, etc

5 Un magistrado de un tribunal se ética, quien hace la denuncia de manera oficiosa.

Para que el proceso sea iniciado, debe aportarse una prueba mínima o sumaria que oriente hacia la violación de la norma ética o que permita inferir de manera lógica que esta ha sido transgredida. Por ejemplo, cuando una enferma acusa al médico de conductas irrespetuosas en el plano sexual y en ejercicio de un acto médico. O cuando el fiscal compulsa copias al Tribunal para investigar una conducta efectuada por un médico la cual, no solamente constituya un delito sino que simultáneamente se configure como antiética. A este respecto debe mencionarse que un médico puede estar involucrado al mismo tiempo en un proceso penal, en la acción civil que de su conducta se origine y en proceso ético disciplinario, sin romper el principio de "non bis in idem", es decir, sin que sea juzgado varias veces por la misma conducta. Esto tiene su explicación en las diferentes jurisdicciones que evalúan su actuar y que obligatoriamente deben investigar y decidir sobre la misma.

Cuando la denuncia es aceptada, el Tribunal designará por sorteo a uno de sus miembros como Magistrado Instructor, con el fin de investigar la conducta ilícita dentro de un término de quince días hábiles como máximo. Sin embargo, cuando la gravedad del asunto así lo indique, el Magistrado Instructor podrá solicitar una prórroga de quince días adicionales para completar su función. En este momento, tanto el Instructor como el médico acusado, pueden asesorarse de abogado titulado.

Una vez el Magistrado complete su investigación, deberá presentar su informe al Tribunal en pleno. Si el cuerpo colegiado lo considera necesario, podrá disponer de quince días más para ampliar el informativo.

Aunque la ley 23 de 1981 no expresa de manera diáfana la separación entre la investigación preliminar y la investigación formal, debe decirse que jurisprudencialmente se ha dado esta separación de etapas, para seguir acorde con las normas de procedimiento penal y disciplinario vigentes en el país.

Presentado el informe de conclusiones de la investigación preliminar, la sala deberá tomar una de las siguientes determinaciones.

A- Declarar que no existe mérito para formular cargos por violación de la ética médica en contra del profesional acusado. Es decir, proferir una resolución inhibitoria respecto de seguir con la investigación formal.

B- Aceptar que existen méritos suficientes para abrir investigación formal. Es recomendable que, en cualquier caso, se deje un acta que así lo indique.

Si en este momento se considera que el acto investigado viola normas de carácter penal, civil o administrativo, deberá ponerse en conocimiento de las autoridades respectivas de manera oficiosa.

En caso de resolución inhibitoria, el denunciante puede apelar la decisión. Y solamente puede hacerlo aquí, pues es su última actuación como sujeto procesal. En cambio, la apertura de investigación formal no es apelable por ninguna de las partes.

Cuando se de por terminada la investigación formal se podrán tomar una de las siguientes decisiones:

A- Expresar mediante oficio que no hay lugar para abrir pliego de cargos y, por lo tanto, se archivará el proceso mediante una providencia preclutoria. Esta decisión no es apelable, pues de serlo, se estaría prejuzgando al inculpado.

B- Declarar que existe mérito para formular cargos por violación de la ética médica, caso en el cual, por escrito, se le hará saber así al profesional inculpado, señalando claramente los actos que se le imputan y fijando fecha y hora para que el tribunal en pleno lo escuche en diligencia de descargos. Esta decisión tampoco es apelable.

La diligencia de descargos se deberá practicar después de diez días hábiles de haberse recibido la comunicación del pliego de cargos. En ella el médico rendirá su versión sobre los hechos que se le imputan y esa declaración será la base para que el Tribunal tome una de las siguientes conductas.

1 Ampliación del informativo por quince días hábiles
2 Pronunciarse de fondo mediante sentencia condenatoria
3 Pronunciarse de fondo mediante sentencia absolutoria

En caso de sentencia absolutoria, esta no puede ser apelada por el denunciante, pues ya ha perdido su calidad de sujeto procesal. Es decir, la Ley considera que no tiene legitimidad para actuar dentro del proceso. Contrario sensu, el médico afectado negativamente por la decisión condenatoria, puede apelar la sanción.

Las sanciones pueden ser de varios tipos:

A. Amonestación privada.
B. Censura escrita y privada.
C. Censura escrita y pública.
D. Censura verbal y pública.
E. Suspensión en el ejercicio de la medicina, hasta por seis meses;
F. Suspensión en el ejercicio de la medicina, hasta por cinco años.

Cuando se trate de las primeras cinco opciones, el tribunal seccional es competente para decidirlas. En caso de suspensión superior a seis meses, deberá remitirse al tribunal Nacional para que estudie el tiempo de castigo por la acción antiética del médico encartado.

Cuando se impone amonestación o censura, anteriormente solo cabía recurso de reposición, es decir, solicitarle al tribunal seccional que estudie de nuevo su decisión, aportando alegatos que puedan hacerla cambiar. Hoy en día, siguiendo los lineamientos del artículo 29 de la Constitución Nacional, las sanciones inferiores a suspensión en el ejercicio de la medicina, pueden ser apeladas ante el Tribunal Nacional de Ética Médica.

Cuando se trata de suspensión en el ejercicio de la medicina por un plazo inferior a los seis meses, el médico condenado puede hacer uso de los recursos de reposición ante el mismo tribunal seccional y en subsidio el de apelación ante el tribunal nacional.

Como se mencionó, cuando el tribunal seccional considere que la falta es de tal magnitud que la pena a imponer es suspensión en el ejercicio de la profesión por lapso superior a seis meses, deberá remitirse el proceso al Tribunal Nacional para que se asigne por sorteo a uno de sus magistrados. Este deberá analizar el caso y rendir un informe en Sala Plena, con un proyecto de sentencia que será discutido y decidido en conjunto.

En este último caso, contra la decisión del tribunal Nacional caben los recursos de reposición (ante el mismo tribunal) y apelación ante el Ministerio de la Protección Social. Y en este último caso no se está violando el principio de la doble instancia en los procesos, puesto que al imponer la sanción el Tribunal Nacional, se constituye en ente de primera instancia y el Ministerio de Salud en la segunda instancia. Por lo tanto, no se está creando una tercera instancia, pues sería inconstitucional.

En el esquema adjunto se delimitan estas etapas.

I- ETAPA PRELIMINAR

1- DENUNCIA.
2- INVESTIGACIÓN PRELIMINAR.
3- INHIBITORIA.
4- APELA INHIBITORIA.
5- CONFIRMA INHIBITORIA.
6- ORDENA INVESTIGACIÓN FORMAL.

II- ETAPA DE INVESTIGACIÓN FORMAL

7-INVESTIGACION FORMAL.
8- PRECLUTORIA.
9- PLIEGO DE CARGOS.

III- ETAPA DE JUICIO

10- CULPABLE.
11- INOCENTE.
12- APELAN CULPABILIDAD.

IV- ETAPA DE RECURSOS

13- REVOCAN SENTENCIA MENOR DE SEIS MESES DE SUSPENSIÓN
14- CONFIRMA SENTENCIA MENOR DE SEIS MESES DE SUSPENSIÓN
15- REVOCAN SENTENCIA MAYOR DE SEIS MESES DE SUSPENSIÓN
16- CONFIRMAN SENTENCIA MAYOR DE SEIS MESES DE SUSPENSIÓN

V- JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

17- DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

I- ETAPA PRELIMINAR

1- DENUNCIA

2- INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

. .
. .
. .

3-INHIBITORIA

(APELABLE)

. .

4- SI APELA INHIBITTORIA .

. .

. .

…… .

. .

. .

ACEPTAN

. .

5-CONFIRMA
INHIBITORIO
FORMAL
(NO APELABLE)

. .

. .

…… .

. .

. .

8- PRECLUTORIA
(NO APELABLE)
ARCHIVO .

. .

…… .

. .

. .

10-CULPABLE
(APELABLE)

. .

. .

NO APELA
(CIERRE) .

. .

. .

13-REVOCAN SENTENCIA
15-REVOCAN SENTENCIA

. .

7-INVESTIGACION
FORMAL
(NO APELABLE)

NO ACEPTAN .
(CIERRE) .

6- ORDENA
INVESTIGACIÓN

(NO APELABLE)

9-PLIEGO DE CARGOS
(NO APELABLE)

11-INOCENTE
(NO APELABLE)

12- SI APELA CULPABILIDAD

. .

14- CONFIRMAN SENTENCIA
16-CONFIRMAN SENTENCIA

ANTE EL TNEMD MENOR DE 6 MESES MAYOR DE 6 MESES (NO APELABLE) .	ANTE EL TNEMD MENOR DE 6 MESES (NO APELABLE) . JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA	ANTE MINSALUD MAYOR DE 6 MESES (NO APELABLE)

DEBIDO PROCESO

Está constituido por todas las garantías de las cuales deben estar revestidas las personas que acuden al proceso, sin discriminación de ninguna especie, es decir, la garantía del demandante y el demandado, de la mujer y el hombre, etc.

Hasta el mayor criminal tiene derecho al Debido Proceso. En la misma Biblia se menciona al Creador indagando a Adán antes de expulsarlo del Paraíso.

El Debido Proceso debe guardarse en todas las actuaciones, públicas y privadas. En este último aspecto, cuando una entidad privada presta un servicio público como la educación, debe, con mayor razón, sujetarse al Debido Proceso.

Este Debido Proceso encarna varios derechos concomitantes:

1-DERECHO A LA JURISDICCIÓN

Jurisdicción es la función pública de administrar justicia

A- Es tener derecho al acceso a la administración de justicia, cuando se trata de preservar un derecho que se considera vulnerado.

El Derecho a la Acción es poner en marcha el aparato judicial del Estado. Si se mira a la luz del art 229 de la CN, se incluye como norma esencial.

B- Además el derecho a obtener de dicha administración una decisión debidamente motivada.

De las providencias judiciales, las que entran a decidir areas importantes (Actos interlocutorios) y las que deciden (Sentencias), deben acompañarse de motivación o

sustento de la decisión judicial. Esto garantiza el derecho a la defensa, en la medida en que se tiene conocimiento de los motivos que indujeron al juez la decisión y, en consecuencia, puede controvertirse o impugnar esa decisión.

Si no se conocen los motivos, no hay forma de controvertir la mencionada decisión.

C- Derecho a impugnar las decisiones judiciales

Los recursos son ordinarios y extraordinarios
Los ordinarios son: Reposición, apelación, queja y suplica
Los extraordinarios son Casación y Revisión

Para qué se impugna? Para revocar o modificar una decisión desfavorables, buscando la corrección del error judicial, pues no puede olvidarse que el Legislador tiene en cuenta que quien administra justicia es un ser humano, susceptible de error. Puede equivocarse, ser ignorante, ser corrupto. Tiene posibilidad de error.

D- Derecho a ejecutar lo decidido

Dentro de los poderes de la jurisdicción está el poder de ejecución, es decir, de ejecutar lo decidido, para que la administración de justicia no sea un rey de burlas.

No basta con que el juez diga que se deba entregar una suma determinada de dinero, si el funcionario no tiene la capacidad de hacerlo real, de convertirlo en hecho concreto. Para esto se diseñó el mecanismo de embargo y secuestre de bienes, para su remate y con el producido se paga la obligación.

Al arrendador no solo le interesa que le entreguen lo que se debe sino que se lance al arrendatario incumplido. Y la sentencia tiene mérito ejecutivo.

En el ámbito labora, al trabajador despedido sin justa causa a quien se da la razón por brazos caídos, no es efectiva la simple sentencia del juez, a no ser que se ejecute lo ordenado por el funcionario judicial.

2- DERECHO AL JUEZ NATURAL

Debe conocerse con antelación cuál es el juez que debe conocer de una conducta. Tiene aplicabilidad en todas las áreas, pero especialmente en el campo penal.

Por ejemplo, en el Código de Procedimiento Civil se establece qué debe conocer el Juez Municipal, el Juez de Circuito, Los Tribunales y la Corte.

En el campo penal, la parte instructiva del proceso penal la instruye el fiscal, quien dicta o no resolución de acusación.

Al surtirse esta etapa se llega al conocimiento del juez

Fiscal seccional Penal de Circuito
Fiscal ante Tribunal Sala penal de Tribunal
Fiscal ante Corte- Sala de Casación de la Corte

En el campo laboral está el juez laboral, quien conoce en única instancia de tantos salarios mínimos y en primera instancia, a partir de tantos salarios mínimos.

Esto está pre establecido y lo conoce todo el mundo.

Por qué se admite la rebaja de penas a partir de confesión? Porque se parte de la base de la celeridad del proceso, a descongestión de juzgados y cárceles. Hay, en última instancia, hay economía procesal y se evita el desgaste de la rama judicial si se pide, por ejemplo, sentencia anticipada.

Jurisdicción, legitimidad y competencia pre establecidas.

4-PROCESO PUBLICO SIN DILACIONES INJUSTIFICADAS

Parte de la base del Principio de Publicidad, que tiene su razón de ser en varias circunstancias:

-Que no haya procedimientos ocultos
-Que las partes que actúen en el proceso tengan acceso a él

No implica esto que todo el mundo tenga acceso al proceso, sino las partes interesadas y que conforman los sujetos procesales.

Es público en el sentido en que se encuentra al alcance de todos, pues la ley dice qué juez, qué técnica, qué términos, etc.

Además, protege el desarrollo normal del proceso. Tan nocivo es un proceso acelerado como uno demorado.

El proceso tardío trae desazón para los asociados.

La ley 446 le ordena al juez, de manera perentoria, el cumplimiento de los términos.

Por ejemplo, si el juez dicta los actos de sustanciación no son dictados en tres días sino en diez, los actos no pierden su valor. O si la sentencia se demora varios meses, sigue siendo válida.

Por eso dice López que los términos son para las partes. Pero si a ese funcionario se le demuestra una dilación injustificada, puede estar incurso en un delito, una responsabilidad disciplinaria y una responsabilidad civil.

Art 40 del CPC. Responsabilidades del juez. Responden por dolo, por demorar las providencias, etc.

En las grandes ciudades los jueces se encuentran congestionados por la cantidad de negocios. Sin embargo, eso no es argumento para no hacer lo que se debe hacer

También puede haber dilación por las partes, porque es posible que contra una providencia no proceda un recurso y se interpone.

En los procesos de restitución o lanzamiento se utiliza este truco de interponer recursos para demorar el acto judicial.

Ahora, si hay una irregularidad procesal, se genera una nulidad. Pero la demora en sí no invalida la actuación judicial.

En el caso penal, cuando se detiene a una persona por demora en el proceso, se puede recurrir al Habeas Corpus, que permite la salida del sindicado. Pero eso no anula la decisión judicial.

5- INDEPENDENCIA DEL JUEZ

Quiere decir que el juez es autónomo, soberano, en su función pública de administrar justicia.

Que al decir del artículo 230 de la CN, los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley.

Pero además esta independencia hace referencia a que no haya ninguna perturbación de índole económica, política, social, religiosa, étnica, etc en la administración de justicia y que el juez solamente actúe bajo el mandato constitucional sometido al imperio de la ley.

También quiere decir que no se inmiscuyan las otras ramas del poder público, sea legislativo o ejecutivo.

La creación del Consejo Superior de la Judicatura tiene como una de sus finalidades, desligar a la rama judicial del legislativo y el ejecutivo. Esto sucedía hasta 1991.
La forma de influencia más lastimosa era la dependencia económica del ejecutivo con las adiciones presupuestales, cuyos funcionarios presionaban su entrega a la aparición de algunos fallos.

A partir de su creación, la encargada de gerenciar el presupuesto en su elaboración y ejecución es la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Así se eliminan las influencias nocivas de las otras ramas del poder público.

De otro lado, se encuentra en trámite la reforma de los concursos para los cargos de jueces, en el aspecto de seleccionar entre la lista de elegibles.
Afortunadamente, por acciones de tutela, se ha hecho respetar el orden.

Pero una carrera administrativa específica dota de independencia a la rama judicial, especialmente en la periferia, en donde los caciques de turno influyen en los nombramientos de jueces.

3-DERECHO A LA DEFENSA

Es el Derecho al la réplica. A defenderse. A estar asistido por un abogado de su confianza (defensa técnica que corresponde a los abogados, que poseen los conocimientos técnico jurídicos para defender una causa), de oficio, en el pool de abogados de la Defensoría del Pueblo, o nombrado por el Estado, el cual se encuentra obligado a prestar defensa jurídica en el campo penal, a quien no tenga los medios para costearlo.

Todo procesado tiene derecho a la defensa (a ser representado, a ser defendido) y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, desde el mismo momento que es sindicado por una falta y durante la investigación y juzgamiento.

La Defensa puede ser judicial y técnica o material (En el caso de la Justicia Penal, está a cargo de un defensor nombrado por el procesado, el cual debe ser abogado con tarjeta profesional vigente o los estudiantes de consultorio jurídico y la defensoría).

Es obligatoria en el Derecho Penal, así el procesado no quiera defenderse o no tenga los recursos para pagarlos. Todos los abogados deben obligatoriamente prestar el servicio de defensor de oficio, a excepción de los funcionarios públicos y los defensores que tengan más de 3 defensorías de oficio en ese momento. El defensor de oficio tiene facultades ilimitadas si están dentro de la ley.

LA VERDAD PROCESAL

Verdad es la coincidencia entre un objeto y el concepto que de él se tiene en la mente.

Para los filósofos nominalistas, verdad es la identidad de un signo con otro. Para los realistas, la verdad lógica es la conformidad de la mente con la cosa.

Voltaire, en su célebre Diccionario Filosófico, dice:

"… podemos comparecer ante la Justicia por hechos o por palabras. Si comparecemos por hechos, es preciso que les conste a los jueces que son tan verdaderos como la pena a que condenan al culpable… es indispensable que (las probabilidades de certeza) nazcan del testimonio unánime de los deponentes que no tengan ningún interés en declarar. Con este concurso de probabilidades constituirá una opinión decidida, que podrá servir de excusa a la sentencia; pero como el juez no tendrá nunca completa certeza, no podrá jactarse de conocer perfectamente la verdad…"

El mismo Voltaire:

"…La verdad es una palabra abstracta que la mayoría de los hombres usan con indiferencia en sus libros y en sus fallos, por equivocación o por mentir.» Esta definición ha convencido a todos los inventores de sistemas; de este modo la palabra sabiduría se toma con frecuencia por locura y la palabra ingenio por tontería… Definimos la verdad humanamente hablando, esperando otra definición mejor, lo que se anuncia tal como es… Las verdades históricas sólo son probabilidades… ¿Cuántas veces necesitamos haberlo oído decir para formarnos una persuasión igual a la del hombre que, habiendo visto la cosa de que tratamos, puede jactarse de tener certidumbre de ella? El que oyó decir la misma cosa a doce mil testigos oculares, no tiene más que doce mil probabilidades, equivalentes a una gran probabilidad, que nunca puede igualar a la certidumbre…Si sólo sabéis la cosa de que se trata por uno

de los testigos, haceos cuenta que no sabéis nada y que debéis dudar. Si el testigo murió, debéis dudar más todavía, porque nada podéis poner en claro. Si todos los testigos murieron, os encontráis en el mismo caso, y de generación en generación la duda aumenta, la probabilidad disminuye y muy pronto la probabilidad queda reducida a cero…"

La verdad formal se ha tratado de ligar al proceso civil y la real al penal, porque se dice que en el primer caso se garantiza la imparcialidad del juez frente años intereses individuales de las partes, mientras que en el segundo se intenta llegar hasta lo más recóndito de la verdad, a veces de manera autónoma por parte del juez e investigador, debido al interés público y general que este conlleva

De cualquier forma, NO SIEMPRE LA VERDAD PROCESAL SE AJUSTA A LA VERDAD REAL. Por eso, el derecho constituye apenas un intento (El mejor hasta ahora conocido por la humanidad), para aproximarse a la realidad de los hechos humanos de acuerdo con versiones encontradas de quienes se encuentran en puntos opuestos, con el objeto de brindarle al Juez la oportunidad de decidir acerca de la verdad que más se parezca a la realidad objetiva.

El jurista debe obediencia ineludible al ordenamiento jurídico. Por consiguiente, cuando el jurista se encuentra en la función de servidor de la legalidad vigente como su aplicador, le debe obediencia irrestricta. Y lo debe hacer a pesar de que se aleje de la justicia o la equidad. Su criterio no puede sustituir a la norma. Por consiguiente no puede hacer critica de la norma sino aplicación e interpretación de la norma para extraer la intención del legislador.

La jurisprudencia no es norma. Lo que hacen los altos juristas es interpretar la norma y darle la aplicación más adecuada a la misma y, en esta forma, sustentar su decisión. El jurista por lo tanto le debe obediencia irrestricta a la norma, pues su función es ser guardián de la legislación. Recibe las normas, códigos, constitución, reglamentos, ordenes etc. Esa es la dogmática. Es algo que tiene que aceptar sin discutirlo porque es servidor del Estado de Derecho y su ordenamiento jurídico. Si cada jurista aplicara su propio criterio, habría inseguridad jurídica. Por lo tanto no puede modificarla. Si no aplica la norma y aplica su criterio, el juez está en el delito de prevaricato.

El que interpreta la Ley es el Congreso de la República en primera instancia. Segundo aquellos que por creación constitucional tienen esa función: Corte Constitucional que le hace un juicio a la ley para decir si está concordante con los principios constitucionales.

Lo que identifica toda clase de derecho es la noción esencial universal de lo jurídico. Es de la esencia del derecho. Constitutivo del derecho, no el logro de la justicia perfecta, sino la intención de la búsqueda de una mejor justicia. La intención de ser un derecho justo.

No es jurídico ningún hecho humano que no este considerado dentro del ordenamiento jurídico. Entonces, la noción esencial y universal de lo jurídico, dentro de la cual quepan todos los derechos que fueran, son y serán, es: La característica formal que lo hace vigente y valido. Tiene entonces vigencia y validez.

CONCLUSIONES

La verdad procesal es una verdad formal que ha pasado por numerosos filtros, a partir de la ocurrencia real de los hechos: Interpretación por quienes los sufrieron, análisis de quienes los observaron, deformación habitual a través del lenguaje e interpretación del juez para acercarse a la verdad.

Pero es lo que tenemos hasta ahora para aproximarnos a la verdad. Es forma imperfecta, sesgada, deformada. Pero es la única que permite que podamos vivir en sociedad.

ETAPA DE INVESTIGACIÓN O INSTRUCCIÓN:

En ésta providencia el Magistrado Investigador señala los objetivos o metas que debe cumplir dentro del proceso

- Si se ha infringido la ley de Ética Médica
- Quienes o quien son los autores del hecho.
- Motivos determinantes y demás factores que influyeron en la violación
- Circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se realizó el hecho.
- Las condiciones sociales, familiares o individuales que caracterizan la personalidad del imputado, su conducta anterior y sus antecedentes procesales

Una vez allegadas las pruebas al expediente, como ya se ha mencionado, se toma una de dos decisiones:

1. Preclusión de la investigación. Equivale a una sentencia absolutoria. Se dicta cuando no se tenga certeza de que la conducta la cometió el procesado; cuando el proceso no pueda proseguirse. O cuando se tenga certeza de que el hecho no existió.

2. Resolución de acusación o Formulación de Pliego de Cargos. Sus requisitos sustanciales incluyen: Que esté establecida la comisión del ilícito. Que exista prueba que comprometa seriamente la responsabilidad del procesado, es decir que de la prueba se deduzca la responsabilidad del procesado. (No se necesita plena prueba que se puede obtener de: confesión, indicios, testimonios, documentos, peritación, inspección judicial).

Son requisitos formales de la resolución de acusación o pliego de cargos

1. La narración sucinta de la conducta investigada, con todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que la especifiquen.
2. La indicación y evaluación de las pruebas allegadas a la investigación.
3. La calificación jurídica provisional: Tiene que encuadrar las circunstancias de tiempo, modo y lugar dentro de una norma jurídica.
4. Las razones por las cuales comparte o no, los alegatos de los sujetos procesales.

Es entonces una resolución:

• Interlocutoria
• Motivada
• Notificable personalmente: es una notificación especial: al defensor y al procesado, se les citará por el medio más eficaz, a la última dirección conocida en el proceso; por comunicación emitida a más tardar el día siguiente hábil a la fecha de la providencia. Trascurridos 8 días a la fecha de la comunicación sin que comparecieren, sin que se presentará excusa válida del defensor para seguir actuando o exista renuencia a comparecer, se le designará un defensor de oficio con quien se continuará la actuación. Notificada personalmente la resolución de acusación al procesado o a su defensor; los demás sujetos procesales se notificarán por estado.
• Debe ser clara, se debe establecer la identificación e individualización plena del procesado o sindicado.
• La motivación no puede ser anfibológica, confusa: debe ser clara en los cargos, un ejemplo de una motivación anfibológica es que haya una indeterminación de la modalidad delictiva
• Debe contener la Imputación Fáctica: que significa que el hecho o hechos constitutivos de la infracción deben estar plenamente señalados, precisados, de tal manera que el procesado sepa a qué atenerse, junto con las circunstancias genéricas de agravación o atenuación.
• Imputación Jurídica: el Magistrado al calificar debe hacer juicio valorativo de los hechos que constituyen la conducta típica para precisar en qué artículo de la norma estarían consagrados.

LA ADECUACIÓN TÍPICA

Todos los seres humanos en nuestra interrelación desarrollamos conductas. La conducta puede ser comisiva u omisiva y se presentan de forma culposa y dolosa, es decir, la conducta puede ser comisiva culposa, comisiva dolosa y omisiva culposa y omisiva dolosa.

La norma jurídica comporta dos presupuestos: Un Hecho Jurídico y la Consecuencia Jurídica. Cuando tomamos las conducta y las examinamos comparándola con el supuesto de hecho contenido en la norma penal estamos hablando de tipicidad.

El tipo ético disciplinario es un símbolo, precepto, descripción y lo podemos definir así:

"Es un instrumento legal lógicamente necesario, de naturaleza descriptiva que tiene como función individualizar las conductas desarrolladas por los médicos.

Todos los tipos éticos tienen una estructura así: Una Acción, un Resultado. Y una Relación de Causalidad.

EL SUJETO

Sujeto Activo: Lo encontramos referido siempre a la conducta de un médico
Sujeto Pasivo: Es el sujeto en quien recae la acción, el Estado es el titular del bien jurídico tutelado de la ética profesional médica.

LA CONDUCTA

Se divide de manera general en comisiva. El elemento descriptivo es la norma que es una composición gramatical perfecta. El verbo rector es el verbo principal que hay en una formación gramatical, es aquello que desarrolla la acción.

EL JUICIO DE VALORACIÓN

Es la valoración que se hace de la conducta examinada para determinar si esa conducta se puede subsumir dentro de la descripción que trae el legislador.

El que interpreta o quien hace el estudio debe buscar la concordancia que existe entre la conducta desarrollada y la descripción hecha por el legislador, es decir, si ea conducta cabe dentro del tipo penal.

Cuando la respuesta es positiva, es decir, si esa conducta cabe de manera perfecta dentro de la descripción hecha por el legislador, o más técnicamente hablando, existe una adecuación típica, estamos frente a una conducta típica.

Entonces, el proceso de adecuación típica del magistrado es un proceso de valoración donde se evalúan el tipo y la conducta. La tipicidad es la respuesta afirmativa de el resultado que nos da al comparar la conducta la conducta con el tipo penal.

Si bien de manera general los autos interlocutorios admiten el recurso de apelación, lo cierto es que hay algunos en que por propia disposición de la ley se les niega la posibilidad de éste recurso, o que jurisprudencialmente se deduce su inapelabilidad, por ser ilógica la segunda instancia para determinados casos, por ser contrarios al sistema procesal imperante o porque se considera que en determinados casos la segunda instancia en lugar de favorecer perjudica a los intereses de los recurrentes.-

EL PLIEGO DE CARGOS

El tribunal Nacional de Ética Médica ha expresado en repetida jurisprudencia:

" En efecto, si leemos detenidamente el artículo 80, literal b), de la ley 23 de 1981, nos percataremos que al enterar por escrito al profesional inculpado de los actos que se le imputan se le señalará fecha y hora para que el Tribunal en pleno lo escuche en diligencia de descargos ".-

" Esta norma es incompatible con cualquier recurso, pues su trámite haría inoficioso tal señalamiento.

" Además, el implicado al sustentar los recursos, de una vez está respondiendo los cargos, con lo que se desconocerá la letra y el espíritu de la norma citada que quiere que los descargos sean rendidos ante el Tribunal en pleno.-

" Si los recursos no le prosperan, y por tanto se confirman los cargos, la diligencia de descargos se volverá inoficiosa, pues el acusado se limitará a repetir los argumentos que ya le fueron rechazados al decidirle los recursos.-

" Al concederle recursos al pliego de cargos, quien los decide está prejuzgando, pues si los confirma y, por lo mismo, hace un gran esfuerzo dialéctico para ese efecto, le va a quedar muy difícil proferir posteriormente una decisión absolutoria ".-

" Esta afirmación aparece particularmente válida con relación al Tribunal de

segunda instancia, pues si confirma los cargos prácticamente está condenado anticipadamente, pues el inferior, salvo que aparezcan pruebas contundentes en la etapa de juzgamiento, quedará atado por el criterio del superior y éste a su vez en el fallo definitivo se limitará a repetir los argumentos con los cuales confirmó tal proveído de cargos ".-

" Uno de los criterios buscados por el Constituyente de 1991, al establecer la Fiscalía General de la Nación, fue el de consagrar el sistema acusatorio, separando claramente las funciones acusatoria y decisoria, es decir, que quien formula el pliego de cargos no sea el mismo que juzga y decide, para evitar que en una misma persona o entidad se confundan las calidades de juez y de parte acusadora ".-

" Esta confusión solo se presenta en el llamado sistema inquisitivo, hoy superado por la mayoría de las legislaciones del mundo. En nuestro país solo subsiste para el juzgamiento de los parlamentarios ante la Corte Suprema de Justicia (art. 235-3 de la Constitución Nacional) ".-

" Desde luego que la justicia ético-disciplinaria está aún lejos de este ideal, pero por lo menos en tratándose del Tribunal Nacional o Tribunal de Segunda Instancia, es preciso quitarle la facultad, que la costumbre y no la ley le atribuyó, de decidir sobre el pliego de cargos, pues, reiteramos, será acusador y juez y, por lo mismo, perderá la imparcialidad necesaria para juzgar, cuando se apela el fallo definitivo".-

" Todo ser humano tiene derecho a ser juzgado con absoluta imparcialidad, la que solo se logra cuando quien adelanta la investigación y formula los cargos no es el mismo que juzga y decide. Y aunque tal principio aún no lo podemos aplicar con relación a los tribunales seccionales, si es posible con relación al Tribunal Nacional, máxime si se tiene en cuenta que de la propia letra del artículo 80 se deduce que el legislador no quiso darle recursos al tan mentado pliego ".-

" A lo anterior debemos agregar, que en los sistemas procesales modernos, la acusación, como la defensa, son atribuciones de la parte, en tanto que la decisión es potestativa del juez. Dentro de la lógica del proceso lo único que puede ser recurrible, como es obvio, son las decisiones judiciales. Por lo mismo, si la acusación es facultad de la parte no debe ser recurrible, pues resulta un contrasentido el que existan acusadores de primera y de segunda instancia.-

" Además, en los procedimientos disciplinarios no se ha consagrado el recurso de alzada para el pliego de cargos y para corroborarlo nos permitimos citar los siguientes estatutos : " Decreto 250 de 1970 " por el cual se expide el estatuto de la

Carrera Judicial y del Ministerio Público", artículos 92, 115 y subsiguientes; Decreto 196 de 1971 " por el cual se dicta el estatuto de la abogacía ", en donde ni siquiera existe resolución acusatoria, sino que se corre traslado es de la denuncia y de los documentos que la acompañan, por el término de 10 días (art. 74); Decreto 1660 de 1978 " por el cual se reglamentan parcialmente las leyes 15 y 20 de 1972, los Decretos 250 y 762 de 1970, 546 de 1971 y 717 de 1978, y otras disposiciones sobre administración del personal de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de las Direcciones de Instrucción Criminal ", artículo 180; y Decreto 1888 de 1989 " por el cual se modifica el régimen disciplinario de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, artículos 37 y siguientes.

Esta jurisprudencia ha sido reiterada posteriormente en varias decisiones como la que se produjo el 4 de septiembre de 1995.- Si no se han producido desde aquella época cambios constitucionales ni legislativos que hagan cambiar el criterio de la Corporación, necesario es concluir que se ha de mantener la jurisprudencia de manera inalterable, y todavía con mayor razón, cuando las consideraciones que allí se hacen son precisamente a favor de los intereses del acusado, para efectos de garantizarle una mayor imparcialidad de la segunda instancia y para efectos de tutelar de manera efectiva su derecho a la defensa.-

En resumen, el pliego de cargos, en el proceso ético disciplinario, es inapelable.

SUJETOS PROCESALES

Normalmente, en el proceso penal, los sujetos procesales son:

1 El procesado
2 Defensor
3 Tercero civilmente responsable
4 Tercero incidental
5 Ministerio público.
6 La parte civil
7 El Estado en cabeza de fiscales y jueces

Pero en el proceso ético disciplinario las partes son

A. El procesado
B. El defensor
C. El Magistrado del Tribunal, como representante de la sociedad

1. EL PROCESADO: La adquiere cuando es vinculado mediante indagatoria o declaratoria de reo ausente. Se debe emplazar a l procesado o imputado ausente por un término de 5 días. De lo contrario se emitirá una declaración de reo ausente: Se da edicto emplazatorio por 5 días y se corren otros cinco días para que se presente el imputado a rendir indagatoria. Si no se presenta el imputado, el fiscal dicta una providencia motivada o interlocutoria declarándolo reo ausente y se le nombra defensor de oficio con el cual se sigue el proceso

2. DEFENSOR: Lo puede ejercer un abogado inscrito. Puede existir un defensor principal y uno suplente que puede ser nombrado por el defensor principal o por el procesado. El procesado siempre debe tener defensa técnica. Se aplica la incompatibilidad en la defensa, en la cual el defensor no podrá representar a dos o más sindicados cuando entre ellos existieren, o sobrevinieren, intereses contrarios o incompatibles. Si son varios procesados y quieren nombrar un solo defensor siempre y cuando no haya intereses encontrados. El defensor de oficio puede ser desplazado por otro abogado nombrado por el procesado a través de un poder, para desplazar un defensor no es necesario que el defensor que se va a posesionar presente el paz y salvo.

3. EL ESTADO: Representado por el Magistrado, quien actúa en nombre de la sociedad, ofendida por la conducta punible del médico y, al mismo tiempo, como elemento del gremio profesional, que entiende el acto médico y se encuentra en capacidad de juzgar su bondad respecto de los pacientes.

El denunciante no es sujeto procesal en los trámites disciplinarios y sólo se consagra en su favor la disponibilidad de apelar el auto mediante el cual el funcionario de instrucción se inhibe de abrir proceso ético disciplinario.

En las condiciones precedentes tomemos como ejemplo que, como consecuencia de una denuncia, el Magistrado Instructor abre proceso disciplinario. Si en esta oportunidad la decisión hubiera sido la contraria, es decir, que el Tribunal hubiera estimado que no era del caso abrir proceso disciplinario y por tanto se hubiera inhibido, el denunciante hubiera podido recurrir dicha decisión.

Pero cuando el proceso es abierto y, en tales condiciones, el denunciante no es sujeto procesal, es claro que ni por si, ni por medio de apoderado puede recurrir algunas decisiones dentro del proceso de ética.

DILIGENCIA DE VERSIÓN LIBRE Y ESPONTÁNEA:

La diligencia de versión libre y espontánea en el Proceso Ético Disciplinario es el equivalente penal a una preindagatoria y es la facultad que tiene una persona de rendir versión libre sobre un hecho punible.

Esa versión debe cumplir varias condiciones:

1. No se realiza bajo la gravedad del juramento.
2. Debe asistir con apoderado o defensor.
3. No es obligado el que rinde la versión libre y espontánea, de autoincriminarse.
4. Son diligencias reservadas, pero una vez rendida la diligencia, puede ser conocida por el imputado y obtener copias con el defensor.

El Estado Social de Derecho tiene como fundamento el respeto a la dignidad humana y la doctrina agrega que además al libre desarrollo de la personalidad. Este artículo envuelve el principio rector en el ámbito disciplinario y penal y se tiene que dar en todo el desarrollo de las etapas procesales

La presunción de inocencia consiste en que a nadie se le considerara responsable hasta que se le demuestre.

En la diligencia se advierte al declarante que no se encuentra bajo la gravedad del juramento y se procede a interrogar de acuerdo con la versión planteada por el denunciante.

Luego de completar el cuestionario, el Magistrado Instructor tiene dos posibilidades:

A. Dictar una Resolución Inhibitoria, mediante la cual el Tribunal se inhibe de abrir proceso, porque considera que no ha existido transgresión a la Ley de Ética Médica. En este caso se archiva el expediente por una de las siguientes razones:

1. Porque el hecho punible no existió.
2. Se establezca una causal de justificación o no inculpabilidad
3. La conducta es atípica (no es penada por el Estado)
4. La acción no podía iniciarse o no puede proseguirse

B. Resolución de apertura de Instrucción. Se cierra la investigación previa cuando:

- La investigación este perfeccionada

- La investigación este completa
- Cuando exista prueba necesaria
- Cuando venza el término de instrucción

EL TESTIMONIO MÉDICO

Las pruebas en derecho pueden ser de varios tipos: Confesión, interrogatorio de parte, juramento, declaración de terceros, prueba pericial, inspección judicial, indicios y documentos, entre otras. El testimonio médico es la clave que puede condenar o absolver al profesional de la salud

Partimos de un elemento esencial: DEBE DECIRSE SIEMPRE LA VERDAD. Y las implicaciones de este postulado son obvias: Cuando se está convencido de haber cometido un error grave y por ende haber ocasionado una lesión graves o la muerte de un paciente, desde el punto de vista civil debe tratar de buscarse una conciliación que indemnice en alguna forma el daño causado.

Contrario sensu, cuando se está seguro de haber obrado diligentemente, de manera cuidadosa, prudente y siguiendo normas de excelencia, jamás debe conciliarse con quien acusa, porque en poder del acusado la ley ha consagrado el Derecho de Contradicción, que le permite atacar las pretensiones del demandante y vencerlo en juicio.

PROTECCIÓN DE LA HISTORIA CLÍNICA

Una vez conocidas las pretensiones de quien demanda, es urgente remitirse a la historia clínica y revisarla cuidadosa y extensamente, para enterarse de las circunstancias precisas del caso y su evolución. La historia no debe alterarse por ningún motivo: las hojas deben encontrarse numeradas, las secciones en orden, los diferentes documentos conservados en su mejor forma y por lo menos dos copias autenticadas ante notaría deben servir de respaldo en caso de futuros extravíos. Es recomendable que la copia original repose en la Dirección del hospital, bajo estrictas medidas de seguridad. Toda declaración testimonial deberá basarse en la historia clínica

Si un acto médico se realizó a conciencia, deberá explicarse paso a paso tratando de describir los detalles de cuidado, diligencia, conocimiento, pericia y seguimiento de normas que lo acompañaron. Cuando se dibujan verbalmente los hechos, no debe el médico detenerse en la complicación en sí, sino en los aspectos previos de diagnóstico, planeación del tratamiento y manejo de las circunstancias adversas que se presentaron.

Se habla de negligencia cuando, a pesar del conocimiento de lo que debe hacerse, no se aplica y por lo tanto se produce un daño. Equivale a descuido u omisión. Aquí entran gran numero de posibilidades, entre las que se incluyen todos los registros defectuosos en las historias clínicas.

Debe el médico demandado establecer claramente si se le acusa de Iatrogenia, accidente, complicación o mala práctica médica

Iatrogenia: Puede catalogarse como un daño para el paciente directo o indirecto, producido por el médico, inevitable y cumpliéndose la norma de atención. (Paciente que recibe radioterapia y esta le produce proceso pulmonar de fibrosis y falla respiratoria consecuente. De la quimioterapia se produzca alopecia en lo menos grave o alteraciones asociadas de su sistema inmunológico que facilita la presencia de infecciones).

Accidente: Evento súbito, repentino e imprevisto y no existe así mismo violación de la norma de atención y donde es importante distinguir, prever y prevenir (la presencia de un shock anafiláctico luego de la administración de algún medicamento; la extracción de un catéter por parte del paciente al despertar de un procedimiento anestésico).

Complicación: Es un evento tardío o inmediato también con el nexo de causalidad directo o indirecto de la actuación del médico con producción de un procedimiento no ideal y debe estar enmarcado dentro de la teoría del riesgo previsto (la presencia de infección urinaria en paciente que es manejado con sonda uretral).

Mala Práctica: En Colombia la mala práctica no está tipificada como delito en sí, pero ésta puede catalogarse en dolosa, culposa y relacionada con incompetencia profesional.

Los tribunales de ética médica no fallan respecto a controversias científicas. Su función es velar por la integridad y honestidad del ejercicio profesional, adecuando la conducta acusada a la norma que la regula.

ETAPA DE INVESTIGACIÓN O INSTRUCCIÓN:

En ésta providencia el Magistrado Investigador señala los objetivos o metas que debe cumplir dentro del proceso.

- Si se ha infringido la ley de Ética Médica
- Quienes o quien son los autores del hecho.

• Motivos determinantes y demás factores que influyeron en la violación
• Circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se realizó el hecho.
• Las condiciones sociales, familiares o individuales que caracterizan la personalidad del imputado, su conducta anterior y sus antecedentes procesales

Una vez allegadas las pruebas al expediente, como ya se ha mencionado, se toma una de dos decisiones:

1. Preclusión de la investigación. Equivale a una sentencia absolutoria. Se dicta cuando no se tenga certeza de que la conducta la cometió el procesado; cuando el proceso no pueda proseguirse. O cuando se tenga certeza de que el hecho no existió.

2. Resolución de acusación o Formulación de Pliego de Cargos. Sus requisitos sustanciales incluyen: Que esté establecida la comisión del ilícito. Que exista prueba que comprometa seriamente la responsabilidad del procesado, es decir que de la prueba se deduzca la responsabilidad del procesado. (No se necesita plena prueba que se puede obtener de: confesión, indicios, testimonios, documentos, peritación, inspección judicial).

Son requisitos formales de la resolución de acusación o pliego de cargos

1. La narración sucinta de la conducta investigada, con todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que la especifiquen.
2. La indicación y evaluación de las pruebas allegadas a la investigación.
3. La calificación jurídica provisional: Tiene que encuadrar las circunstancias de tiempo, modo y lugar dentro de una norma jurídica.
4. Las razones por las cuales comparte o no, los alegatos de los sujetos procesales.

Es entonces una resolución:

• Interlocutoria
• Motivada
• Notificable personalmente: es una notificación especial: al defensor y al procesado, se les citará por el medio más eficaz, a la última dirección conocida en el proceso; por comunicación emitida a más tardar el día siguiente hábil a la fecha de la providencia.

Trascurridos 8 días a la fecha de la comunicación sin que comparecieren, sin que se presentará excusa válida del defensor para seguir actuando o exista renuencia a comparecer, se le designará un defensor de oficio con quien se continuará la actuación. Notificada personalmente la resolución de acusación al procesado o a su defensor; los demás sujetos procesales se notificarán por estado.

• Debe ser clara, se debe establecer la identificación e individualización plena del procesado o sindicado.

• La motivación no puede ser anfibológica, confusa: debe ser clara en los cargos, un ejemplo de una motivación anfibológica es que haya una indeterminación de la modalidad delictiva

• Debe contener la Imputación Fáctica: que significa que el hecho o hechos constitutivos de la infracción deben estar plenamente señalados, precisados, de tal manera que el procesado sepa a qué atenerse, junto con las circunstancias genéricas de agravación o atenuación.

• Imputación Jurídica: el Magistrado al calificar debe hacer juicio valorativo de los hechos que constituyen la conducta típica para precisar en qué artículo de la norma estarían consagrados.

LA ADECUACIÓN TÍPICA

Todos los seres humanos en nuestra interrelación desarrollamos conductas. La conducta puede ser comisiva u omisiva y se presentan de forma culposa y dolosa, es decir, la conducta puede ser comisiva culposa, comisiva dolosa y omisiva culposa y omisiva dolosa.

La norma jurídica comporta dos presupuestos: Un Hecho Jurídico y la Consecuencia Jurídica. Cuando tomamos las conducta y las examinamos comparándola con el supuesto de hecho contenido en la norma penal estamos hablando de tipicidad.

El tipo ético disciplinario es un símbolo, precepto, descripción y lo podemos definir así:

"Es un instrumento legal lógicamente necesario, de naturaleza descriptiva que tiene como función individualizar las conductas desarrolladas por los médicos.

Todos los tipos éticos tienen una estructura así: Una Acción, un Resultado. Y una Relación de Causalidad.

EL SUJETO

Sujeto Activo: Lo encontramos referido siempre a la conducta de un médico
Sujeto Pasivo: Es el sujeto en quien recae la acción, el Estado es el titular del bien jurídico tutelado de la ética profesional médica.

LA CONDUCTA

Se divide de manera general en comisiva. El elemento descriptivo es la norma que es una composición gramatical perfecta. El verbo rector es el verbo principal que hay en una formación gramatical, es aquello que desarrolla la acción.

EL JUICIO DE VALORACIÓN

Es la valoración que se hace de la conducta examinada para determinar si esa conducta se puede subsumir dentro de la descripción que trae el legislador.

El que interpreta o quien hace el estudio debe buscar la concordancia que existe entre la conducta desarrollada y la descripción hecha por el legislador, es decir, si ea conducta cabe dentro del tipo penal.

Cuando la respuesta es positiva, es decir, si esa conducta cabe de manera perfecta dentro de la descripción hecha por el legislador, o más técnicamente hablando, existe una adecuación típica, estamos frente a una conducta típica.

Entonces, el proceso de adecuación típica del magistrado es un proceso de valoración donde se evalúan el tipo y la conducta. La tipicidad es la respuesta afirmativa de el resultado que nos da al comparar la conducta la conducta con el tipo penal.

Si bien de manera general los autos interlocutorios admiten el recurso de apelación, lo cierto es que hay algunos en que por propia disposición de la ley se les niega la posibilidad de éste recurso, o que jurisprudencialmente se deduce su inapelabilidad, por ser ilógica la segunda instancia para determinados casos, por ser contrarios al sistema procesal imperante o porque se considera que en determinados casos la segunda instancia en lugar de favorecer perjudica a los intereses de los recurrentes.-

EL PLIEGO DE CARGOS

El tribunal Nacional de Ética Médica ha expresado en repetida jurisprudencia:

“ En efecto, si leemos detenidamente el artículo 80, literal b), de la ley 23 de 1981, nos percataremos que al enterar por escrito al profesional inculpado de los actos que se le imputan se le señalará fecha y hora para que el Tribunal en pleno lo escuche en diligencia de descargos ”.-

“ Esta norma es incompatible con cualquier recurso, pues su trámite haría inoficioso tal señalamiento.

“ Además, el implicado al sustentar los recursos, de una vez está respondiendo los cargos, con lo que se desconocerá la letra y el espíritu de la norma citada que quiere que los descargos sean rendidos ante el Tribunal en pleno.-

“ Si los recursos no le prosperan, y por tanto se confirman los cargos, la diligencia de descargos se volverá inoficiosa, pues el acusado se limitará a repetir los argumentos que ya le fueron rechazados al decidirle los recursos.-

“ Al concederle recursos al pliego de cargos, quien los decide está prejuzgando, pues si los confirma y, por lo mismo, hace un gran esfuerzo dialéctico para ese efecto, le va a quedar muy difícil proferir posteriormente una decisión absolutoria ”.-

“ Esta afirmación aparece particularmente válida con relación al Tribunal de segunda instancia, pues si confirma los cargos prácticamente está condenado anticipadamente, pues el inferior, salvo que aparezcan pruebas contundentes en la etapa de juzgamiento, quedará atado por el criterio del superior y éste a su vez en el fallo definitivo se limitará a repetir los argumentos con los cuales confirmó tal proveído de cargos ”.-

“ Uno de los criterios buscados por el Constituyente de 1991, al establecer la Fiscalía General de la Nación, fue el de consagrar el sistema acusatorio, separando claramente las funciones acusatoria y decisoria, es decir, que quien formula el pliego de cargos no sea el mismo que juzga y decide, para evitar que en una misma persona o entidad se confundan las calidades de juez y de parte acusadora ”.-

“ Esta confusión solo se presenta en el llamado sistema inquisitivo, hoy superado por la mayoría de las legislaciones del mundo. En nuestro país solo subsiste para el juzgamiento de los parlamentarios ante la Corte Suprema de Justicia (art. 235-3 de la Constitución Nacional) ”.-

“ Desde luego que la justicia ético-disciplinaria está aún lejos de este ideal, pero por lo menos en tratándose del Tribunal Nacional o Tribunal de Segunda Instancia, es preciso quitarle la facultad, que la costumbre y no la ley le atribuyó, de decidir sobre el pliego de cargos, pues, reiteramos, será acusador y juez y, por lo mismo, perderá la imparcialidad necesaria para juzgar, cuando se apela el fallo definitivo ”.-

" Todo ser humano tiene derecho a ser juzgado con absoluta imparcialidad, la que solo se logra cuando quien adelanta la investigación y formula los cargos no es el mismo que juzga y decide. Y aunque tal principio aún no lo podemos aplicar con relación a los tribunales seccionales, si es posible con relación al Tribunal Nacional, máxime si se tiene en cuenta que de la propia letra del artículo 80 se deduce que el legislador no quiso darle recursos al tan mentado pliego".-

" A lo anterior debemos agregar, que en los sistemas procesales modernos, la acusación, como la defensa, son atribuciones de la parte, en tanto que la decisión es potestativa del juez. Dentro de la lógica del proceso lo único que puede ser recurrible, como es obvio, son las decisiones judiciales. Por lo mismo, si la acusación es facultad de la parte no debe ser recurrible, pues resulta un contrasentido el que existan acusadores de primera y de segunda instancia.-

" Además, en los procedimientos disciplinarios no se ha consagrado el recurso de alzada para el pliego de cargos y para corroborarlo nos permitimos citar los siguientes estatutos : " Decreto 250 de 1970 " por el cual se expide el estatuto de la Carrera Judicial y del Ministerio Público", artículos 92, 115 y subsiguientes; Decreto 196 de 1971 " por el cual se dicta el estatuto de la abogacía ", en donde ni siquiera existe resolución acusatoria, sino que se corre traslado es de la denuncia y de los documentos que la acompañan, por el término de 10 días (art. 74); Decreto 1660 de 1978 " por el cual se reglamentan parcialmente las leyes 15 y 20 de 1972, los Decretos 250 y 762 de 1970, 546 de 1971 y 717 de 1978, y otras disposiciones sobre administración del personal de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de las Direcciones de Instrucción Criminal ", artículo 180; y Decreto 1888 de 1989 " por el cual se modifica el régimen disciplinario de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, artículos 37 y siguientes.

Esta jurisprudencia ha sido reiterada posteriormente en varias decisiones como la que se produjo el 4 de septiembre de 1995.- Si no se han producido desde aquella época cambios constitucionales ni legislativos que hagan cambiar el criterio de la Corporación, necesario es concluir que se ha de mantener la jurisprudencia de manera inalterable, y todavía con mayor razón, cuando las consideraciones que allí se hacen son precisamente a favor de los intereses del acusado, para efectos de garantizarle una mayor imparcialidad de la segunda instancia y para efectos de tutelar de manera efectiva su derecho a la defensa.-

En resumen, el pliego de cargos, en el proceso ético disciplinario, es inapelable.

CAPÍTULO VIII
CONSIDERACIONES ESPECIALES SOBRE ÉTICA MÉDICA

EL BIEN Y EL MAL

El concepto del bien y el mal ha existido desde que el ser comenzó a conocerse a si mismo, identificándose además como parte relativamente independiente de un todo.

Aristóteles decía que el bien es lo que todos apetecen, pues perfecciona a quien lo posee. Desde un punto de vista puramente filosófico, el bien acerca a la verdad y esta acerca al ser.

En general, un acto bueno es aquel que tiende a perfeccionar al ser, teniendo en cuenta que el concepto mismo de "perfección" se basa en criterios que pueden resultar parcial o totalmente subjetivos.

Para poder "objetivar" el concepto de perfección, debemos partir de los modelos que el mismo ser humano a dejado a lo largo de la historia. Pero si además estamos convencidos que por encima de cualquier individuo debe primar la especie, el desarrollo y cultivo de la virtud (cualquiera que esta sea), individual o colectiva, aislada o simultánea, lleva al ser humano cada vez mas cerca de ese concepto de perfección al cual nos hemos referido.

Ahora bien, el ser humano bueno no lo es simplemente porque posea una serie de virtudes. Lo es porque en la integridad de su condición es bueno. Porque lucha por alcanzar la perfección individual respetando la individualidad de los demás y protegiendo la integridad de la especie humana.

Cual es el fundamento del conocimiento del bien y el mal? La respuesta es simple: El cúmulo de experiencia humana que ha permitido, a través del sistema ensayo-error, llegar a poseer un criterio sobre lo que conviene o no a la especie. Esto se conoce como Sabiduría. Esa virtud intelectual por la cual tratamos de llegar a las causas ultimas de las cosas.

La Sabiduría ha sido transmitida en varias formas, de generación en generación, por las diferentes culturas humanas, evolucionando de la observación simple hasta los preceptos de alta moral. Sobre este concepto se ha escrito en forma ininterrumpida en los últimos 4000 anos.

De los egipcios se conservan las obras La Sabiduría de Kegemne y La Sabiduría de Ptah-hotep.

Los hebreos plasmaron sus criterios en los Proverbios, los Salmos, el Eclesiastés y el libro de la Sabiduría, atribuido por algunos al Rey Salomón y cuya autoría han negado intelectuales de la talla de San Agustín. Este ultimo libro comienza haciendo mención de la Justicia y luego se exhorta el triunfo de la virtud. Sin embargo, el mas profundo análisis de la sabiduría, en donde se plasman normas éticas universales, es el Eclesiástico, que exhorta el honor a los padres, la practica de la humildad, la misericordia, la templanza, la fortaleza, la amistad y la prudencia, entre otros.

Los chinos tuvieron en las obras de Confucio una excelente guía de conducta social y preceptos morales a través de sus Aforismos.

En Grecia los pitagóricos proclamaron su "amor a la sabiduría", dedicándose a definir el universo en términos científicos, con lo cual el conocimiento se asimilo a la virtud. Platón dividió la Sabiduría en dos partes: La especulativa, orientada hacia la meditación de la verdad y la practica, centralizada en la conducta humana.

La Sabiduría occidental aplicada a la norma ética se encuentra en las obras de los filósofos de los últimos dos mil anos, particularmente en San Agustín, Santo Tomas, Bacon, Spinoza, Descartes y Kant, entre machismos otros.

La época moderna, que considera que la Sabiduría moral ha dado paso al conocimiento científico, no recuerda que es precisamente la ciencia el descendiente natural de la sabiduría de los albores de la humanidad.

Y si bien la ciencia crea nuevos problemas éticos al hombre, su aplicación basada en el bien universal y en la búsqueda de la perfección, es un legado de los millones de

pensadores que hicieron posible abrir el entendimiento para comprender al universo y al ser humano mismo.

MORAL

Moral proviene del latín "mores" y Ética del griego "ethos". Ambos significan: costumbre.

La moral no es simplemente un concepto filosófico. Es una vivencia existencial basada en el mejoramiento o perfección de los individuos. Constituye el código de comportamiento social y personal que defiende los intereses colectivos y permite la convivencia entre personas. La moral es entonces el conjunto de normas de conducta que permite establecer una distinción entre lo que es bueno y lo que no lo es.

El sentido moral nace de la responsabilidad y de la libertad. Es precisamente esta ultima la que hace que los actos sean susceptibles de ser calificados como buenos o malos, pues en el ejercicio de su libertad y luego de un análisis de conciencia, el ser humano toma la decisión de efectuar un acto determinado.

El acto humano libre se basa en conocimiento y deseo a la luz de su propia razón, que posee las características de inteligencia y voluntad.

Sin embargo, esto no quiere decir que la moral deba ser de tipo "situacional", pues la conciencia no puede obrar independientemente de los principios universales, que son al fin y al cabo los que orientan los casos particulares.

De acuerdo con la doctrina católica, que posee el estudio mejor estructurado sobre ética, la moralidad de los actos humanos depende de tres cosas:

-El objeto elegido, o dirección hacia el cual tiende la voluntad.
-La intención o fin, en la que actúa la voluntad y la razón
-Las circunstancias de la acción

Para que un acto sea moralmente bueno, deben ser buenos los tres elementos. Por lo tanto, juzgar los actos humanos solamente en base a su intención, es erróneo. El fin no justifica los medios y no es permitido hacer el mal para conseguir un bien.

El hombre virtuoso es el que posee una predisposición permanente a hacer el bien, dando en forma permanente lo mejor de si mismo. De acuerdo a la Iglesia, las cuatro virtudes humanas esenciales son la prudencia, la justicia, la fortaleza y la templanza.

ÉTICA

La ética es el estudio de la moral. Plantea cual es el valor de bondad de las conductas mismas, de lo que es correcto o incorrecto. Es entonces la filosofía de la moral y por lo tanto busca causas universales que logren adaptar los actos humanos al bien universal.

Se ha definido además como "ciencia del comportamiento", pues parte del análisis histórico y social de hechos morales concretos, tratando de llegar a principios universales en forma objetiva, sistematizando el conocimiento y volviendo verificables estos principios. Es pues, la ciencia que juzga los actos humanos como buenos o malos, entendiendo como acto humano el que procede de la voluntad del hombre.

Como disciplina, la ética es de tipo normativo, es decir, se ocupa del "como debería ser en general" la conducta humana.

De acuerdo con Vélez Correa, hay tres elementos que deben estudiarse:

-El ser humano, causa esencial de la filosofía, pues sin el no existiría la ética.

-La conducta humana

-El bien universal

La ética se basa en el análisis del bien y del mal. Por lo tanto, dentro de la conducta humana hay acciones que deben normatizarse, con el objeto de evitar que el instinto dirija a la razón. Desde este punto de vista, los actos se llevaran a cabo por convicción propia (nacida de la educación social), por normalización externa y como resultado de una visión general del universo.

La ética no es una ciencia positiva. No describe los actos humanos como son, sino como deben ser. Por esto, es una ciencia normativa.

Existen unos principios absolutos para cualquier estructura ética, en lo concierne al ser humano en si. Ellos incluyen su autonomía de decisión, su individualidad, su igualdad de derechos y la practica de deberes elementales como no dañar a nada ni nadie sin absoluta necesidad. El estudio y la enseñanza de estos principios "mínimos" de convivencia es el fundamento de la ética social.

Desde el punto de vista de ética social, estamos de acuerdo con el planteamiento de F Herrera, quien con su acostumbrada profundidad plantea:

"...Tenemos tres grandes principios éticos, destinados al recto obrar humano, según la premisa ética de la recta razón...Haz el bien y evita el mal...No hagas a otro lo que no desees que hagan contigo...Haz a los demás lo que deseas que hagan contigo.

Sin embargo, el respeto a los derechos individuales llega hasta donde los actos de las personas comienzan a lesionar el bien común, pues este es el fin mismo de la ética social, de la convivencia entre personas.

La diferencia entre ética autónoma y ética heterónoma tiene importancia analítica. La primera se basa en el concepto kantiano de autonomía moral, es decir, de la capacidad de la persona para actuar en forma consistentemente moral, sin influencias externas. La segunda es la que se recibe de fuentes externas e independientes de la voluntad y que se imponen por la sanción, la cual puede ser religiosa, política y social.

Ética y educación van de la mano. A través de la educación, tanto en la familia como en la escuela, se inculcan al ser humano en evolución los conceptos básicos de comportamiento, en base al "modelo ideal" de persona que se tenga en la sociedad.

Los principios elementales de la ética natural son: Inviolabilidad del ser humano, igualdad de derechos y respeto a la integridad personal.

ÉTICA MÉDICA

Hace referencia a la permanente evaluación que juzga los actos médicos como buenos o malos, así como al desarrollo de normas que orienten dichos actos. En la misma forma, orienta la conducta general de quienes practican la medicina, dentro y fuera del ejercicio, para mantener su dignidad y tradición sociales.

Los códigos de ética establecen entonces las "reglas de juego" desde el punto de vista moral en la practica médica, basados en criterios lo mas universales posible, sobre lo que es bueno y lo que es malo, apoyados en las costumbres del grupo social y en la extensa y compleja historia de la medicina.

Estos códigos intentan contrarrestar las simpatías, antipatías y afinidades humanas, para que el ejercicio profesional tienda siempre al bien individual y social.

Una profesión consiste en practicar una determinada actividad que sirve a los demás y que se escoge por voluntad propia siguiendo una vocación, con el objeto de realizarse como persona a través de un trabajo.

Para desempeñar a conciencia una profesión, quien la ejerce debe tener una formación moral íntegra. Debe ser una persona honrada, bien formada conceptualmente en su oficio, con un sentido claro de justicia y un marcado afecto por la sociedad en que practica su trabajo.

Por lo anterior, no se puede desligar la medicina como ciencia, de su ejercicio como profesión y de la influencia que sobre ella tienen el Estado, las normas de conducta de la comunidad, el médico como individuo y el mismo paciente como objeto del acto médico.

El Código de Ética Médica Colombiano, lo menciona en su Titulo I, Capítulo I, Articulo 10:

"Los principios éticos que rigen la conducta de los médicos, no se diferencian substancialmente de los que regulan la de otros miembros de la sociedad..."

Las tres metas mas importantes de la medicina son: Curar la enfermedad, aliviar el dolor y readaptar al individuo. Sin embargo, para llegar a esta definición de principios tuvo que recorrerse un largo camino.

El enfermo ha sido considerado por la sociedad en forma diversa. La reacción social frente al enfermo ha sido diferente a lo largo de los siglos. Del abandono de la comunidad primitiva a la posesión demoniaca de muchas culturas, pasando por el concepto del castigo Divino en Babilonia, la inferioridad social de los griegos y la cruz de redención del Cristianismo.

La medicina puede entonces definirse como el arte de conservar y restaurar la salud para hacer la vida mas fácil y segura a la comunidad. Sus pilares son dos: Oficio-arte y tecnología-ciencia. Por tanto, como oficio social es el brazo de la civilización en su lucha contra la Enfermedad.

Si la búsqueda del bien es el fin de la actividad moral, la ética social rige toda actividad dentro del conglomerado de Pueblos y vecinos influenciando en forma directa toda profesión y oficio, incluyendo la Medicina, la cual obedece a ciertos valores considerados como dignos de seguir. Y debe ser así, para que exista congruencia entre toda actividad médica individual o institucional.

Hipócrates regulo la actividad de los médicos a través de su "juramento", en el cual contempla algunos principios morales que todavía son aplicables hoy en día. Sin embargo, el mundo médico actual enfrenta el gran dilema de actuar en medio de

dos éticas que muchas veces son contradictorias: La ética hipocrática, que intenta proteger al paciente y la ética Burocrática, que protege en esencia las finanzas del estado empresarial para poder, en teoría, brindar lo mejor de sus recursos a la sociedad en general, cubriendo así un mayor numero de individuos en lo que se ha denominado la " Racionalización de los recursos de salud ".

Cualquiera que sea el régimen, el médico debe poseer una serie de características esenciales: Amor por el enfermo, bondad con el ser humano, conocimiento científico y respeto por la persona.

Por lo tanto, habiendo superado las etapas históricas del médico como sacerdote, hechicero o mago, el médico no debe ser solamente un científico frío con una serie de conocimientos aplicables. También debe ser un funcionario social, un dirigente, un amigo de los enfermos que se preocupa por el mejoramiento de personas y conglomerados humanos.

La Ética Médica orienta en forma general la actividad médica. Veamos algunos aspectos de tipo regulatorio en los principios de la Asociación Médica Americana:

-Suministrar el servicio médico con piedad y respeto por la persona humana.
-Tratar honestamente a pacientes y colegas
-Denunciar a los médicos deshonestos
-Respetar la ley
-Salvaguardar las confidencias del paciente
-Avanzar en el conocimiento científico en forma permanente

El médico, pues, deberá conocer en forma integral a su paciente, esforzándose por sentir empatía con el mismo, sin importar que tan difícil sea su personalidad ni que tan impactante sea su enfermedad. Debe ser un maestro del enfermo, orientándolo en lo que a conciencia debe hacerse y ayudándole a tomar las decisiones como si las tomara para si mismo. Pero, por sobre todo, deberá sentir una profunda compasión por el ser que sufre, agobiado por una enfermedad a veces sin remedio y ante la cual el médico siempre deberá ofrecer algún tipo de apoyo, especialmente cuando no existe la esperanza.

Las obligaciones y deberes de los médicos se basan en principios morales. La ética médica NO dicta decisiones. Ofrece enfoques sistemáticos de problemas morales. Sin embargo, el punto de separación entre la decisión que se tome por convicción ética y la que se toma por presión legal, económica, burocrática o social es muy tenue en el momento.

El médico no puede darse el lujo de renunciar a sus principios en la forma en que esta siendo obligado por el "concurso de éticas" que vive nuestra sociedad. El médico debe preservar la dignidad y la ética de la profesión, a pesar del acoso de los nuevos dioses de la sociedad actual.

"...El médico competente no anuncia su competencia: la demuestra. El médico humanitario no anuncia su compasión: la practica...".

ALGUNAS NORMAS DE ÉTICA MÉDICA ACEPTADAS UNIVERSALMENTE

En un reciente articulo se revisan algunas de las mas importantes normas éticas mundiales sobre el ejercicio médico.

Ellas incluyen:

-El Juramento Médico (Declaración de Ginebra), adoptado por la Asamblea General de la Asociación Médica Mundial en Ginebra en 1948.

-El Código Internacional de Ética Médica de la Tercera Asamblea General de la Asociación Médica Mundial de Londres en 1949 y reformado por la XXII Asamblea General de la misma entidad en Sidney en 1968.

-Las regulaciones en tiempo de conflicto armado, de la X Asamblea Médica Mundial de La Habana en 1957.

-La Declaración de Helsinki, sobre la investigación en seres humanos, de la XVIII Asamblea Médica Mundial de Helsinki en 1964.

-La Declaración de Sidney, de la XXII Asamblea Médica Mundial, sobre la determinación del estado de muerte.

-La Declaración de Oslo de la XXIV Asamblea Médica Mundial, sobre aborto terapéutico.

-La Declaración de Tokio de la XXIX Asamblea Médica Mundial, en 1975, sobre tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, o castigos impuestos sobre personas detenidas o encarceladas.

-En lo que se refiere a nuestro país, la ética médica fue regulada por la Ley 23 de 1981.

Volviendo un poco a las fuentes mismas de la norma ética, es indispensable analizar el Juramento de Hipócrates, pues de el han emanado las bases de los códigos modernos, siendo además su validez de una vigencia que cobra actualidad si se interpreta en su forma mas amplia.

ALGUNOS PROBLEMAS ÉTICOS FRECUENTES

Pretender cubrir el campo de la Ética Médica en un solo articulo es obviamente absurdo. Sin embargo, enunciaremos algunos problemas que tienen que ver con el ejercicio médico y sobre los cuales se ha creado discusión.

- Control de natalidad
- Aborto
- Eutanasia
- Experimentación humana
- Trasplante de órganos
- Cambio de sexo
- Fecundación in vitro
- Clonación humana
- Ingeniería genética
- Medicinas “alternas”
- Publicaciones médicas
- Información sobre gravedad de casos
- Paros Médicos
- Posición de la medicina ante el SIDA
- Medicina Prepagada
- Colaboración en tortura
- Cuidados Intensivos
- Muerte con dignidad
- Suicidio

Por mencionar algunos de los múltiples problemas que han nacido con el avance tecnológico y que el ser humano deberá resolver en forma satisfactoria en lo hace referencia a la conducta de los médicos.

Sin embargo, no es solamente en estos aspectos específicos en donde se ponen en juego los principios morales de los médicos. Por el contrario, todos los días nos estamos enfrentando a problemas que requieren toma de decisiones basadas en la formación y en la razón. Todo paciente presenta, a los ojos de un médico, un problema ético.

Una decisión racional en medicina es aquella que calcula las probabilidades de todas las opciones posibles ante un hecho determinado y elige la que mas convenga al enfermo, particularmente cuando existen condiciones de incertidumbre.

MÉTODOS EN ÉTICA CLÍNICA

El aparato conceptual ético de naciones como los Estados Unidos, se fundamenta en los principios éticos del informe Belmont, que son los de autonomía (La persona esta en capacidad de autogobernarse correctamente), de beneficencia (Debe ofrecerse a la gente lo que la beneficie y no ocasionarle el mal) y de justicia (Todos los seres humanos son iguales en derechos).

Estos principios sirven para determinar entre obligaciones morales que confluyen y que, frecuentemente, se oponen. Para ello se establece la distinción entre los deberes "Prima facie" (Deber que hay cumplir siempre) y los deberes efectivos (Que surgen de cada circunstancia).

Cada decisión clínica implica un compromiso con una conducta determinada juzgada como buena para el enfermo. Se parte de la base que el médico que juzga los hechos es una persona madura profesional y moralmente.

El método de valoración ética parte siempre del análisis de todos los hechos y circunstancias que rodean al paciente y su enfermedad. Desde este punto de vista, el problema que se afronta es, en cierta forma, situacional. Prácticamente no existen dos casos idénticos en medicina. Sin embargo, el análisis del caso se puede basar en analogías.

El método utilizado por Thomasma, en Chicago, sigue los siguientes pasos:

1-Recopilar los hechos del caso.
2-Recopilar los valores de las partes involucradas.
3-Definir los principales conflictos de intereses y valores.
4-Descubrir las medidas que protegen el mayor numero de valores e intereses de las partes.
5-Planear la forma de actuar.
6-Sostenerse y defender la decisión que se tome.

A su vez, el método de Siegler incluye:

1-Evaluar las circunstancias médicas, opciones terapéuticas y riesgos posibles

2-Conocer las preferencias del paciente, incluyendo su capacidad de decisión
3-Sopesar el tipo de calidad de vida
4-Analizar los factores económicos y sociales

Existen métodos un poco mas complejos, como el de Drane y el denominado protocolo de Bochum, que solamente mencionaremos en este articulo.

En resumen, el médico debe ejercer siempre buscando el bien de su enfermo, bajo criterios éticos definidos que se aprenden en parte en la escuela de medicina y, principalmente, en el diario aprendizaje del ejercicio profesional a través de profesores idóneos, colegas de rectitud a toda prueba e instituciones que todos los idas permitan estudiar y profundizar en temas que toquen en alguna forma la relación médico-paciente.

PILARES DE LA ÉTICA MÉDICA

Existe consenso en torno a los pilares sobre los que se desarrolla la ética médica en la actualidad, por que sus características de universalidad, sobrepasan los eventuales límites que las diferencias morales, sociales o religiosas entre los distintos grupos humanos podrían señalar. Estos principios, denominados por el filósofo inglés W. D. Ross de "prima facie" son respeto por la autonomía, beneficencia - no maleficencia y justicia. Hace ya varios años se realizó el planteamiento de estos principios, apoyado por diferentes escuelas éticas, y la prueba del tiempo no ha mostrado la necesidad de incluir otros como "fundamentales" para la solución de los problemas éticos médicos o de modificar la aproximación basada en el enfoque que hemos mencionado. El método ha sido objeto de naturales críticas, que sin embargo no han llegado a inestabilizar el constructo ético que sobre él se ha levantado.

El Principio de Beneficencia se halla estrechamente ligado a la profesión médica desde los inicios de su ejercicio científico en el siglo V a. C. En el Juramento Hipocrático se establece: "Prescribiré a los enfermos el régimen de vida y tratamiento que los beneficie, según mis conocimientos y mi criterio, y me abstendré de causarles daño o perjuicio". En esta sentencia hipocrática se evidencian dos principios fundamentales de la ética: el de no maleficencia y el de beneficencia: el primero en "me abstendré de causarles daño o perjuicio", resumido en el mucho más conocido"Primum non nocere", de obvio carácter obligatorio, y el segundo en "prescribiré a los enfermos el régimen de vida y tratamiento que los beneficie".

En pocas palabras el principio de beneficencia consiste en buscar el bien. En la naturaleza de la relación médico-paciente se impone el deber de actuar para el

beneficio del enfermo, es decir el deber de la beneficencia es inherente al papel del médico. Un médico que no está actuando por el beneficio del paciente, no está actuando como tal.

Uno de los problemas éticos más conflictivos es la decisión de limitar el libre ejercicio de la voluntad de un paciente, sometiéndolo a restricciones por decisión del médico o de una instancia legal, que se oponen a su albedrío, lesionando así un aspecto fundamental del carácter actual de la relación médico-paciente, como es el profundo respeto por la autonomía del mismo.

Dadas las condiciones legales actuales, no solo de nuestro país sino de muchas otras naciones, así como nuestras convicciones personales acerca del ejercicio médico, estamos convencidos del papel fundamental que el ejercicio de la autonomía del paciente tiene en el acto médico, elevándolo de la condición que hasta no hace mucho tiempo se le daba de "paciente", como si la palabra derivara de su "pasivo" rol, a la de "persona enferma", en la que no se le menosprecia su integral condición de "persona" por la razón de estar "enferma". No obstante, así mismo, vemos clara la necesidad de adoptar el principio de beneficencia, en busca del bien del paciente o por solidaridad con una determinada comunidad, cuando bajo ciertas condiciones el individuo no puede ejercer dicha autonomía a la que tiene pleno derecho.

El Principio de Autonomía consiste en que a los individuos racionales debe permitírseles su autodeterminación, es decir se actúa autónomamente cuando las acciones son el resultado de las decisiones propias, de la voluntad del individuo. " Todos los seres sensibles apetecen, pero sólo los personas apetecen racionalmente, por tanto, la voluntad no es otra cosa, que el apetito racional, donde radica, precisamente, la libertad, la cual significa la facultad de obrar con conciencia de las finalidades". Según Aristóteles el alma racional tiene tres facultades: entendimiento, memoria y facultad; de tal manera que la voluntad aspira a aquello que el entendimiento le muestra. Quien esencialmente carece de entendimiento no tiene voluntad, pues no puede captar intelectualmente las finalidades. A la luz de los conceptos actuales, ampliando los conceptos aristotélicos, para poder ejercer la autonomía se requieren algunas condiciones "sine qua non": capacidad, posesión del derecho, libertad e información adecuada.

La capacidad hace referencia al pleno uso de las facultades intelectuales y el criterio suficiente para juzgar los riesgos y alternativas, es el entendimiento aristotélico. La posesión del derecho es la titularidad del derecho, bien o interés sobre el cual el sujeto consiente el acto médico. La libertad es la posibilidad del ser de tomar por si mismo (es decir, sin ser precedentemente determinado de manera unívoca por

nada) una dirección frente a valores limitados conocidos, para elegir o no elegir. La información adecuada es el conocimiento de las alternativas de tratamiento, de los beneficios esperados y las posibles complicaciones que los procedimientos puedan generar sobre el paciente.

Si atendemos de manera honesta a las definiciones que hemos dado de beneficencia y autonomía, encontramos en dichas descripciones, no sólo la esencia de lo que ellas constituyen, sino a la vez unos límites claros que permiten establecer certeramente lo que no son. En múltiples ocasiones el desconocimiento de estos límites conduce a actuaciones que pretenden ampararse en el respeto por la autonomía, siendo en realidad negligencia, o en la beneficencia tratándose en realidad de paternalismo.

Hemos dicho que en la naturaleza de la relación médico-paciente se impone el deber de actuar para el beneficio del enfermo. La pregunta que nos debemos entonces plantear es ¿quién ha de decidir qué es benéfico para el enfermo? Mientras los médicos piensen que por haber dedicado parte de su vida al estudio de las condiciones de salud y enfermedad de los individuos son poseedores del derecho de decisión absoluto sobre lo que es bueno o malo, no cabe duda que la respuesta será: el médico. No obstante, es claro que la respuesta surge de la falsa premisa de la "posesión del conocimiento absoluto", hecho evidentemente ficticio al que hay que agregar la total ausencia de la participación del objeto de la decisión (el enfermo), por lo que conduce a una respuesta naturalmente errada. Este tan frecuentemente cometido desatino constituye el extremo conocido como paternalismo.

El paternalismo en términos generales consiste en actuar en forma tal, que se cree que se está protegiendo o resguardando el interés de un individuo, aunque el obrar de esta manera vaya en contra de su voluntad inmediata o de su libertad de escoger. Es en esta circunstancia en que una mala comprendida "beneficencia" lesionaría el derecho de autonomía. (Esto realmente no es beneficencia).

Por otra parte, al no reconocer la incapacidad del individuo (ausencia de capacidad, libertad, posesión del derecho o información adecuada) para ejercer su autonomía y permitirle deliberar sin que pueda hacerlo, incurrimos en una falta por omisión, que denominamos negligencia.

La negligencia es el descuido u omisión respecto a la conducta que se debe observar, y es una de las causales de culpa, que según la doctrina jurídica se presenta cuando "el agente no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poderlos evitar..."

En la situación descrita, una mala comprendida "autonomía", lesionaría el principio de beneficencia, pero es obvio aquí, como lo fue en el extremo opuesto, que si no se dan las condiciones para el ejercicio de la autonomía -capacidad, libertad, posesión del derecho o información adecuada- no es autonomía lo que se practica y por lo tanto no se le pueden atribuir a ella los deletéreos efectos producidos.

EL EQUILIBRIO

A partir del origen de la relación médico paciente en algunos casos el paciente no podrá practicar su autonomía, pues la decisión respecto a ésta no ha surgido de una decisión voluntaria, sino de manera espontánea del médico en caso de emergencia o por solicitud de terceros. En estos eventos el médico emprende su labor dirigido por el principio de beneficencia que estrechamente ligado al acto médico hace parte de su esencia.

Dos circunstancias adicionales han de ser consideradas: 1. Aquellas condiciones en las que se determina que el paciente no pueda usar su autonomía y 2. La condición en la cual el paciente desea transferir parte de su autonomía al médico porque confía que actuará de la mejor manera. Siempre que sea posible el paciente debe tener el derecho de decidir autónomamente sobre lo que le conviene, es obligación del médico de manera sincera y desinteresada orientarlo e informarle sobre las posibles opciones. En este tipo de relación no hay contraposición beneficencia-autonomía pues se cuenta con el paciente para decidir lo mejor (lo que lo beneficie).

Hemos ya descrito desde las definiciones las condiciones que limitan la autonomía y sólo bastaría agregar la enorme importancia de la información en este proceso. La información que se presente al paciente debe ser verdadera, clara, completa y discutida con él mismo. Es un derecho esencial del paciente para poner en ejercicio su libertad a la vez que se constituye en deber del médico:

Se insiste en la necesidad de la existencia de un documento en donde expresamente se consienta la práctica del acto médico. Los médicos han prestado particular atención a los procedimientos invasivos, olvidando que cualquier tratamiento puede presentar riesgos y efectos secundarios que deben ser conocidos por el enfermo y expresamente aceptados en forma documental (en casos de emergencia el documento debe obviarse por estar en peligro la vida del paciente, dejando una clara nota a este respecto en la historia clínica)

CONCLUSIONES

1. El ejercicio médico se fundamenta hoy en los tres pilares éticos de Autonomía, Beneficencia y Justicia.
2. El análisis cuidadoso y el conocimiento real de los principios de Beneficencia y Autonomía permiten determinar que entre ellos no hay oposición, pues ninguno mira objeto distinto que el bien del paciente.
3. La oposición surge cuando se desvirtúa la Beneficencia en Paternalismo lesionando la Autonomía, o la Autonomía en Negligencia atentando contra el beneficio.
4. Es deber del cirujano ver en el paciente a la persona integral que ante la enfermedad requiere su ayuda, pero que mientras pueda ha de ser libre de ejercer su voluntad.

COERCIBILIDAD MORAL EN LA SOCIEDAD

Si la obligatoriedad de las normas morales fuera un hecho acatado en nuestra sociedad, sin duda tendríamos un mundo mucho mejor del que actualmente todos sufrimos. No existiría sino la íntima convicción de hacer aquello que sea bueno y no se dañaría a nadie. Sin embargo, la ausencia de algo que convierta la buena intención de la norma moral en algo que necesariamente debe cumplirse, es lo que llevó a la creación del Derecho, es decir, de aquel conjunto de normas que regulan la vida en sociedad.

Moral y Derecho han sido temas que tradicionalmente se han imbricado. Las diferencias esenciales entre los dictados morales y jurídicos vienen desde hace mucho tiempo. Aunque el Derecho y la Moral tienen varias cosas en común, partiendo de que ambas pertenecen a la categoría del deber ser, no son iguales ni se confunden en sus campos. Si bien es cierto que el Derecho acepta que el respeto a la moral es parte del Bien Común, y trata de crear un clima propicio para el ejercicio de actos moralmente buenos, sus campos son diversos.

Aunque se podría pasar revista a la historia desde Sumeria, existen tres grandes posiciones en la historia.

1-Grecia. Las nociones de Moral y Derecho se confundían. Formaban un solo todo, en cuanto que tanto la una como la otra tenían un marcado carácter religioso. Eran dos vertientes que se desprendían de los conceptos clásicos y ortodoxos de la religión. No había un deslinde claro entre ambas nociones y eran por lo tanto prácticamente sinónimos. Se significaban las grandes instituciones religiosas de la época

2-Roma. Aunque el Derecho Romano ha perdido vigencia debido a las teorías germánicas, debe recordarse que también se confundía la noción de Moral y Derecho,

más que todo en su dinámica y en el desarrollo mismo de los conceptos, así como de los campos que abarcan. La confusión se originó en cuanto a su principal resultado, haciéndose una amalgama entre el pecado y el delito. La primera, noción de tipo religioso y el segundo, de origen esencialmente estatal y punitivo. Hasta el punto que los delitos se consagraban por la misma ley positiva en la medida en que atacaban los fundamentos morales y religiosos de la sociedad romana. Era muy difícil encontrar un hecho que fuera delito y que al mismo tiempo no fuese pecado.

3-Tomás Hobbes. Comienza a vislumbrar la diferencia entre una y otra noción, al establecer que todo lo que concierne a la moral hace parte de la conciencia del ser humano. En cambio lo jurídico, el derecho, pertenece a la esfera del fuero externo del ser humano. Ahí comienza a deslindarse entre lo puramente moral, o asuntos de conciencia y lo jurídico, que es aparte de la conciencia y que constituye parte del fuero externo de la persona y que se reglamente por el Estado

4-Emmanuel Kant. Esta tesis abre el camino a la filosofía kantiana, que hizo el deslinde perfecto entre lo que es la moral y el derecho, a través de la construcción de los imperativos categóricos, que son aquellos postulados según los cuales todo ser humano debe reglamentar su conducta o su comportamiento. Kant distingue entre lo que legal y lo que es justo, enunciando un gran imperativo categórico cuyo eco resuena en el mundo actual: "Compórtate de tal manera que tu conducta pueda hacerse y establecerse como una norma universal". Como corolario estableció Kant que no todo lo legal es justo, ni todo lo justo es legal. Al tiempo, no todas las cosas justas son necesariamente legales. La injusticia se puede superponer a la legalidad. De aquí pueden sacarse dos consecuencias que en el fondo constituyen las dos grandes diferencias que existen en el campo de la modernidad entre la moral y el derecho:

1- AUTONOMÍA DE LA NORMA

La moral es autónoma. Es completamente unilateral. Es independiente. Subsiste por si misma. Obedece a un principio autónomo, es decir, dictado y aceptado por la propia conciencia, poniendo en juego razón, voluntad y libertad. El autor de la norma es el mismo que la cumple. Por el contrario, el Derecho se basa en principios de heteronomía, pues la norma la dicta el legislador sin tener en cuenta la voluntad de los asociados. Este concepto kantiano no es aceptado por todo el mundo.

En su autonomía pueden presentarse tres posiciones: Una moral objetiva, una subjetiva y otra total amoralidad. La objetiva parte del supuesto según el cual existen unas reglas de conducta inmodificables a las cuales debe adecuarse toda conducta humana. Por ejemplo, la moral cristiana (tiene una tabla específica).

La mayoría de las morales son objetivas y por lo tanto se establece un maniqueísmo según el cual, las personas que se atienen, más estrechamente a las normas, son tildadas de morales. En cambio, aquellas que no las observen son calificadas de inmorales. Estas reglas son fijas y han evolucionado muy poco a través de la historia y dividen a las personas entre buenas o malas, de acuerdo con su conducta. No puede saberse de donde salieron estas normas, pues fueron impuestas con criterios relativos de la consideración de lo que es el bien y el mal, partiendo de divinidades inexistentes.

La moral subjetiva plantea el desconocimiento de las reglas objetivas de moral. Por el contrario, es cada ser humano el que se dicta sus propias formas de comportamiento. Por lo tanto, no existen personas morales o inmorales. Cada quien actúa de acuerdo a sus propias reglas morales y establece sus propias rutas de vuelo de modalidad y a ellas se ajustan en la medida en que coincidan con su criterio. Sus seguidores afirman que la moral no puede ser impuesta por nadie. Por lo tanto, puede ser cambiable o mutable.

La amoralidad desconoce olímpicamente todas las reglas de conducta de moral, sean objetivas o subjetivas. En el campo de la amoralidad, la moral como institución y como ente metafísico, no tiene existencia. Constituye entonces una apatía hacia las reglas de moralidad. Una persona amoral desconoce toda regla moral. Esto no significa que sea mala. Simplemente sus patrones de comportamiento son diferentes, con prescindencia total de todo lo que tenga aroma a moral. Plantean que hay otras reglas o normas a donde la persona puede acudir para calificar sus conductas.

Es completamente diferente a la Inmoralidad, la cual quebranta a propósito las reglas morales o va en contra de ellas. Es un enfrentamiento a las normas morales.

El Derecho, en cambio, es heterónomo. Es decir que implica toda una serie de construcciones de carácter científico e interpretativo según las cuales tiene que necesariamente establecerse unas correlaciones entre ellas, para que puedan subsistir. De otra manera expresado, el Derecho es bilateral. Para existir requiere necesariamente de un medio social y obviamente toda norma jurídica implica la presencia mínima de dos seres humanos.

El Derecho para subsistir requiere necesariamente de un contrato social por medio del cual se establece un hecho determinado como delito. El Derecho no se puede concebir aislado de su contexto social. Se encuentra enclavado e involucrado en todos los desarrollos sociales y económicos. Por lo tanto no acude a la conciencia, pues siempre coloca al hombre con su semejantes, con el Estado, con la naturaleza, etc., pero siempre relacionado con algo o alguien.

2- OBLIGATORIEDAD

El precepto jurídico y la norma moral se diferencian en el aspecto de la obligatoriedad. Mientras en la acción moral no existen sujetos que exijan el cumplimiento del deber ético, siendo el garante de la acción la propia conciencia. La norma legal, en cambio, impone deberes que pueden ser vigilados por terceros, quienes pueden reclamar el cumplimiento de lo prescrito. Es decir, el Derecho es susceptible de coactividad, o sea el hecho de obligar a cumplir la norma, aún en contra de la voluntad del obligado (diferente a coacción que es el empleo ilegal de la fuerza). El sujeto a quien obliga la norma jurídica recibe la denominación de pasivo. A quien exige el cumplimiento de la norma se le llama activo.

El Derecho, en sentido subjetivo, es la posibilidad de hacer o no hacer algo, de manera lícita. Y es subjetivo porque se constituye en posibilidad de hacer o no hacer, de acuerdo con la voluntad de los sujetos.

La moral no es coercible. En cambio el Derecho si es coactivo. A una persona que cumple o incumple una regla de moral no le pasa nada por fuera de su propia conciencia.

La moral pública es un concepto etéreo. Se puede hablar de ella en cuanto se encuentre debidamente tipificada y reglamentada por el Derecho. Incluso las violaciones menores a las buenas costumbres se encuentran más o menos reguladas por la ley.

El Derecho, contrariamente a la moral, es coercible. Independientemente de su creencia o no en las normas jurídicas, la persona tendrá que pagar o atenerse a los ritos establecidos por el derecho. La persona que establece una relación comercial y la incumple, es motivo de coactividad jurídica.

En el campo del Derecho penal, cuando se ingresa en una conducta tipificada como delito, independientemente de su criterio o voluntad, la persona entra en un proceso que termina en una sentencia.

3- LA INTENCIÓN DEL ACTO

Para la moral lo importante es la intención del acto humano, obviamente ajustado a las normas de licitud, sin tener en cuenta sus resultados objetivos exclusivamente. Así, una acción bien intencionada puede tener tres resultados: Uno bueno, coincidente con la norma legal, cuya estructura es perfecta. Otro, igualmente bien intencionado, pero con resultado adverso, cuya estructura moral es buena a pesar de las malas consecuencias. Otro, no bien intencionado moralmente, pero con un buen resultado

externo, el cual es criticable desde el punto de vista puramente ético. Y el último, malo en su intención y en sus resultados, que sería el peor de todos.

Para el Derecho lo importante es el resultado objetivo, aunque con frecuencia se juzga la intención que llevó al acto mismo. Los cuatro actos anteriores serían entonces: Bien intencionado con buen resultado, en cuyo caso nada se puede reclamar. Bien intencionado pero con resultado adverso, el cual es susceptible de reclamo por la consecuencia adversa. Mal intencionado pero con resultado bueno, en cuyo caso el Derecho guarda silencio. Y mal intencionado con resultado igualmente malo, el cual es rápidamente condenable.

En resumen, el Derecho mira la dimensión objetiva de la conducta y la realización de valores colectivos que buscan el Bien Común, mientras la Moral aprecia la dimensión subjetiva del acto, persiguiendo valores personales.

LAS NORMAS DE TRATO SOCIAL

Estas constituyen una especie de norma tácita relativa a las buenas costumbres. Algunas de dichas normas son la decencia, la cortesía, la urbanidad, las convenciones del buen lenguaje, etc. Son intermedias. Cuando se falta a ellas son motivo de sanción social. Son reglas de decencia.

Las buenas costumbres, por su parte, son códigos de honor que se originaron en el derecho comercial marítimo. Es el respeto a la palabra dada, así el texto del contrato haya quedado oscuro, se va al espíritu del mismo y no solamente a la formalidad.

De acuerdo con Noguera, ellas son verdaderas normas y, aunque no pueden ser juzgadas a la luz de los criterios de la Moral y el derecho, la sociedad exige una forma especial de cumplimiento de las mismas con el objeto de hacer la convivencia más agradable. De otro lado, aunque su incumplimiento carezca de sanción legal, acarrea una sanción de tipo social.

LOS CÓDIGOS DE MORAL SE TRANSFORMAN EN LEYES

Uno de los eventos más curiosos de la sociedad actual es la materialización de la moral al transformarla en norma, la cual debe ser vigilada y aplicada por los propios pares, constituidos en representantes de la profesión a la que pertenecen e investidos de la dignidad de la magistratura la cual, aunque no pertenece exactamente a la Justicia ordinaria como tal, sí desempeña funciones similares. Y estas funciones se consagran en la misma Carta política del país.

Cuando los magistrados de los tribunales de ética reciben una queja lo hacen como representantes de la comunidad a la cual pertenecen y, una vez recibida, siguen con las normas constitucionales que garantizan los dos derechos más importantes en materia disciplinaria y penal: El debido proceso y el derecho a la defensa.

Y la sociedad les ha conferido tal responsabilidad a quienes desempeñan la función de vigilantes de la conducta de sus colegas, que hasta pueden castigar con suspensión a quienes transgreden los límites de la buena conducta. Suspensión que puede llegar hasta el término de cinco años en el ejercicio de la medicina.

Esto sin exceptuar la obligatoriedad de remitir a la justicia penal aquellos casos en los cuales se confirma una violación a derechos consagrados en el Código Penal, caso en el cual deben compulsar copias a la justicia ordinaria para que obre en consecuencia.

Con frecuencia, las decisiones de los tribunales son más severas que las de la misma Justicia Penal. Incluso cuando la última absuelve a determinados profesionales por no haberse podido comprobar la comisión de un delito, los tribunales de ética médica condenan al confirmar que sí se transgredió la norma moral tipificada en la respectiva Ley.

Y la razón es muy clara. Para quienes aducen que se estaría juzgando a un profesional dos veces por la misma falta, debe mostrarse que se trata de dos jurisdicciones diferentes, lo cual no va en contravía con el principio del Non bis in idem.

Corte Constitucional
Magistrado Ponente: **Dr. MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ**
Fecha: Febrero 24 de 1999.

No. de Rad.: C-116-99

Ahora bien, las reglas éticas aplicables a una determinada profesión pueden llegar a convertirse en normas jurídicas de imperativo cumplimiento. Esto ocurrió en relación con la ciencia médica, cuando una serie de preceptos de esa naturaleza fueron finalmente recogidos por la legislación vigente, a través de la Ley 23 de 1981, con el pertinente deber jurídico de acatamiento, so pena de la imposición de las correlativas sanciones por faltas a la denominada "ética médica". De esta forma, dichos mandamientos trascendieron el reproche social y el cumplimiento como obligación moral, para convertirse en patrones de conducta exigibles en forma coercitiva y con autoridad, por organismos preestablecidos, entre ellos los denominados tribunales ético profesionales, en la forma de amonestaciones privadas, censura, suspensiones o exclusión en el ejercicio de la profesión, conformando un régimen disciplinario, sin olvidar que también su desconocimiento puede dar lugar a sanciones de carácter penal y civil.

Capítulo IX
DIFERENCIAS ENTRE DERECHO, MORAL, BUENAS COSTUMBRES Y REGLAS DE TRATO SOCIAL

INTRODUCCIÓN

Cuatro elementos rigen la conducta humana en sociedad, para que las personas se comporten de manera medianamente correcta en el conglomerado comunitario en que transcurren sus vidas: Las normas jurídicas, los dictados morales, la practica de las buenas costumbres y el acatamiento de las reglas de trato social.

Pero cual de ellas es la mas importante directriz de conducta para los miembros de la sociedad? Cual es la que tiene verdadera repercusión en los actos humanos?

El propósito de este escrito es analizar de manera muy somera los fundamentos de la sujeción a estas cuatro guías de comportamiento en sociedad.

ANÁLISIS INICIAL

Los cuatro conceptos parten del deber ser; es decir, describen conductas y situaciones que deben ser cumplidas con base en el concepto de perfección que cada sociedad posee. Y esta idea de perfección ha sido la que ha impulsado el conocimiento y la sabiduría humana, siendo estos dos además su mecanismo de retroalimentación en el sentido de añadir mayor perfección en cuanto mayor es el conocimiento de las cosas.

Se afirma que el Derecho constituye el mínimo moral en la conducta de las personas. Y es apenas obvio que las normas jurídicas no pueden ir en contra de la moral. Sin embargo se puede dar el fenómeno del "Derecho Injusto", dependiendo del momento de su consideración. Si en el siglo actual juzgamos la institución de la esclavitud, nos parece monstruosa desde todo punto de vista. Sin embargo, era aceptada por la sociedad y sus normas jurídicas en muchas partes del mundo. De otro lado, las ideas totalitarias de tipo fascista que llevaron al régimen nazi a cometer semejantes atropellos, fueron a su vez elaboradas y aceptadas por la sociedad que las sufrió y, por lo tanto, eran la norma jurídica de aquel entonces, siendo su aceptación obligatoria.

Asimismo, lo que para algunos países puede ser norma moral, para otros no lo es. Por lo tanto, acatar el Derecho no implica necesariamente un deber moral. Y en esto aplica la teoría de la resistencia a algunas normas por parte de quien considera que son totalmente inmorales. Esto es explícito, por ejemplo, en el Catecismo de la Iglesia Católica, en cuyo numeral 1903 expresa: "…si los dirigentes proclamasen leyes injustas o tomasen medidas contrarias al orden moral, estas disposiciones no pueden obligar en conciencia…"

Otros dicen que la norma moral es el mismo derecho natural. En este aspecto vale la pena discutir acerca de la cientificidad del concepto de Derecho Natural, pero teniendo en cuenta que el acatamiento del derecho no es necesariamente una obligación moral en todas partes del mundo y que lo que denomina Derecho Natural no es aceptado por todos.

Aunque Derecho, Moral, Buenas Costumbres y Normas de Trato Social se encuentran imbricados entre sí, puesto que se complementan en algún momento, existen diferencias esenciales, como vamos a ver.

1- DEFINICIONES

A- Derecho es el conjunto de normas que regula vida en sociedad con miras a obtener la coexistencia pacífica, el bien común, la felicidad colectiva y el orden social.

Ejemplo: la Constitución de 1991 expresa en la declaración sobre LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

Art. 1. 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.

Art. 2. 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 p articulares.

B- Moral es la aplicación a un caso específico de las reglas éticas universales que buscan el bien y desechan el mal, considerando con esto acercarse a la perfección del ser individual. Moral proviene del latín "mores" y Ética del griego "ethos". Ambos significan: costumbre.

La moral no es simplemente un concepto filosófico. Es una vivencia existencial basada en el mejoramiento o perfección de los individuos. Constituye el código de comportamiento social y personal que defiende los intereses colectivos y permite la convivencia entre personas. La moral es entonces el conjunto de normas de conducta que permite establecer una distinción entre lo que es bueno y lo que no lo es.

El sentido moral nace de la responsabilidad y de la libertad. Es precisamente esta ultima la que hace que los actos sean susceptibles de ser calificados como buenos o malos, pues en el ejercicio de su libertad y luego de un análisis de conciencia, el ser humano toma la decisión de efectuar un acto determinado. El hombre virtuoso es el que posee una predisposición permanente a hacer el bien, dando en forma permanente lo mejor de si mismo

La ética es el estudio de la moral. Plantea cual es el valor de bondad de las conductas mismas, de lo que es correcto o incorrecto. Es entonces la filosofía de la moral y por lo tanto busca causas universales que logren adaptar los actos humanos al bien universal.

Se ha definido además como "ciencia del comportamiento", pues parte del análisis histórico y social de hechos morales concretos, tratando de llegar a principios universales en forma objetiva, sistematizando el conocimiento y volviendo verificables estos principios. Es pues, la ciencia que juzga los actos humanos como buenos o malos, entendiendo como acto humano el que procede de la voluntad del hombre

Como disciplina, la ética es de tipo normativo, es decir, se ocupa del "como debería ser en general" la conducta humana.

La ética se basa en el análisis del bien y del mal. Por lo tanto, dentro de la conducta humana hay acciones que deben normatizarse, con el objeto de evitar que el instinto dirija a la razón. Desde este punto de vista, los actos se llevarán a cabo por convicción propia (nacida de la educación social), por normatización externa y como resultado de una visión general del universo.

La ética no es una ciencia positiva. No describe los actos humanos como son, sino como deben ser. Por esto, es una ciencia normativa. Existen unos principios absolutos para cualquier estructura ética, en lo concierne al ser humano en si. Ellos incluyen su autonomía de decisión, su individualidad, su igualdad de derechos y la practica de deberes elementales como no dañar a nada ni nadie sin absoluta necesidad. El estudio y la enseñanza de estos principios "mínimos" de convivencia es el fundamento de la ética social

Desde el punto de vista de ética social tenemos tres grandes principios éticos, destinados al recto obrar humano, según la premisa ética de la recta razón: Haz el bien y evita el mal; no hagas a otro lo que no desees que hagan contigo; y haz a los demás lo que deseas que hagan contigo. Los principios elementales de la ética natural son: Inviolabilidad del ser humano, igualdad de derechos y respeto a la integridad personal.

C- Normas de trato social o convencionalismos sociales son conductas y actos que representan simbolismo de civilización, respeto y acatamiento jerárquico

A la persona, sin importar el sitio en donde transcurra su existencia, se le enseñan costumbres, modos de actuar y comportamientos ante determinados hechos. Existen dos tipos de normas enseñadas: Básicas (Preservar la vida, no hacer daño, conseguir la máxima felicidad posible para el mayor número de individuos) y Secundarias (Válidas en determinadas circunstancias)

Los modelos sociales constituyen, en términos generales, orientadores de la conducta humana, tanto al interior de las agrupaciones específicas, como en su relación con los demás grupos sociales. Ellos ofrecen orientación en circunstancias específicas de tiempo, espacio, situación y tradición. Aunque su campo de acción puede ser restringido al conglomerado que crea el modelo, debe observarse el trasfondo que sustenta el símbolo que, al fin y al cabo, muestra un conjunto de valores dignos de ser imitados por los respectivos miembros. Y esta es la verdadera esencia de los signos:

su relación entre el valor de fondo y su materialización resumida en un elemento gráfico que lo identifica.

D- Buenas costumbres son aquellas conductas consideradas como recomendables en personas que se involucran en negocios jurídicos, con especial referencia a los comerciantes. Las buenas costumbres son códigos de honor. Es el respeto a la palabra dada, así el texto del contrato haya quedado oscuro, se va al espíritu del mismo y no solamente a la formalidad. De acuerdo con Noguera, ellas son verdaderas normas y, aunque no pueden ser juzgadas a la luz de los criterios de la Moral y el derecho, la sociedad exige una forma especial de cumplimiento de las mismas con el objeto de hacer la convivencia más agradable. De otro lado, aunque su incumplimiento carezca de sanción legal, acarrea una sanción de tipo social.

2- OBJETIVOS DIFERENTES

El Derecho constituye una aplicación objetiva del contrato social que rige la formación del Estado y de esta manera obliga en virtud de la voluntad general. La Moral involucra los principios éticos generales a las situaciones particulares con base en lo que para la sociedad en cuestión es deseable como valores íntimos de cada individuo. Las reglas de trato social describen formas externas de comportamiento recomendables como simbología social para jerarquizar algunos miembros de la sociedad. Las buenas costumbres apelan a lo que se predica como integridad en los asuntos personales y respeto a la palabra como si se tratara de una verdadera firma.

3- TELEOLOGÍA DIFERENTE

El Derecho, por su misma formación, se orienta hacia la coexistencia pacífica y el bien común, regulando las conductas que tengan trascendencia social. La Moral busca la rectitud del actuar con base en el íntimo convencimiento de lo que es bueno. Las reglas de trato social sugieren la íntima sujeción a ciertos simbolismos que demuestran respeto a grupos dentro de la estructura social. Las buenas costumbres intentan sujetar la disposición justa en los negocios interpersonales.

4- POSEEN DIFERENTE FUENTE

El Derecho nace de la agrupación social una vez organizada y sus fuentes son la Ley, la Jurisprudencia, la costumbre y la doctrina. La Moral se basa en las creencias tradicionales, religiosas e históricas, es decir, en la ideología predominante en la sociedad que se tiene en cuenta. Las normas de trato social de la convivencia organizada y jerarquizada de los individuos y que se manifiesta también a través de

la costumbre. Las buenas costumbres de la repetitividad de los actos que defienden la integridad de las palabras y de las personas tenidas como honestas y justas.

5- APLICABILIDAD

La Norma Jurídica aplica a las situaciones específicas que se expresan en el Derecho Positivo. Y aquí se da un fenómeno particular: Mientras los particulares pueden hacer todo lo que no se encuentre prohibido por las normas, los funcionarios públicos solamente pueden hacer aquello que esté expresamente regulado por la misma. La norma Moral regula un área mucho más amplia que la del Derecho, puesto que la norma jurídica no puede ocuparse absolutamente de todas las posibles conductas humanas, salvo aquellas que repercuten socialmente sobre otros miembros de la sociedad. Por esto, la norma Moral aplica en todos los actos del individuo, con base en lo que su propia conciencia califique como bueno o malo en cada situación. Las normas de trato social regulan actos muy específicos en la vida de las personas. Las buenas costumbres hacen referencia a los actos relacionados con los negocios jurídicos, aunque expresamente no estén considerados en la norma respectiva. Es decir, apelan a la conciencia de rectitud en los negocios que debe poseer un sujeto de derecho íntegro y muy particularmente en los actos comerciales.

6- NACEN Y REPORTAN ANTE DIFERENTES ESTRATOS

Todas tienen su origen en la sociedad y su cultura. Sin embargo, el estrato encargado de evaluarlas es diferente según el caso. El Derecho nace del conflicto en la convivencia y por lo tanto el encargado de aplicarlo es la Jurisdicción (función pública de administrar Justicia). La moral es consecuencia del concepto que se tenga en cada comunidad sobre lo que debería ser el actuar ideal, siendo su juez la propia conciencia. Las normas de trato social nacen de la comunidad y describen actos sencillos de la vida diaria que dan carácter propio a la misma, siendo esta comunidad la encargada de evaluarlos. Las buenas costumbres nacen del negocio jurídico como acuerdo de voluntades de buena fe y son esencialmente los implicados en estos quienes juzgan su adecuado cumplimiento.

7- LA COACTIVIDAD ES DIFERENTE

El Derecho es, por esencia, de obligatorio cumplimiento. Y esto implica que quien no desee cumplir con la norma es obligado por la fuerza a respetarla. La Moral no tiene coactividad externa y solamente afecta la conciencia de quien transgrede la norma ética aplicada. La norma de trato social es de cumplimiento voluntario, pero su no acatamiento genera sanciones sociales por parte del grupo afectado. Las buenas

costumbres también son de cumplimiento al albedrío, pero su violación conlleva el señalamiento por parte de quienes pertenecen a la esfera del negocio jurídico que se vea afectado, particularmente los comerciantes.

8- EXTERNALIDAD vs INTERNALIDAD

El Derecho es el juez por excelencia de la externalidad, es decir del reino de la acción. Sin embargo, cabe expresar a este respecto que algunas de sus áreas, especialmente el Derecho Penal, mira siempre la intencionalidad del acto en conjunto con sus resultados. De no ser así, las tentativas no podrían ser juzgadas adecuadamente.
La Moral, por el contrario, juzga el reino de la intención, es decir, la internalidad de la acción. Por ello, le interesa esa intención más que el resultado de la misma.
Las normas de trato social también son de tipo externo. Y aquí puede apreciarse que muchas reglas de uso social son efectuadas aún a repugnancia de quien debe practicarlas para conservarse dentro de un grupo determinado. Las buenas costumbres son similares a estas últimas en este aspecto.

9- AUTONOMÍA

Si analizamos a fondo el tipo de autonomía de las normas, todas (por su misma naturaleza social), son impuestas desde afuera. Sin embargo, partiendo de la persona con capacidad de autodeterminación, se considera que el Derecho, las normas de trato social y las buenas costumbres son de origen heteronómico, es decir, vienen impuestas desde fuera de la conciencia individual. La Moral se considera autonómica, pues el individuo acata sus normas de manera libre y consciente, aunque como dijimos antes, la influencia de la familia, la educación y la sociedad en la aceptación de las mismas no es exactamente libre de cualquier influencia.

10- OBLIGATORIEDAD

Se relaciona con la coactividad. Sin embargo, desde el punto de vista de convencimiento interno, la norma Moral obliga solamente a la conciencia, por lo cual una persona puede ejercer un acto inmoral a conciencia, sin tener que rendir cuenta de su intención más que a sí mismo. El Derecho obliga por la coactividad que posee y puede verse que sus normas se acaten aún a repugnancia de quien lo hace, simplemente por miedo al castigo que se puede obtener por la violación de las mismas. En lo referente a normas de trato social, una buena parte de las veces sus símbolos de cumplimiento se efectúa de manera poco sincera. Por último, la práctica de las buenas costumbres puede también verse afecta de esta hipocresía, aunque quien las sigue a convencimiento, puede practicarlas de muy buena fé.

11- SANCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

La sanción por incumplimiento del Derecho se encuentra determinada en los códigos. Y esto es fruto de varios principios jurídicos entre los cuales destaca el que afirma: No hay delito si no está tipificado. No hay pena sin delito.

La pena por violación a normas éticas es patrimonio de la conciencia de cada persona. Y no se crea que esto no tiene repercusión. Porque puede darse el caso de alguien a quien no interese mayormente la transgresión de las normas morales, mientras otras personas que lo hacen pueden llegar a actos de castigo tan severos como el mismo suicidio.

El irrespeto a las normas de trato social también es indeterminado. Puede ser tolerado en algunas comunidades, como puede ser excesivamente punible en otras, que llagan hasta el aislamiento y la expulsión de quien no las acata.

Respecto de las buenas costumbres, su violación puede también llevar al ostracismo y el destierro de la comunidad que evalúa su incumplimiento.

12- RESULTADO vs INTENCIÓN

Este es un punto controversial en la diferenciación de las diversas normas sociales que tienen relación con el deber ser. El Derecho, al juzgar el resultado de la conducta tiene en cuenta la intención, pero también el resultado. Es el problema clásico de las obligaciones de medio y de resultado. De igual manera, al Derecho Penal interesa la intención del actuante, para poder considerar la gravedad y magnitud del delito. Y aunque no se adjudique el dolo a muchas actuaciones que produzcan un efecto dañoso, la no observación de normas de elemental cuidado social puede traer como consecuencia el caer en el campo de la culpa, la cual puede ser severamente castigado por el Derecho.

La Moral tienen en cuenta, esencialmente, la intención del actuar. Y así el resultado no sea el esperado, esa intención califica al acto de moralmente bueno o malo según el caso.

El sentido moral nace de la responsabilidad y de la libertad. Es precisamente esta ultima la que hace que los actos sean susceptibles de ser calificados como buenos o malos, pues en el ejercicio de su libertad y luego de un análisis de conciencia, el ser humano toma la decisión de efectuar un acto determinado.

De acuerdo con algunos doctrinantes, la moralidad de los actos humanos depende de tres cosas:

-El objeto elegido, o dirección hacia el cual tiende la voluntad.
-La intención o fin, en la que actúa la voluntad y la razón
-Las circunstancias de la acción

Para que un acto sea moralmente bueno, deben ser buenos los tres elementos. Por lo tanto, juzgar los actos humanos solamente con base a su intención, es erróneo. El fin no justifica los medios y no es permitido hacer el mal para conseguir un bien.

Las normas de trato social son estrictas en este aspecto y juzgan en esencia el resultado de la acción.

El juicio a las buenas costumbres tiene un carácter intermedio, pues si bien evalúa el resultado, también tienen en cuenta la intención y los antecedentes de la persona que actúa.

13- CONSECUENCIAS DEL EXCESO

Todas las normas tienen extremos cuando se trata de su aplicación. La Norma de Derecho, al no ser aplicada, crea desorden social e inseguridad jurídica. Pero al serlo sin tener en cuenta circunstancias específicas de cada caso, puede dar lugar a injusticia e inequidad. Y si bien es cierto que los jueces están sujetos al imperio de la Ley, no es menos cierto que cada situación es diferente como lo es cada persona. De allí la necesidad de la doble instancia, de los recursos, de la jurisprudencia de las cortes, etc. Adicionalmente, la aplicación exegética de la norma sin tener en cuenta esas circunstancias, puede dar lugar a la violación de uno de los principios generales del derecho: el abuso del mismo.

Por su parte, la norma Moral puede también ser objeto de excesos. Por un lado si no existen principios éticos claros en la conducta personal, se puede llegar a un estado de elasticidad moral que es totalmente inaceptable en la vida diaria. Y la sujeción ciega a los dictados morales, especialmente cuando tienen su base en la religión, puede llevar al fanatismo conductual, del que poseemos miles de ejemplos en la historia.

Las normas de trato social, en caso de no ser aplicadas, llevan al irrespeto de personas que se han ganado una situación de privilegio en la sociedad por cualquier causa aceptada por la misma. Y su exceso puede desembocar en una vida llena de formalismos hipócritas in ningún sentido.

14- SUBJETIVIDAD vs OBJETIVIDAD

El Derecho es por definición objetivo. Sus normas son claras, escritas y al promulgarse se dan a conocer a toda la sociedad.

La norma moral es básicamente subjetiva, aunque se presentan excepciones, como el caso de las normas de conducta de ciertas profesiones y oficios, que tratan de objetivizar la conducta moral.

Los convencionalismos sociales pueden estar o no escritos. Los manuales de urbanidad y cívica son el ejemplo de reglas escritas que son enseñadas a los miembros de la sociedad. Pero algunos símbolos de trato social provienen de la costumbre e igualmente son tenidos como verdadera norma.

Respecto de las buenas costumbres, muchos hablan de ellas y pocos se aventuran a definirlas. Por eso se ubican más que todo en las normas de conducta tenida como correcta entre personas involucradas en el negocio jurídico, como los comerciantes profesionales.

15- TIPO DE JUSTICIA A LA QUE SIRVEN

Existen varias definiciones de justicia, dependiendo del punto de consideración: virtud teologal, disposición a la equidad, poder judicial, rectitud, probidad, justicia conmutativa, justicia distributiva, etc.

En términos generales, la norma jurídica sirve a la Justicia objetiva, es decir, a lo que se establece en los códigos y su interpretación y aplicación por parte de los jueces.

La norma Moral sirve a la Justicia subjetiva, es decir, a lo que mueve la conciencia del individuo a actuar correctamente con base en la definición de bien o mal que él mismo posea

Las normas de trato social son ejemplo de justicia en cuanto respeto a quien se lo ha ganado, comenzando por la misma sociedad. Es una justicia grupal.

Las buenas costumbres sirven a la justicia individual, es decir, al cultivo de virtudes basadas en la honestidad de las personas.

16- VALORES INTERPUESTOS

En el Derecho los extremos dialécticos son el orden y el desorden, la convivencia y la tolerancia, el bien común y el bien individual en la sociedad.

En la moral estos son el Bien y el Mal. La perfección y la imperfección íntimas.

En las normas de trato social el respeto y el irrespeto en el grupo social.

En las buenas costumbres la honestidad y la deshonestidad en el negocio jurídico.

17- EJEMPLOS

En Derecho se encuentran todos los códigos actuales: Penal, civil, laboral, contencioso administrativo, etc. Así mismo la jurisprudencia de las cortes y la doctrina de los pensadores del Derecho

En Moral los valores éticos universales de: No hacer a otro lo que no desearías se haga contigo, hacer con otro lo que uno desearía se haga con uno mismo, la justicia, etc.

En Normas de Trato Social: la urbanidad, el decoro en el vestir, la moderación del lenguaje, el saludo a los superiores, etc.

En las buenas costumbres el cumplimiento a la palabra empeñada, la integridad, la buena fe, la probidad, el cuidado en los negocios, la justicia, la equidad, etc.

ANÁLISIS

Si la sociedad se hubiera regido por el criterio moral de cada uno de sus individuos, es probable que no habría soportado el paso de los siglos.

Porque cada persona tiene conceptos morales diferentes, puntos de vistas diferentes, experiencias opuestas, afectos contradictorios, etc.

Lo único que unifica la conducta de las personas, obviamente por medios coercitivos, es la fuerza del Derecho. Sus normas obligan. No son de cumplimiento condicional o subjetivo. No hay alternativa en si se cumplen o no. Todo el mundo las cumple y se somete a las consecuencias de transgredirlas.

La ley, creación de la raza humana, como lo ha sido la sociedad, la cultura y las instituciones sociales de diferente índole, es una invención del hombre a través de la historia, para elegir aquellos principios y normas que permitan vivir en comunidad y que beneficien mas ampliamente al mayor numero de personas.

Por lo tanto, esa creación del espíritu humano que se llama ley, es la que ha determinado lo que es bueno o aceptable y lo que es malo o reprobable en la conducta humana, cuando esta repercute de manera objetiva sobre la comunidad.

Y una de las formas en que la ley se ha manifestado es a través del reconocimiento de los derechos que tienen los seres humanos por el simple hecho de pertenecer a la raza humano.

Por lo anterior, los denominados derechos fundamentales han sido inventados, creados, asignados y obligados a respetar por la sociedad, por disposición de la misma ley. No simplemente porque el ser humano como tal exige el respeto a una serie de derechos que le son inherentes porque vengan impresos en cada persona. No. Lo que pasa es que la ley ha asignado esos derechos a nivel mundial y ha educado a las comunidades en el respeto a los mismos, so pena de trasgredir la ley atenerse al castigo que esto conlleva.

Por todo lo anterior, lo importante es que la norma se ajuste a las exigencias del contrato social de los países. Y estas exigencias se basan en hechos reales, en costumbres, en análisis científicos y en conocimiento de cada sociedad en particular y de la raza humana en general.

Y la norma debe ser acordada, valida, aceptada y lógica en su estructura. Es decir, acorde con el deseo social de los representantes de la comunidad y obediente a los principios del aparato jurídico de cada país.

La base de la norma es el Poder y la Autoridad. Ellas organizan la convivencia social por medio de la fuerza del derecho.

BIBLIOGRAFÍA

1- Guzmán M, Franco E, Saavedra E. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA ÉTICO MÉDICA. Universidad Libre. Bogotá. 2007

2- Elser, Alvin. Derecho penal, medicina y genética, Ed. Idemsa, Lima, Perú 1998

3- F Abel, C Cañón. La mediación de la filosofía en la construcción de la tica, Universidad Pontificia Comillas, Madrid. 1998

4- Habermas J. Escritos sobre moralidad y eticidad; Ed, Paidós, Barcelona, España. 1991

5- Hottois G. El paradigma bioético: una ética para la tecnociencia, Ed. Anthropos, Barcelona, España. 1991

6- Kant I. Lecciones de ética, trad. Roberto González Aramayo, edición canónica, Ed. Grijalbo, Barcelona, España. 1992

7- Sen A. Bienestar, justicia y mercado, Ed. Paidós, Barcelona, España. 1998

CAPÍTULO X
EL CONCEPTO DE VERDAD EN EL PROCESO PENAL

INTRODUCCIÓN

Cuando un ciudadano es sometido a cualquier tipo de investigación jurisdiccional, la evaluación debe seguir las reglas del debido proceso. Es decir, la serie de principios consagrados en la Constitución que preservan en esencia la igualdad ante la Ley, la defensa ante las imputaciones que se enfrentan, la buena fe del actuar, la inocencia hasta que no se demuestre lo contrario y la garantía de la sujeción a los principios de la Carta Fundamental.

No hay unanimidad al respecto de los principios del derecho procesal, por dos razones fundamentales:

1-Los principios están dados de acuerdo al sistema imperante. Si es de estirpe filosófica liberal , los principios que gobiernan son muy garantistas. Rodean al individuo de garantías. En cambio, cuando es de derechas, hay un recorte sustancial a esos principios. Por lo tanto, debe mirarse el contexto en donde esos principios se enunciaron, porque además hay totalitarismo de ambos lados.

2-El Derecho, entre ellos el procesal, varía con la época. Antes de la Revolución Francesa los principios y garantías eran escasos, por no decir que nulos. A partir de esta época se establecen principios y garantías en el manejo del Estado y, por ende, en la concepción del Derecho.

El debido proceso se define como la serie de garantías de las cuales deben estar revestidas las personas que acuden a la jurisdicción, sin discriminación de ninguna especie, es decir, la garantía del demandante y el demandado, de la mujer y el hombre, etc.

Hasta el mayor criminal tiene derecho al Debido Proceso. En la misma Biblia, considerada como libro sagrado por muchas religiones, se menciona al Creador indagando a Adán antes de expulsarlo del Paraíso.

Este Debido Proceso encarna varios derechos concomitantes: derecho a la jurisdicción, derecho a una decisión motivada, derecho a impugnar las decisiones, derecho a ser juzgado de acuerdo a protocolos previamente establecidos, derecho a ser impugnado por faltas previamente tipificadas, legalidad del delito y de la pena, derecho a la defensa, proceso publico sin dilaciones injustificadas, principio de la prevalencia del derecho sustancial, principio de la doble instancia, principio del non bis ibidem, principio de la buena fe, derecho a no declarar contra si mismo, derecho de defensa y tratados internacionales, principio de la verdad procesal, entre otros.

Este último principio, el de la verdad procesal, reviste unos aspectos filosóficos preocupantes. Desde un punto de vista inicial, los medios probatorios son realidades utilizadas por el juez para reconstruir una realidad. Pero son indirectas. La Verdad procesal se encuentra disminuida por la imposibilidad real de verificación. El hecho verdadero es una certeza subjetiva con un máximo grado de verosimilitud

La certeza judicial es una actitud intelectual mediante la cual el juez adhiere a una realidad dibujada en el proceso con los elementos probatorios. Cuando la probabilidad matemática de la certeza de un hecho disminuye, se pasa a una presunción legal. Y si decrece aún más, se torna en indicio, grave o leve.

FINALIDAD DEL PROCESO PENAL

La finalidad del proceso penal es la aplicación de la sanción del Estado para el infractor de la ley penal, es decir aplicación del Ius puniendi (facultad del Estado para sancionar). Asimismo, debe brindar seguridad social y jurídica. De igual forma, es una forma civilizada de solucionar los conflictos penales, de resolver el litigio.

Su objetivo principal consiste entonces en el ejercicio de la acción penal cuyo titular es el Estado como aquel órgano que detenta la facultad sancionadora (de manera oficiosa adelanta la investigación, a excepción de los delitos querellables señalados en el Art. 33 del Código Penal). Su objetivo secundario es la parte civil, que queda al arbitrio de la parte afectada, para que recurran o no ante la jurisdicción del Estado

para exigir la reparación de los perjuicios causados. Acción civil se debe hacer por la parte afectada para que exijan la reparación de los perjuicios.

Ampliando un poco el concepto de los fines del proceso pena, estos pueden ser de carácter general, los cuales se clasifican en dos: De carácter mediato: Mecanismo de defensa y seguridad social, cumple la función de ser un mecanismo de justicia social. Y como medio para servir de escarmiento para toda la sociedad, con el fin de que el delito se vuelva a cometer (prevención del delito). Al aplicarse la pena a un delincuente sirva corno mecanismo de prevención. Los de carácter inmediato tienen que ver con la aplicación de la ley penal vigente a un delincuente, en un caso concreto; y con el restablecimiento del derecho y su reparación.

Los fines específicos se relacionan con el hecho de adelantarse la investigación sobre la culpabilidad del procesado al indagar las circunstancias de tiempo, modo y lugar del ilícito (Quién?, cómo?, cuándo?, para qué y dónde?); individualizar al procesado o autor del delito, a los encubridores, cómplices, copartícipes o coautores, a todo los que participaron no hay proceso si no se ha determinado el autor; establecer las circunstancias de atenuación o agravación en el delito; buscar establecer los motivos determinantes del hecho; y reconstruir o establecer la verdad histórica, verdadera, real de como se sucedieron los hechos.

ALGUNOS FUNDAMENTOS NORMATIVOS

El Artículo 29 de la Constitución Nacional determina: : 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. Todas 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.

PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA DEL CONOCIMIENTO

Tradicionalmente la verdad es la conformidad de la mente con la cosa conocida. Coincidencia, igualdad, concordancia o equivalencia de la idea con el objeto. Veritas est adequacio intellectus et rei. Es la ecuación entre las ideas y el mundo externo. Es la ecuación entre lo subjetivo y lo objetivo.

Certeza es un estado de la mente. Es la actitud de tener claridad sobre algo (Tengo la firmeza de que lo he conocido sobre algo, corresponde a la realidad). Es la creencia que se puede garantizar como verdadera. Sin embargo, cuando pretendo poseer seguridad de que algo es así, no siempre es verdadero. Por lo tanto, la certeza es algo subjetivo.

En el campo jurídico, es el convencimiento que adquiere el juzgador por los resultados de autos (aquello que está en el expediente) y que se traduce en la apreciación que hace de las pruebas. Por el análisis, puede tratarse de una verdad formal mas no real. En el caso del Derecho, el juzgador debe atenerse a lo contenido en las pruebas únicamente. De lo contrario puede entrar en terrenos de la prevaricación (Tomar una decisión contra algo evidente o contra una ley).

El punto céntrico del problema del conocimiento es determinar si la mente es capaz de llegar al conocimiento de la verdad. Es poder decir con certeza "esto es tal cosa y no otra". Por lo anterior, el problema conlleva una contradicción real (no subjetiva)

En el proceso de conocer se ubican dos elementos: El sujeto que conoce y el objeto conocido. El intento o pretensión de separar del acto de conocer de la personalidad del que piensa, está abocado al fracaso.

El objeto conocido puede ser una realidad diferente del sujeto pensante (por ejemplo: conocer un árbol), pero también puede ser un hecho del mismo sujeto pensante (por ejemplo: una preocupación, un sentimiento, una reflexión, etc)

Algunos filósofos que han parado mientes a elementos como los engaños de los sentidos, por ejemplo: ilusiones (ver la realidad que existe fuera de la mente pero percibirla o captarla de manera distinta. Por ejemplo: el pitillo quebrado dentro del vaso), alucinaciones (construcción deformada de la realidad a través de la mente). Qué aplicaciones tiene en el Derecho? Por ejemplo, en la investigación de un hecho delictivo, debe conocerse la disposición de ánimo de quien declara y los cambios de fondo y forma en esas declaraciones, evaluando la salud mental del sujeto cognoscente Salud mental es la percepción adecuada de los hechos y de sí mismos.

Existen dentro de nosotros tres juanes: uno que cree que es pero no es (ilusión cuando me percibo adecuadamente pero adaptado a la realidad; o alucinación cuando la correspondencia con la realidad es completamente defectuosa); el segundo Juan es el que los demás creen que uno es pero no es (ilusión por parte de los demás); el tercer Juan es el real, el que uno verdaderamente es. Este último es el que se tiene que conocer.

Ortega y Gassett decía: De ser a llegar a ser es un espejismo. Por las razones de error de percepción, algunos filósofos niegan la capacidad de llegar al conocimiento de la verdad.

Como expresaba un profesor de Filosofía del derecho (Dr Noel Cardona): "…Parecería suficiente el sentido común para aceptar y convencerse de que las cosas del mundo externo corresponden a la idea que de ellas tenemos en la mente. Y que cuando yo digo: "esto es una casa", percibo o conozco tales cosas y objetos de manera real… Antes de conocer las cosas por el conocimiento científico, por su reflexión y por sus causas primeras, lo conocemos a través del conocimiento vulgar.,,El conocimiento es elitista, pues se ingresa a él cuando se tiene la oportunidad. Se perfecciona a través de la lectura y la investigación…"

El Conocimiento verdadero es algo subjetivo-objetivo, es decir, tiene fundamento en la realidad y existe una adecuación entre lo que pienso y esa realidad. Es al parecer lo más evidente y ordinario de la vida psíquica el decir: Esto es esto y no otra cosa. Con todo, es uno de los más misteriosos hechos del ser humano el hecho de llegar al conocimiento de algo. El conocimiento humano es el que logra a través del trabajo de la Razón humana.

Para la gran mayoría de los hombres los conocimientos sobre los más variados temas se acumulan de continuo, sin preocuparse nunca de analizar el proceso mismo que los hace posibles.

El sentido común NO dice que el mundo externo consta de cuerpos o sustancias, las cuales poseen determinadas cualidades y que, dichos cuerpos o sustancias, impresionan nuestros sentidos externos o los órganos sensoriales, que son instrumentos materiales al servicio de la mente o conciencia que conoce.

Es el mismo conocimiento vulgar que todos poseen. El mismo que posee un científico y una persona rasa. Esta última tiene un conocimiento básico y burdo de la realidad. La diferencia es que el científico tiene la explicación del por qué ocurren las cosas. Da por sentado que la realidad existe, que puede ser captada por los sentidos y cuya esencia puede ser analizada por la mente.

Planteado inicialmente por Aristóteles, Santo Tomás lo define como una especie de acuerdo universal sobre las realidades elementales. Es algo que pertenece al subconsciente, que indica que algo es de una determinada forma, sin conocer en realidad cual es la razón para que así sea.

El Conocimiento científico, en cambio, se ocupa del objeto FORMAL de las cosas, es decir, por sus causas inmediatas o segundas. El objeto formal es aquella razón particular bajo la cual una ciencia estudia la realidad. La cosa que se estudia es el objeto material. Es imposible a un hombre adquirir el conocimiento total de las causas segundas, pues tendría que ser especialista en todas las ciencias

En lo que respecta al Conocimiento Filosófico, la filosofía indaga las razones más profundas o últimas de la realidad total. La filosofía se interesa por el objeto material de todas las ciencias, es decir, de la totalidad de la realidad en sus causas primeras o causas últimas, que le permiten el conocer la realidad total y unitaria del objeto material de las ciencias.

Ejemplo, se sabe que el fuego quema. El conocimiento filosófico indaga las causas últimas del por qué las cosas queman.

Se ocupa de todas las ciencias, pues se encarga de estudiar si una determinada interpretación de la realidad contradice los juicios universales de la razón que la filosofía ha descubierto. Ej: Una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo; una cosa es esa cosa y no otra; etc

El conocimiento filosófico trasciende (va más allá de unas fronteras) los postulados científicos, para llegar a una visión coherente del universo (como unidad totalizante), por sus razones más profundas y como realidad total. Se trata entonces de las causas primeras y no de las segundas. Por consiguiente le es posible a un hombre elevarse a la ciencia de todas las cosas.

El ser humano llega al conocimiento de todas las cosas, cuando logra acercarse a las causas últimas del universo

Leonardo Da Vinci decía: "*...Es cosa fácil al hombre hacerse universal...*"

Cuándo se hace universal? Cuando adquiere el conocimiento filosófico, es decir, de las primeras causas.

VERDAD PROCESAL

Proceso es un término que hace referencia a un progreso lento, meditado y analizado. Es un conjunto de actividades inter relacionadas que deben seguir un curso ni muy acelerado ni demasiado lento

La lentitud del proceso es una forma de deformar la verdad, pues los recuerdos de la verdad como tal se van diluyendo en la memoria de quienes han participado en dichos hechos..

La demora procesal es la negación de la justicia. Por ello, las demandas temerarias de abogados que impugnan las decisiones judiciales con el simple objetivo de prolongar el tiempo del proceso, deberían ser castigadas por la ley

El juez, por su parte, debe estar siempre buscando la verdad, para que el hecho real quede dibujado lo más exactamente posible en la verdad procesal

No puede ser un simple títere de las pretensiones de las partes, por un principio de congruencia mal entendido.

El Profesor Villamil, en libro sobre Teoría Constitucional del Proceso, efectúa una disertación acerca del principio de la verdad procesal, el cual se puede resumir en los siguientes puntos:

Verdad ontológica: Verdad como realidad
Verdad lógica: Correspondencia del enunciado con la cosa definida
Verdad epistemológica: verdad en cuanto concebida por un intelecto y formulada en un juicio por un sujeto cognoscente

Los medios probatorios son realidades utilizadas por el juez para reconstruir una realidad. Pero son indirectas. La Verdad procesal se encuentra disminuida por la imposibilidad real de verificación

El hecho verdadero es una certeza subjetiva con un máximo grado de verosimilitud. La certeza judicial es una actitud intelectual mediante la cual el juez adhiere a una realidad dibujada en el proceso con los elementos probatorios

Cuando la probabilidad matemática de la certeza de un hecho disminuye, se pasa a una presunción legal. Y si decrece aún más, se torna en indicio, grave o leve.

Respecto del Principio de congruencia, que es la necesaria armonía que debe existir entre la demanda y la sentencia en los procesos no penales y entre la resolución de acusación y la sentencia en los penales, se parte de la base de defensa del procesado, pues no lleva hechos o acusaciones no contempladas en la demanda inicial

Pero esto no implica que deba desaparecer la presencia del juez como árbitro de la diferencia entre las partes, guiado por las normas respectivas. Por el contrario, aunque vivimos en una escuela exegética, el raciocinio del juez es el que hace prevalecer la equidad y la justicia, dentro del marco de esas normas, pero colocando el tinte humano a su actuación, que no debe ser la de un simple transcriptor de penas

Un ejemplo de acción que desborda los límites de la congruencia es la Acción de Tutela, pues si el juez encuentra violado otro derecho fundamental diferente del invocado por el peticionario, debe conceder el amparo

Se puede hablar de varias etapas en el complicado sistema del conocimiento:

Transformación de las sensaciones en percepciones.
Lo percibido es asociado con un nombre.
Varias percepciones se interrelacionan porque el proceso del pensamiento se combina con las operaciones de memorizar, recordar y reconocer.
Las percepciones tienen un denominador común.
Las percepciones crean o producen asociaciones directas, estas permiten comparar. Ej. Esta aula de clases tiene menos estudiantes que la otra aula de clases.

Las percepciones crean asociaciones indirectas. Ej. Si yo estuviera en la otra aula utilizaría una metodología diferente.

Las percepciones crean una especie de asociaciones objetivas. Ej. Este salón es más adecuado que el salón del otro curso.

Las percepciones generan asociaciones subjetivas. Ej. Hay más placer estar aquí que estar en la cárcel.

Las percepciones tienen un estímulo.

En la actividad del pensamiento se combinan las actividades emocionales, intelectuales y de la imaginación.

Por eso el juez debe averiguar, descubrir, quitar el velo de una realidad que está oculta. Especular es ver más allá de lo que perciben mis sentidos. Es razonar Tratar de interpretar, conocer algo.

Y en la búsqueda de la verdad y de la relación entre la verdad de los hechos y la verdad procesal como lo más coincidentes posible, el juez debe emplear la mayor parte de sus energías, dentro de los principios de celeridad, economía, imparcialidad, eficacia y debido proceso.

LA VERDAD PROCESAL Y LA VERDAD REAL

Verdad es la coincidencia entre un objeto y el concepto que de él se tiene en la mente. Para los filósofos nominalistas, verdad es la identidad de un signo con otro. Para los realistas, la verdad lógica es la conformidad de la mente con la cosa

Voltaire, en su célebre Diccionario Filosófico, dice:

"… podemos comparecer ante la Justicia por hechos o por palabras. Si comparecemos por hechos, es preciso que les conste a los jueces que son tan verdaderos como la pena a que condenan al culpable… es indispensable que (las probabilidades de certeza) nazcan del testimonio unánime de los deponentes que no tengan ningún interés en declarar. Con este concurso de probabilidades constituirá una opinión decidida, que podrá servir de excusa a la sentencia; pero como el juez no tendrá nunca completa certeza, no podrá jactarse de conocer perfectamente la verdad…"

El mismo Voltaire:

La verdad es una palabra abstracta que la mayoría de los hombres usan con indiferencia en sus libros y en sus fallos, por equivocación o por mentir.» Esta definición ha convencido a todos los inventores de sistemas; de este modo la palabra sabiduría se toma con frecuencia por locura y la palabra ingenio por tontería… Definimos la verdad humanamente hablando, esperando otra definición mejor, lo que se anuncia tal como es…

Las verdades históricas sólo son probabilidades…¿Cuántas veces necesitamos haberlo oído decir para formarnos una persuasión igual a la del hombre que, habiendo visto la cosa de que tratamos, puede jactarse de tener certidumbre de ella? El que oyó decir la misma cosa a doce mil testigos oculares, no tiene más que doce mil probabilidades, equivalentes a una gran probabilidad, que nunca puede igualar a la certidumbre.

Si sólo sabéis la cosa de que se trata por uno de los testigos, haceos cuenta que no sabéis nada y que debéis dudar. Si el testigo murió, debéis dudar más todavía, porque nada podéis poner en claro. Si todos los testigos murieron, os encontráis en el mismo caso, y de generación en generación la duda aumenta, la probabilidad disminuye y muy pronto la probabilidad queda reducida a cero.

La verdad formal se ha tratado de ligar al proceso civil y la real al penal, porque se dice que en el primer caso se garantiza la imparcialidad del juez frente años intereses individuales de las partes, mientras que en el segundo se intenta llegar hasta lo más recóndito de la verdad, a veces de manera autónoma por parte del juez e investigador, debido al interés público y general que este conlleva

De cualquier forma, NO SIEMPRE LA VERDAD PROCESAL SE AJUSTA A LA VERDAD REAL. Por eso, el derecho constituye apenas un intento (El mejor hasta ahora conocido por la humanidad), para aproximarse a la realidad de los hechos humanos de acuerdo con versiones encontradas de quienes se encuentran en puntos opuestos, con el objeto de brindarle al Juez la oportunidad de decidir acerca de la verdad que más se parezca a la realidad objetiva.

OBEDIENCIA AL DERECHO

El jurista debe ser mirado desde dos puntos de vista

-Persona publica u oficial. Investido de facultades publicas. Facultades que tienen origen en el ordenamiento jurídico y en este esta implicado el bien general o común. Por lo tanto es esas funciones como persona publica, aplica la jurisdicción y la competencia

-Persona privada o particular. El jurista es un conocedor del derecho, de la ciencia jurídica. Y mas que nadie tiene la experiencia porque ha tenido el contacto con el alejamiento de la norma con la justicia real, por lo tanto es el mas autorizado como persona privada pero no en ejercicio. Puede criticar siendo privado

El jurista debe obediencia ineludible al ordenamiento jurídico. Por consiguiente, cuando el jurista se encuentra en la función de servidor de la legalidad vigente como su aplicador, le debe obediencia irrestricta. Y lo debe hacer a pesar de que se aleje de la justicia o la equidad. Su criterio no puede sustituir a la norma. Por consiguiente no puede hacer critica de la norma sino aplicación e interpretación de la norma para extraer la intención del legislador

La jurisprudencia no es norma. Lo que hacen los altos juristas es interpretar la norma y darle la aplicación más adecuada a la misma y, en esta forma, sustentar su decisión. El jurista por lo tanto le debe obediencia irrestricta a la norma, pues su función es ser guardián de la legislación. Recibe las normas, códigos, constitución, reglamentos, ordenes etc. Esa es la dogmática. Es algo que tiene que aceptar sin discutirlo porque es servidor del Estado de Derecho y su ordenamiento jurídico. Si cada jurista aplicara su propio criterio, habría inseguridad jurídica. Por lo tanto no puede modificarla. Si no aplica la norma y aplica su criterio, el juez está en el delito de prevaricato.

El que interpreta la Ley es el Congreso de la República en primera instancia. Segundo aquellos que por creación constitucional tienen esa función: Corte Constitucional que le hace un juicio a la ley para decir si está concordante con los principios constitucionales

Lo que identifica toda clase de derecho es la noción esencial universal de lo jurídico. Es de la esencia del derecho. Constitutivo del derecho, no el logro de la justicia perfecta, sino la intención de la búsqueda de una mejor justicia. La intención de ser un derecho justo

No es jurídico ningún hecho humano que no este considerado dentro del ordenamiento jurídico. Entonces, la noción esencial y universal de lo jurídico, dentro de la cual quepan todos los derechos que fueran, son y serán, es: La característica formal que lo hace vigente y valido. Tiene entonces vigencia y validez

El proceso penal moderno tiene un doble objetivo: Hallar al culpable de un delito para asignarle un castigo y proteger al sospechoso inocente para que no se vulnere su libertad. Para ello se fundamenta en la conclusividad probatoria que lleve a una certeza más allá de la duda razonable, amparada en el principio de legalidad, que conduzca al Juez y al sistema judicial de la responsabilidad de un hecho imputado a un ciudadano.

El peligro es en dos sentidos: Por un lado, a pesar del concepto garantista del sistema penal, no puede evitarse la injusticia de enviar a prisión a un inocente. De otra parte, son muchos los delincuentes y culpables que, por "tecnicalidades" diseñadas por el mismo sistema, gozan de una libertad que no merecen.

Por eso, el choque entre la verdad real y la verdad procesal es aún más complejo en el procedimiento penal, especialmente cuando se fundamenta en el principio de Presunción de inocencia: Todas las personas se presumen inocentes mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Solo las sentencias ejecutoriadas afectan

el principio de presunción de inocencia. La carga de la prueba le corresponde al Estado (Fiscalía General de la Nación). A través de la investigación la Fiscalía vence la presunción de inocencia, pero realmente es la sentencia condenatoria quien vence la presunción de inocencia.

CONCLUSIONES

La verdad procesal es una verdad formal que ha pasado por numerosos filtros, a partir de la ocurrencia real de los hechos: Interpretación por quienes los sufrieron, análisis de quienes los observaron, deformación habitual a través del lenguaje e interpretación del juez para acercarse a la verdad.

Pero es lo que tenemos hasta ahora para aproximarnos a la verdad. Es forma imperfecta, sesgada, deformada. Pero es la única que permite que podamos vivir en sociedad

Capítulo XI
NULIDADES

1.- La nulidad, su significado.

La voz nulidad deriva de la palabra nulo, vocablo cuyo origen etimológico dícese que proviene del latín "nuluus", de "ne", no, y "ullus", alguno, haciendo que por nulo deba entenderse lo " falto de valor y fuerza para obligar o tener efecto, por ser contrario en la sustancia o el modo".[1]

Trasladada la terminología al campo del derecho, da lugar a calificar los actos jurídicos, por su eficacia, en válidos y no válidos, "según se reúnan todos los requisitos necesarios para que surtan efectos, o no los reúnan", con la salvedad que los actos no válidos pueden a su vez dividirse en nulos y anulables,

"Según no produzcan efectos en ningún caso por faltarles los requisitos esenciales para su existencia, o produzcan efectos hasta que se reclame contra ellos".[2]

Se designa con la voz nulidad al estado de un acto que se tiene por no producido, y asimismo, al vicio que le impide rendir sus efectos. Sin perjuicio de ello, la nulidad designa también a la sanción que invalida el acto procesal, su fundamento de violación, por incumplimiento u omisión de formalidades o de exigencias de ley, o por violación de los derechos fundamentales de las personas sometidas a proceso[3].

1 - Nulidades procesales. Jorge P. Camusso. pág 9. Ediar Buenos Aires 1.983
2 - Nulidades.....Jorge P. Camusso, Ob. Cit. pág 9.
3 - Nulidades..... Jorge P. Camusso. pág 14 Ob. Cit.

Dentro del criterio expresado anteriormente por el autor argentino, se tiene la posibilidad de ver el fenómeno procesal de la nulidad desde una doble perspectiva, esto es, que le quita validez al acto procesal, y lo deja como si no se hubiese producido, pero también, como lo que es, una de las más graves sanciones procesales, creadas para la preservación del debido proceso y del respeto de las formas propias del juicio, que invalida las diligencias y actos procesales que se hubiesen practicado por fuera de la preceptiva legal, esto es, con desconocimiento de las ritualidades y exigencias previstas en la ley para la realización válida de una actuación procesal.

La verdad es que como sanción la nulidad existe en todas las ramas del ordenamiento jurídico lo que es explicable, puesto que si el debido proceso constituye un principio de carácter superior, es apenas lógico que las leyes procesales que reglamentan la Constitución, en todas sus variantes deben contemplar las sanciones imponibles a los actos, diligencias, o actuaciones de carácter procesal, que se hayan dictado o realizado, sin el cumplimiento de las formalidades previstas en la respectiva norma.

Por ello, con razón, el ya citado Camusso sostiene:

" Lo cierto es, que las nulidades constituyen un accidente corriente en todas las ramas del derecho, dando cuenta de la aquiescencia de una natural vinculación atribuida a todas ellas que, una programática genérica, cobijada por la teoría de las nulidades, que pasa a constituir un capítulo de la teoría general del derecho".[4]

En el mismo sentido Alsina sostiene que:

" La teoría de la nulidad de los actos jurídicos es un concepto que domina en el campo del derecho sin ser privativa de ninguna rama, cada una de las cuales le imponen modalidades propias".[5]

El uruguayo Couture se identifica con tal pensamiento cuando sostiene que la nulidad:

"Es de carácter general a todo el derecho y no particular a cada una de sus ramas, pero una vez admitidas ciertas nociones que forman la base de toda concepción acerca de una nulidad, comunes a todos los campos del derecho, las soluciones varían y se hacen específicas y particulares a cada una de las ramas del orden jurídico".[6]

---

4 - Nulidades .....JorP.lCamussopág 15 Ob. Cit.
5 - Tratado de Derecho Civil y Comercial, Hugo Alsina. pág 629 Buenos Aires 1.974.
6 - Fundamentos del Derecho Procesal Civil pág 374. E. Depalma, Buenos Aires 1.972.

Jorge Llambías, citado por Camusso denomina como:

"Teoría general de las nulidades, al conjunto sistemático de disposiciones legales, que privan de efectos a los actos violatorios de una norma de derecho imperativo. Pasando a ser axiomático en la materia señalar tres caracteres de la nulidad: a) sanción de ley; b) privación de efectos al acto; y c) causal de privación emergente de la ineficacia del mismo".[7]

Ha sido tendencia generalizada de las legislaciones procesales, de la doctrina y de la jurisprudencia el pretender o sostener que las nulidad deben ser consagradas de manera taxativa, y la mayor preocupación que lleva a éste criterio, es por el temor de que los jueces pudieran llegar a abusar con la declaración de nulidades inexistentes, creando un grave problema para la administración de justicia, pero la realidad es que la consagración taxativa de las nulidades se convierte en un imposible legislativo, porque dentro de las circunstancias procesales las causales de nulidad pueden ser muy numerosas, con el peligro de que siempre exista la posibilidad, de que algunas de ellas no queden taxativamente previstas en la norma.

Creus, luego de afirmar que los actos procesales producen los efectos que la ley les atribuye si se realizan con adecuación al esquema legalmente previsto para ellos, concluye afirmando que: "La nulidad aparece, entonces, como amenaza que pende sobre actos defectuosos, que se resuelve en su ineficacia procesal y que por ello es mirada como sanción por la doctrina más común. Es, en sí, la consecuencia de la "omisión de una forma o de un requisito legalmente necesario" para la validez del acto, o sea los que atañen en su "estructura material", "a la capacidad del que ejecuta", "a la intervención necesaria de ciertas personas" o "al resguardo de la situación procesal de los interesados".[8]

Algunos autores citados por Rodríguez dan diversas conceptualizaciones sobre la nulidad y es así como Ibáñez Frochan la precisa diciendo que:

" Las formas cumplen una función de garantía, de seguridad. Su inobservancia se sanciona con la nulidad del acto".

---

7 - Nulidades.....Jorge P. Camussopág 17 Ob. Cit.
8 - Invalidez de los actos procesales penales. Carlos Creus. pág 17, Buenos Aires 1.992

Por su parte Chiovenda expresaba:

" La inobservancia (de las formas) puede llevar a la nulidad del acto o a una corrección o puede quedar sin consecuencias".

En criterio de Couture:

"Siendo el derecho procesal un conjunto de formas dadas de antemano por el orden jurídico, mediante las cuales se hace el juicio, la nulidad consiste en el apartamiento de ese conjunto de formas necesarias establecidas por la ley".

Rocco estimaba por su parte que:

" Los actos procesales, aún siendo existentes, pueden estar viciados, es decir, pueden tener, según hemos visto, los elementos esenciales, pero afectados estos elementos por algún defecto o vicio que, sin embargo, no dan lugar a la inexistencia. Naturalmente, los actos procesales afectados de vicios, según lo que ya hemos expuesto, pueden ser nulos o anulables... La no observancia de las formas constituye, pues, un vicio de los actos procesales".[9]

Es, entonces, la nulidad, el mecanismo procesal creado por el Estado, para que el juez la decrete como una sanción para todas las partes del proceso penal que actúen irritualmente, que incumplan los imperativos mandatos que consagran formalidades garantistas, que realicen actos o adelanten diligencias procesales sin el estricto cumplimiento de las previsiones procesales, porque, como se ha dicho en repetidas ocasiones por más de un autor, el ejercicio del poder punitivo del Estado está perfectamente reglado por el proceso penal y a sus exigencias y formalidades deben someterse todas las partes procesales y, por ello, a ellas debe reconocimiento obsecuente no solo el procesado, los fiscales, sino también el juez, el ministerio público, lo peritos, auxiliares de la justicia y todos las personas que de cualquier manera intervengan en el proceso y, como es obvio, los abogados que actúan como partes, cualquiera que sea la perspectiva de su actuación.

Es de advertir que la formalización del proceso debe ser la materialización del debido proceso y su obediencia imperativa garantiza de manera adecuada que el Estado y sus funcionarios ejerzan el poder represivo del Estado dentro de sus limitados alcances y que el proceso en su categorización dialéctica no se convierta

9 - Nulidades procesales. Luis A. Rodríguez. pág 89. E. Universidad. Buenos Aires 1.987

en una batalla primitiva, en la que todos actúan de acuerdo a sus conveniencias, y en donde el triunfo final pueda llegar a ser obtenido por el más audaz, el más intrépido, el más osado, o el más atrevido.

El proceso penal es un trámite fundamentalmente controversial, en el cual todas las actuaciones de los funcionarios, o de quienes actúan como partes, están prolijamente reglamentadas, precisamente para evitar los abusos de los primeros, o el éxito de los mañosos; y cuando de cualquier manera se contravienen tales preceptos surge la nulidad como una de las sanciones procesales de mayor importancia para restarle validez al acto o actuación irritualmente practicado; de ésta manera se garantiza, en concreto, la existencia del debido proceso, y consecuencialmente los derechos fundamentales de los ciudadanos y la estructura del Estado de Derecho.

No sin razón Roberto O. Berizonce sostiene al efecto:

" Podemos, entonces, concluir sintéticamente reafirmando que el sistema de la legalidad en el proceso moderno sigue teniendo un valor preponderante, como correlato del principio dispositivo. Virtualidad que no cabe desconocer, a condición de que no se recaiga en un ritualismo estéril, por la degeneración del formalismo en formulismo.

" No se trata de considerar al proceso a la manera de un rito que debe ser observado "obtorto collo", como una suma de actos que en sí mismos constituyan una finalidad.

Todo lo contrario: las formas procesales no son válidas en sí mismas, de manera que no tiene cabida en el proceso moderno el principio de que las formas deben ser observadas por sí mismas - así como no hay nulidad, tampoco, por la nulidad misma-, sino que - por el contrario- ha de concederse una preponderancia esencial, como factor de equilibrio, a este principio trascendente que es el de finalidad o instrumentalidad. En este contexto, se reconocerá al juez y a las partes, potestades y facultades suficientes para actuar esas premisas. Estarán así palpitando bajo un nuevo rostro quizás, aquel eterno contraste que ya señalaba Calamandrei entre la necesidad de las formas, por un lado, y la exigencia de que la observancia de esas formas no ahogue ni impida, en definitiva, el esclarecimiento de la verdad y, más aún, la obtención de una sentencia justa".

" Y sin olvidar, todavía, que cualquiera que sea quien regule en última instancia las formas procesales, a través de estos sistemas que hemos analizado, sea el legislador, el juez o las partes, lo que importa es que lo haga en el convencimiento de que ellas no constituyen sino un medio para conseguir el ideal de certeza del derecho, cual supone, además y principalmente, que en esa regulación se observe y se traté de lograr su simplicidad para evitar la confusión, el error, la farragosidad ; que se tienda, también,

a su claridad y fijeza, para que no puedan ser discutidas, tergiversadas; que se apunte, al mismo tiempo, a su elasticidad, para que puedan adaptarse a los casos concretos; y que - por sobre todo- se consagre su instrumentalidad, de manera que el rigor que necesariamente requieren pueda ser interpretado con un criterio teleológico trascendente, para sancionar el apartamiento de aquellas formas que fundamentalmente lesionan el debido proceso legal".[10]

Precisado de manera general un concepto sobre la nulidad y sus finalidades, es preciso puntualizar que en este fenómeno procesal deben distinguirse dos aspectos; de un lado el de la reparación y de otro el de la prevención. Por medio del primero se logra quitarle efecto a los actos o actuaciones irritualmente practicados y como consecuencia de su declaratoria, se retrotrae el proceso hasta el punto de su ilegalidad para que nuevamente se realice el acto o actuación realizado en contra de las previsiones normativas. Del otro lado, el de la prevención, la nulidad constituye el más poderoso instrumento para asegurarle al ciudadano la plena observancia de los principios constitucionales relacionados con el debido proceso, como el reconocimiento de las garantías procesales concretadas en los Tratados sobre Derechos Humanos y la realización plena de la filosofía política que debe regir el proceso penal, perfectamente instituida en los principios rectores.[11]

Lo anterior cuando la nulidad surge de la vulneración de las formas propias del juicio, porque cuando la misma deviene de la vulneración de los derechos fundamentales de un determinado sujeto procesal, la situación es mucho más compleja, porque puede conllevar no solo a la anulación de la prueba o de la actuación, sino a una nulidad parcial o total del proceso. En relación con éste tema no se pueden dar soluciones de carácter general, porque la solución debe ser de la realidad de cada proceso y de la gravedad de las actuaciones realizadas, de la misma manera, que de las consecuencias de las mismas.

Las sanciones previstas por el legislador como un medio para corregir las irritualidades que puedan ser cometidas en el proceso penal, comprenden una gama que cubre con castigos de diversa naturaleza e intensidad, el desconocimiento de las formalidades procesales teniendo en cuenta su trascendencia y los efectos de las mismas.

Es así como se habla de la inexistencia de los actos procesales, que vendría a ser un grado de ineficacia máxima y que, como es apenas obvio, hace referencia a

---

10 - Estudio de las nulidades procesales. Libro colectivo. Morello, Berizonce, Condorelli, Martínez, Barrios, Garrote, Giovannoni, García. Las formas de los actos procesales. Roberto O. Berizoncepág 29 E. Hammurabi, Buenos Aires 1.980.

11 - Nulidades .....Jorge P. CamussoOb Cit. pág 20

una inexistencia jurídica en cuanto a su absoluta imposibilidad de causar efectos; en el segundo grado de ineficacia, el acto irritualmente realizado tiene capacidad de producir efectos en condiciones muy limitadas, pues conserva formalmente su legalidad y produce efectos, en tanto no haya sido declarada su contrariedad con las formas legales, nulidad absoluta; y en el tercer grado de ineficacia, que igualmente produce efectos, la ilegalidad también debe ser declarada formalmente, pero admite que sus errores o irritualidades puedan ser corregidos mediante el fenómeno de la convalidación: la nulidad relativa.[12]

A pesar de la tendencia a pretender que las nulidades sean taxativas, la realidad nos demuestra que por lo menos en lo que concierne a nuestra normatividad procesal, nunca lo han sido, y es así como en vigencia de los Códigos procesales de 1938 y de 1971, estas codificaciones consagraron unas causales de nulidad taxativas, pero pese a ello, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, poco a poco fue aceptando las denominadas " nulidades supralegales " o " constitucionales ", porque no estaban previstas en la normatividad legal, pero si tenían reconocimiento jurisprudencial, por claras violaciones a principios y garantías constitucionales. Igual pretensión se tuvo en los códigos de 1987, 1991, y 2000, con iguales resultados de fracaso.

Hoy mismo, en la vigencia de la Ley 906, pese a que en el artículo 458 se estipula que las nulidades son taxativas, lo cierto y real, es que ello no es así, porque al consagrarse en el artículo 457, la causal de nulidad por violación a garantías fundamentales, no se está haciendo una enumeración taxativa de las nulidades, sino que se deja al criterio del juez, que de conformidad con los principios, derechos y garantías constitucionales, determine en qué actuaciones o decisiones se han violado aquellos y determine, decretar o no una determinada causal de nulidad, porque la verdad es que en muchas ocasiones, a pesar de las previsiones legales, son tantas las irregularidades que se pueden cometer en una actuación procesal que es posible que algunas puedan escapar o no tener una adecuada tipificación en el catálogo legal. Es por ello que en vigencia de la Constitución de 1.886 hubo un amplio desarrollo doctrinario y jurisprudencial sobre las llamadas nulidades supralegales o constitucionales; de allí que con toda razón Camusso haya afirmado que:

" Son sin duda los jueces los que compaginaron un sistema propio de las nulidades del rito, ajustado a las pautas, preceptos y fundamentos de las leyes formales. Porque los jueces, son los que con certero sentido de justicia estructuran las nulidades,

12 - Nulidades.....Jorge P. CamussoOb Cit. pág 22

delimitando sus caracteres, recaudos, presupuestos y exigencias observables para alcanzar el decreto anulatorio".[13]

Por ello existen una serie de principios que regulan lo relacionado con la existencia misma de la nulidad y de las finalidades que justifican su declaratoria y consiguiente existencia procesal.

Así mismo se pregona que no hay nulidad en beneficio de la ley, queriéndose indicar con esta afirmación que el fenómeno procesal no es una estructura mítica, sino que como instrumento garantista que es, está consagrado precisamente para concretar esa existencia teleológica, en beneficio de los derechos de las partes.

Finalmente, se postula que no hay nulidad por la nulidad misma, queriéndose con ello significar que siendo ésta una estructura procesal de contenido finalístico, garantizadora por excelencia, precisamente para preservar la legalidad del proceso, en tales circunstancias es un instrumento que podría decirse existe en el proceso exclusivamente para servicio de las partes, para avalar el cumplimiento del debido proceso, y para garantizar la preservación de las estructuras que caracterizan al Estado de Derecho.

A ese respecto siempre se ha sostenido que el proceso es forma, entendiéndola no como la creación de requisitos o exigencias surgidos del capricho del legislador para hacer más complejo o farragoso el proceso penal, sino como forma o instrumento que cumple una finalidad política de garantía, puesto que el proceso penal se ha de entender como el mecanismo creado para la búsqueda de la verdad histórica de los hechos y con ella la concreción de la justicia. Pero es evidente que siendo fundamentalmente un instrumento limitativo de la represión, en su ejercicio pueden presentarse excesos por parte del Estado y de sus funcionarios, o abusos de quienes de cualquier manera participan en él, y por ello la nulidad se constituye en una amenaza que constriñe a las partes procesales a someterse al debido proceso, y cuando éste es desconocido se convierte en sanción que le quita validez al acto o actuación irritualmente practicado o producido.

De allí que reiteradamente se haya repetido que no toda irregularidad es constitutiva de nulidad y que para que ésta se dé es necesario que se afecten los derechos sustanciales de las partes, o la estructura del proceso; porque la forma procesal ha

13 - Nulidades.....Jorge P. Camusso Ob. Cit. pág 24

sido creada, como ya se dijo, con finalidades política específicas, como la de crear un ambiente de igualdad y lealtad entre las partes para que el proceso penal, que es dialéctico por naturaleza, no se vaya a convertir en lucha primitiva en la que el triunfo no sea de la justicia, sino de los más audaces, de los más hábiles, o de los que tengan mayor capacidad de picardía.

Porque una vez más:

" La forma es garantía de justicia y de igualdad entre las partes, con la salvedad de exagerar el formalismo implicaría caer en la degradación de las formas, conducente al formulismo, también llamado ritualismo. Se trata de entidades distintas aunque pueden estar conectadas por un nexo; la forma procesal en su degeneración se transforma en fórmula " La forma tiene un sentido teleológico, finalista; la fórmula tiene su valor burocrático por sí mismo, independientemente de su finalidad".[14]

2.- PRINCIPIOS QUE DEBEN SER TENIDOS EN LA DECLARATORIA DE LAS NULIDADES.

Dentro de los lineamientos generales señalados en precedencia los presupuestos generales aceptados por la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, para la declaratoria de la nulidad procesal deben ser tenidos en cuenta los siguientes: a) Principio de la especificidad; b) Principio de la trascendencia; c) Principio de la convalidación; d) Principio de la protección; e) Principio de la conservación; f) Principio de la clasificación en absolutas y relativas; g) Principio de mecanismo de excepción; h) Principio de la eficacia del acto viciado; i) Principio de la fundamentación procesal; j) Principio del vicio in procedendo.

La mayoría de estos principios estuvieron consagrados en el artículo 310 de la Ley 600 de 2000, y de manera lamentable no fueron reiterados en la Ley 906, pero pese a lo anterior, por tratarse de principios generales, podemos afirmar, que deben ser tenidos en cuenta en el momento de declarar una nulidad, sin que por ello se pudiera afirmar que se están aplicando principios que no están contemplados en la Ley. La norma antes citada disponía:

" ARTICULO 310. PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LA DECLARATORIA DE LAS NULIDADES Y SU CONVALIDACIÓN.

---

14 - Nulidades.....Jorge P,.Camusso Ob Cit. pág 221.

1. No se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para la cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho a la defensa.

2. Quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento.

3. No puede invocar la nulidad el sujeto procesal que haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular, salvo que se trate de la falta de defensa técnica.

4. Los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento del perjudicado, siempre que se observen las garantías constitucionales.

5. Sólo puede decretarse cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial.

Cuando la resolución de acusación se funde en la prueba necesaria exigida como requisito sustancial para su proferimiento, no habrá lugar a declaratoria de nulidad si la prueba que no se practicó y se califica como fundamental puede ser recaudada en la etapa del juicio; en cambio procederá cuando aquella prueba fuese imprescindible para el ejercicio del derecho de defensa o cuando se impartió confirmación a las resoluciones que negaban su práctica, a pesar de su evidente procedencia.

6. No podrá decretarse ninguna nulidad por causal distinta a las señaladas en este capítulo.

Por su vigencia y por su trascendencia en la declaratoria de las nulidades, vamos a analizar los más importantes.

A).- PRINCIPIO DE LA ESPECIFICIDAD O DE LA TAXATIVIDAD.

Según este principio ningún acto procesal podrá llegar a ser declarado nulo, si la causal de nulidad no está expresamente prevista en la ley; expresado en el texto galo de "pas de nullité sans text".

Como ya se había sostenido con anterioridad, si bien este es un principio general que gobierna la declaratoria de las nulidades, recordábamos cómo en vigencia de la Constitución anterior al amparo del desarrollo jurisprudencial y doctrinario se había avanzado ampliamente en la teoría de las llamadas nulidades supralegales o constitucionales, pues al no estar expresamente previstas, fueron deducidas del texto constitucional, es decir de la interpretación de los principios y garantías allí establecidos.

Con toda razón Condorelli sostiene que:

"Si bien toda nulidad debe fundarse en una disposición legal que la establezca, ello no significa en modo alguno que la misma debe encontrarse consagrada en términos sacramentales y expresos, ya que puede resultar de una prohibición o condición legal".[15]

Rompiendo la tradición legislativa más reciente, que arranca con el código procesal de 1938, según el cual, había siempre una norma que enumeraba las causales posibles de nulidad; en la codificación procesal actualmente vigente, solo contiene dos norma que consagran causales de nulidad, la primera por incompetencia del juez, artículo 456[16], y la segunda por violación a garantías fundamentales, el artículo 457[17].

Si no existe una verdadera enumeración de las causales de nulidad, es incongruente que en el artículo 458 se haya consagrado el principio de taxatividad en la declaratoria de las nulidades[18].

La verdad es que al consagrarse en el artículo 457 la nulidad por violación de garantías fundamentales, se deja a criterio y libertad del juez que decrete las nulidades que considere pertinentes, cuando estime que se ha vulnerado un derecho o garantía fundamental y si ello es así, es obvio concluir que no existe razón para que se haya consagrado el principio de la taxatividad, porque finalmente no existe que enumere las causales de nulidad, y por la forma abierta que se redactó el artículo 457, se deja al juez en libertad para que en cada caso determine si se han violado garantías fundamentales, y cuáles de ellas han sido objeto de vulneración. Es claro entonces que en la declaratoria de las nulidades el juez no está sometido a un catálogo de nulidades, sino que en cada caso, de conformidad con su criterio determina si han violado las garantías constitucionales y legales y decide de conformidad con el mismo la declaratoria o no de la actuación afectada.

15 - Estudios de nulidades..... Morello Berinzonce. Libro Colectivo. Presupuestos de la nulidad procesal. Epifanio J. L. Condorelli. Ob Cit. pág 98

*16 - **ARTÍCULO 456. NULIDAD POR INCOMPETENCIA DEL JUEZ.** Será motivo de nulidad el que la actuación se hubiere adelantado ante juez incompetente por razón del fuero, o porque su conocimiento esté asignado a los jueces penales de circuito especializados.*

*17 - **ARTÍCULO 457. NULIDAD POR VIOLACIÓN A GARANTÍAS FUNDAMENTALES.** Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales.*

<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> Los recursos de apelación pendientes de definición al momento de iniciarse el juicio público oral, salvo lo relacionado con la negativa o admisión de pruebas, no invalidan el procedimiento.

- Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE, por el cargo analizado, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-591-05 de 9 de junio de 2005, Magistrada Ponente Dr. Clara Inés Vargas Hernández, "en el entendido de que se declarará la nulidad del proceso, cuando se haya presentado en el juicio la prueba ilícita, omitiéndose la regla de exclusión, y esta prueba ilícita haya sido el resultado de tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial y se enviará a otro juez distinto".

18 - ARTÍCULO 458. PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD. No podrá decretarse ninguna nulidad por causal diferente a las señaladas en este título.

De igual manera creemos que hacia el futuro se puede ir formando una nueva teoría de las denominadas nulidades supralegales, con causales diversas a las desarrolladas en vigencia de la Constitución de 1.886, y con un marco político diverso, porque de conformidad con esta realidad normativa pueden llegar a ser aceptadas, como consecuencia necesaria de la nueva concepción ideológica impresa en la Carta Política, que de manera necesaria demandará desarrollos jurisprudenciales acordes con tales planteamientos políticos.

Una hipótesis discutible sería la que surge del mandato constitucional inserto en el artículo 228 de la Carta que dispone que en las actuaciones judiciales " prevalecerá el derecho sustancial ", lo que podría dar origen a la declaratoria de una nulidad, por encima de los formalismos procesales, para la preservación de un bien o derecho de carácter sustancial.

Lo afirmado con anterioridad toma mayor fuerza si se tiene en cuenta que la enumeración taxativa de las nulidades ha sido equivocadamente desarrollada, porque obsérvese bien que siendo tres las causales, podrían suprimirse la primera (nulidad por incompetencia) y la tercera (nulidad por falta de defensa) y la concepción y estructura de las nulidades no habría sufrido ninguna modificación, porque es obvio que las dos causales suprimidas teóricamente, cabrían dentro de la concepción de violación del debido proceso en aspectos sustanciales.

Lo anterior nos lleva a la conclusión que en vigencia de la legislación anterior y de la actual, acudiremos nuevamente a las llamadas nulidades supralegales o constitucionales, porque de manera necesaria como ya se dijo, cualquier vulneración a garantías penales o procesales contenidas en la Constitución o en la ley, debe generar la declaratoria de una nulidad.

Entendemos la finalidad del legislador al querer establecer las nulidades de manera inflexiblemente taxativa, para evitar que por elucubraciones teóricamente erradas, los fiscales o jueces vayan a dar al traste con importantes procesos en los que se declare su invalidez por medio de nulidades inventadas, pero de la misma manera ha de entenderse que la actuación procesal es muy compleja y las irregularidades que en él se puedan dar son prácticamente infinitas, y en tales circunstancias siempre será posible que surjan causales de nulidad no previstas en la norma procesal penal y sobre todo, cuando con la actividad procesal se pueda afectar un derecho o garantía de rango constitucional.

B) PRINCIPIO DE TRASCENDENCIA.

Significa este principio que la nulidad no tiene su finalidad en sí misma, o que exista en mero interés de la ley, sino que como ya se dijo, ha sido creada como instrumento de garantía de los derechos fundamentales de las personas que intervienen en el proceso, o para preservar la estructura del proceso penal que, por ser de orden público, es de imperativo cumplimiento y porque, en definitiva, la lealtad y obediencia irrestricta al debido proceso y a las formas propias del juicio es un principio inserto en la Carta Política.

Este principio aparece reflejado en la antigua máxima: " pas de nullité sans grief ", que significa exactamente que las nulidades no existen en el mero interés de la ley; y por tanto, exige que debe tener una debida fundamentación y que quien la invoca, debe demostrar la existencia de la irritualidad, y además que el vicio procesal le produjo un perjuicio a un derecho sustancial, cierto y grave, o que se ha afectado la estructura del proceso de manera trascendente, siendo la única solución viable la declaratoria de nulidad de una actuación, de parte, o de todo el proceso.

Con razón afirma Couture, que sería incurrir en una excesiva solemnidad y en un formalismo vacío, sancionar con nulidad todos los apartamientos del texto legal, aún aquellos que no provocan perjuicio alguno. El proceso sería, como se dijo en sus primeros tiempos, una misa jurídica ajena a sus actuales necesidades[19].

En relación con este principio existe igualmente nutrida jurisprudencia de la Corte en el recurso extraordinario de casación, en la que se ha precisado la obligación que tiene el actor de demostrar la existencia de la irregularidad y cómo, mediante ella se le ha producido un daño sustancial, o se ha afectado de manera trascendente la estructura del proceso[20].

Es importante destacar que dentro de la jurisprudencia de la Corte, se ha aceptado como una excepción al principio de limitación, que ha existido en el recurso de casación, según el cual, las nulidades pueden ser declaradas oficiosamente y ello es entendible, porque si uno de los fines de la casación es ejercer un control de legalidad al proceso y a la sentencia, es obvio que cualquier irregularidad en el procedimiento (error inprocedendo) o cualquier error de juicio en la sentencia (error in iudicando), debe ser declarado así nadie lo hubiere alegado para garantizar la obediencia del juez a los mandatos constitucionales y legales.

---

19 - Fundamentos del derecho Procesal Civil. Eduardo J. Couturepág 374. E. Depalma Buenos Aires 1.976
20 - Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, jurisprudencia de enero 21 y marzo 3 de 1993, M.P. Dr. Saavedra Rojas; marzo 4 de 1993, M.P. Dr. Torres Fresneda.

Pero pese a tal reconocimiento, la Corte en su jurisprudencia igualmente ha insistido que en caso de ser alegada una nulidad, como causal de casación, el impugnante debe indicar cuál es el error, en qué consiste, y de qué manera afecta los derechos fundamentales de uno cualquiera de los sujetos procesales. Si no se cumplen estos requisitos obviamente la impugnación podrá no ser seleccionada.

Creemos que el mejor método para cumplir con las exigencias jurisprudenciales y de las reglas dialécticas, es acudir a los conceptos lógicos del " ser " y del " deber ser ", entendiendo por el último, la forma como el legislador indica que un acto procesal de cualquier naturaleza debe ser realizado, y el " ser " la forma como el acto efectivamente fue realizado dentro del proceso.

Al compararse la forma como debe hacerse el acto, de conformidad con el mandato legal y como en realidad se hizo, si surgiere alguna diferencia o discrepancia es obvio concluir que en principio existe una irregularidad procesal, y si además se logra demostrar que como consecuencia del acto irregular se infirieron daños a los intereses o derechos de cualquiera de los sujetos procesales, ha de concluirse de manera inequívoca que estamos en presencia de una nulidad.

Es claro que en la inmensa mayoría de los casos es menester que se pruebe la trascendencia, o el daño ocasionado con la irregularidad que ocasiona la declaratoria de la nulidad, pero excepcionalmente se podrían producir graves irregularidades que afecten la estructura del proceso, como sería el caso que el impulso de la acción en la etapa investigativa del proceso no fuera adelantada por la Fiscalía Gral. de la Nación, o que la etapa del juicio fuera llevado a cabo a través de un procedimiento escrito, casos en los cuales se vulnera la estructura del proceso, tal como ha sido concebido constitucionalmente y ello es suficiente para decretar la nulidad, sin que sea necesario demostrar la trascendencia de la irregularidad.

En la codificación procesal actual no se establecen estos principios en la misma forma que lo hacía el código anterior, pero es evidente que al establecerse la causal de nulidad por violación a garantías fundamentales – art. 457 Ley 906 -, se está haciendo énfasis en la necesaria trascendencia de la irregularidad, para que la misma pueda ser reconocida como nulidad.

C).- PRINCIPIO DE CONVALIDACIÓN.

De conformidad con este principio algunos actos irregulares pueden ser convalidados con el consentimiento de las partes interesadas, y en tales condiciones la declaratoria de la nulidad se hace imposible e innecesaria.

Se dice que solo puede aplicarse con respecto a algunas irregularidades constitutivas de nulidad, porque es evidente que no son convalidables aquellas que afectan derechos sustanciales, como el de defensa, por ser derechos irrenunciables, o en aquellos casos en los cuales la irregularidad afecta de manera trascendente la estructura del proceso, que por ser de orden público es de imperativo cumplimiento y por tanto tampoco es enmendable mediante la manifestación de convalidación.

En este sentido Bernal y Montealegre afirman:

"En nuestro derecho procesal este principio tiene aplicación restringida, por razón de que el silencio de las partes no implica convalidación del acto irregular. El funcionario penal es el supremo guardián de la legalidad del proceso, y por tanto puede declarar oficiosamente cualquier clase de nulidad, aun cuando las partes hubieren guardado silencio sobre ellas. Solamente la cosa juzgada (excepto cuando ha obrado el fenómeno de la prescripción o se ha violado el principio de favorabilidad o es procedente la acción de tutela porque se han vulnerado derechos fundamentales), tiene la virtualidad de convalidar y sanear todas las nulidades que se hubieren presentado en el proceso".[21]

En vigencia de la anterior Constitución en salvamento de voto a sentencia mayoritaria con ponencia del Dr. Jorge Carreño L., del 23 de mayo de 1.989, tuve la oportunidad de manifestar que ni siquiera la cosa juzgada podía convalidar la nulidad surgida de la violación del principio de favorabilidad. Ahora con el amparo de la nueva Constitución que dispone la prevalencia del derecho sustancial, creemos que con mayor énfasis nos asiste la razón. En aquella ocasión tuve la oportunidad de sostener:

"Se trata de una sentencia violatoria de los principios de favorabilidad y del debido proceso de rango constitucional puesto que tiene fundamentación en una ley que siendo desfavorable fue aplicada retroactivamente y es el caso preciso para que se dé una interpretación analógica de la ley in bonan partem, porque si la existencia de una ley posterior que quita la calidad delictiva a una conducta o que disminuye la gravedad o intensidad de la pena, significa amnistía y rehabilitación para el condenado, es apenas lógico que en tratándose de una sentencia que ha sido dictada con vulneración de los principios constitucionales que regulan el proceso penal, se dé una excepción al principio general de la cosa juzgada, porque evidenciado que se ha dado aplicación retroactiva a una ley desfavorable, con el reconocimiento del error de carácter legal se debe corregir el mismo, para evitar la consumación de una manifiesta injusticia. Se trataría de una

21 - El proceso Penal. Jaime Bernal C. Eduardo Montealegre L. pág 283 E. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 1.995.

interpretación analógica que en lo favorable a los intereses del procesado, resaltándose aún con mayor énfasis que el error es de tal naturaleza que afecta la integridad constitucional y sobre tales bases, el artículo 216 del C. de P. P. debe necesariamente ser interpretado de tal manera que el proceso vuelva a los cauces de la constitucionalidad y la justicia, porque la interpretación que se critica es nada más y nada menos que darle una mayor jerarquía a la propia ley sobre la Constitución, situación que desconoce la estructura jurídica que impera en el país".

En el pasado el legislador había previsto la posibilidad de la convalidación de ciertas irregularidades que no afectasen derechos fundamentales, porque es claro que las garantías de rango constitucional, por consagrar derechos y garantías trascendentes son irrenunciables y de resultar éstos vulnerados, su ocurrencia no es convalidable con el consentimiento del interesado.

Nos parece que pese a no haberse reiterado la norma, la convalidación de ciertas irregularidades no afectantes de derechos fundamentales es una solución, dentro de la política establecida por el legislador, de la obligación de corregir los actos irregulares, establecida en el artículo 10 en su último inciso[22].

D) PRINCIPIO DE PROTECCIÓN.

Según este principio quien con su actuación omisiva o activa hubiese dado lugar a la irregularidad constitutiva de nulidad, no podrá alegar la invalidez del acto realizado.

Aparece descrito en el viejo aforismo: "Propiam turpidinen allegans no est audiendus ", que significa o traduce que nadie puede alegar en su favor su propia torpeza; lo que es lógico, porque de no ser así, estaríamos ante la eventualidad de que las partes, de manera consciente o malévola, incurriesen en omisiones trascendentes o indujesen a los funcionarios para que las cometieren, para posteriormente y de acuerdo con las

---

22 - ARTÍCULO 10. ACTUACIÓN PROCESAL. La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia. En ella los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial.
Para alcanzar esos efectos serán de obligatorio cumplimiento los procedimientos orales, la utilización de los medios técnicos pertinentes que los viabilicen y los términos fijados por la ley o el funcionario para cada actuación.
El juez dispondrá de amplias facultades en la forma prevista en este código para sancionar por desacato a las partes, testigos, peritos y demás intervinientes que afecten con su comportamiento el orden y la marcha de los procedimientos.
El juez podrá autorizar los acuerdos o estipulaciones a que lleguen las partes y que versen sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva, sin que implique renuncia de los derechos constitucionales.
El juez de control de garantías y el de conocimiento estarán en la obligación de corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad, respetando siempre los derechos y garantías de los intervinientes.(Lo destacado no lo es en el texto).

conveniencias de las resultas del juicio, alegar la existencia de una causal anulatoria parcial o total del proceso.

La torpeza no puede crear derechos y por ello quien actúa irregularmente en el proceso debe atenerse a sus propias consecuencias.

Como en casi todas las cuestiones de naturaleza jurídica es obvio que no es un principio de carácter absoluto, que tiene sus justificadas y explicables excepciones, como sería la situación de un defensor extremadamente negligente y descuidado que no ejerce el derecho de defensa que se le ha encargado como apoderado de confianza, de oficio o público, caso en el cual su torpeza y negligencia no podría afectar el derecho constitucional de la defensa. De manera similar se podría argumentar en relación con otros derechos y garantías de carácter constitucional.

Tanto el principio como la excepción aparecían expresamente consagrados en el numeral 3º del Artículo 310 de la Ley 600 en cuanto disponía:

"No puede invocar la nulidad el sujeto procesal que haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular, salvo que se trate de la falta de defensa técnica".

No creemos que la excepción al principio de protección sea única y exclusivamente el relacionado con la defensa técnica porque, como ya lo sostuvimos en antecedencia, la afectación de cualquier derecho de raigambre constitucional no podría descartarse en el reconocimiento de la irregularidad, argumentándose que se trató de un acto de negligencia del abogado de la parte que lo alega.

Este principio limitativo de la declaratoria de las nulidades, al igual que la mayoría de los que se consagraban en la Ley 600, no aparece regulado en la Ley 906, hecho que no puede servir de argumento para justificar su no aplicación en su falta de consagración legal, porque no debe olvidarse que si la nulidad solo puede ser declarada cuando no existe otra solución posible menos drástica, es por esta filosofía de la defensa y conservación del proceso que se establece en el artículo 10º como norma rectora del procedimiento penal que se consagra para los jueces el deber de la corrección de los actos irregulares que ameriten declaratoria de nulidad. En tal sentido se dispone: " El juez de control de garantías y el de conocimiento estarán en la obligación de corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad, respetando siempre los derechos y garantías de los intervinientes. ".

En la misma norma, es decir en el artículo 10º, se consagra la necesidad de la eficacia de la administración de justicia y la prevalencia del derecho sustancial, principios

Superiores suficientes para abstenerse el funcionario de decretar nulidades, cuando los actos irregulares surgen de la malicia del sujeto procesal o su absoluta torpeza, siempre y cuando que con ella no se hayan afectado los derechos fundamentales de rango constitucional.

E).- PRINCIPIO DE LA CONSERVACIÓN.

Si del resultado del proceso y de su desarrollo se dice que se fundamenta sobre las presunciones de acierto y legalidad, y de los actos y actuaciones procesales se predica su seguridad y firmeza, principios elementales que permiten en lógica jurídica la continuación del proceso, porque es obvio que solo se podría adelantar un proceso que esté siendo construido sobre bases de seguridad, legalidad y firmeza, sobre todo en relación con aquellos autos que tienen una ejecutoria material y en los que de manera regular se fundamentan las etapas procesales posteriores. Absurdo sería pensar en la sola posibilidad de continuar con el trámite de un proceso sobre bases que no sean seguras y firmes.

Con toda razón Condorelli sostiene al respecto:

"En este, el principio de conservación -como en el de saneamiento- tienden a acentuar los perfiles de respeto al resguardo de los valores de seguridad y firmeza, de operancia relevante dentro de la función jurisdiccional. No se concibe un dispendio de jurisdicción inútil; de allí que el valor seguridad tienda a prevalecer axiológicamente sobre el de la validez. De este postulado, se deducen dos consecuencias de suma importancia: 1) el acto procesal es válido aun siendo irregular o defectuoso, si ha logrado el fin a que estaba destinado; 2) en caso de duda sobre la configuración de un vicio procesal corresponde declarar la validez del acto desde que la nulidad debe ser considerada un remedio excepcional y último".[23]

Por su parte Camusso en relación con el principio que se analiza expresa:

"Pensamos que la necesidad de obtener actos procesales firmes, resulta de la sola circunstancia de partir, como lo hacemos, de la validez del acto, agregando que hoy, más que el principio de la conservación juega el principio de la justicia, que libra al prudente arbitrio judicial decidir, conforme al caso, la conveniencia o inconveniencia en retroceder lo actuado".[24]

---

23 - Estudio de las nulidades.....Libro Colectivo Morello, Berinzone..... Presupuestos.....Epifanio J. L. CondorelliOb Cit. pág 114.
24 -Nulidades.....Jorge P. Camusso. Ob cit. pag 226.

Es en razón de este principio que las nulidades deben ser expresamente declaradas mediante decisión judicial; de allí que el acto irregular cumpla sus finalidades dentro del proceso mientras no se produzca aquella. Y por este mismo principio se explica que el acto irregular siga siendo válido si ha cumplido con las finalidades a que estaba destinado. Tal supuesto aparecía consagrado en el numeral 1º del artículo 310, al disponer:

" No se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para la cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa."

El juez, en el decurso de sus decisiones y sobre la finalidad política de este principio, debe ser especialmente cuidadoso en el momento de tomar una determinación invalidatoria; primero verá si a pesar de la irregularidad, no se conculcaron derechos sustanciales de las partes o no se afectó trascendentemente la naturaleza del proceso; observará si a pesar de la irregularidad el acto cumplió la finalidad legalmente a él señalada, casos en los cuales la nulidad no debe ser declarada; pero en caso de que deba hacerlo, habrá de especificar si lo anulado es solo un acto o una actuación, y si el decreto anulatorio comprende una parte de la actuación deberá precisar si toda ella es completamente nula, o si no discriminará cuáles son los actos o actuaciones afectados con la nulidad y cuáles no. Es particularmente importante esta precisión con los medios de convicción, pues respecto de ellos se hace más imperioso hacer tal delimitación.

Las nulidades pueden ser declaradas de oficio por el funcionario judicial que esté conociendo del proceso; esta oficiosidad en la declaratoria de las nulidades se proyecta aún en el recurso extraordinario de casación, en el que la jurisprudencia ha sido constante y reiterativa;[25] pero pese a tales reconocimientos, igualmente se ha sostenido en esta extraordinaria vía de impugnación que la petición de nulidades no es de libre formulación, sino que el actor debe cumplir con ciertos requisitos mínimos, como el señalamiento de la irregularidad que cree constitutiva de nulidad y debe dar las argumentaciones mediante las cuales se demuestre en qué se fundamenta y cual la trascendencia de la misma, esto es los perjuicios ocasionados con la misma[26].

---

25 - Corte Suprema de Justicia, jurisprudencias de sep. 29 de 1976, M.P. Dr. Velasco Guerrero; de febrero 20 de 1980, M.P. Dr. Gómez Velásquez; de mayo 25 de 1993 y de octubre 9 de 1992, M.P. Dr. Torres Fresneda.

26 - Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, jurisprudencias de enero 31 de 1990, M.P. Dr. Giraldo Ángel; sept. 18 de 1990, M.P. Dr. Páez Velandia; junio 5 de 1991, M.P. Dr. Valencia Martínez y sept.16 de 1992, M.P. Dr. Duque Ruíz.

F). PRINCIPIO DE LA CLASIFICACIÓN DE LAS NULIDADES EN ABSOLUTAS Y RELATIVAS.

Las primeras, en nuestro criterio, aluden a la irritualidad procesal que afecta derechos o garantías de carácter constitucional, caso en el cual, precisamente por su origen, es imposible que puedan recaer sobre derechos renunciables, ni convalidables por el consentimiento del afectado.

La violación del principio de favorabilidad, del derecho a la defensa, la existencia de una sentencia inmotivada, la práctica o aducción de una prueba violando sus propios ritos de formación, el adelantamiento de la instrucción por el juez o la participación en las labores de juzgamiento por el fiscal que participó en la instrucción, son, en nuestro criterio, muestras claras de lo que la doctrina ha denominado nulidades absolutas, debiendo entender por tales, como ya se adelantó, aquellas que ni aún mediando el consentimiento del interesado podrían convalidarse y que de manera imperativa el juez debe decretar oficiosamente o por petición de parte.

Se denominan como nulidades relativas, aquellas que comportando una irregularidad de carácter procesal, son subsanables bien por el consentimiento de las partes o por determinación judicial que corrige o enmienda el yerro cometido.

G).- PRINCIPIO DE LA NATURALEZA RESIDUAL O DE MECANISMO DE EXCEPCIÓN.

Según este principio la nulidad es el último recurso al que debe acudir el juez para tratar de resolver la problemática surgida de una actuación irritual; aquél aparecía concretamente contemplado en el numeral 5º del artículo 310 del C. de P. P. de la Ley 600 al establecer:

"Sólo puede decretarse cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial"·

Dada la trascendencia política de este principio, si existen soluciones diversas a la nulidad, a ellas debe acudirse; o en otros casos si la irregularidad solo afecta a uno de los procesados (solo respecto a él se vulneró el derecho a la defensa), o solo en relación con un delito se incurrió en la irregularidad (la formulación de los cargos respecto del mismo es anfibológica), la nulidad debe ser decretada de manera parcial, solo en relación con ese procesado o con ese delito.

Este ha sido el criterio de la Corte Suprema de Justicia en el recurso extraordinario de casación y es así como en decisión del 12 de julio de 1.989 se dijo por la Corporación:

" Sobre el particular debe recordarse que ha sido reiterada y constante la doctrina que acepta el mecanismo de la nulidad parcial, solución que se sustenta en el principio de que la nulidad es un remedio extremo al cual solo debe acudirse cuando el vicio sea de tal magnitud y trascendencia que desquicie el proceso en su estructura o eche por tierra sus garantías fundamentales en forma irreparable; y aún en tales caso su declaratoria debe regirse por la idea de lo estrictamente necesario procurando dejar vigente aquella parte del proceso que no adolece del vicio".

H).- PRINCIPIO DE LA EFICACIA DEL ACTO VICIADO.

Según este principio es indispensable precisar que el acto viciado, a pesar de sus defectos es eficaz, y lo será mientras no sea declarada su invalidez.

Se trata de un acto viciado pero eficaz, que es susceptible de ser atacado y que de no articularse oportunamente, puede llegar a determinar su eficacia indefinida al producirse la terminación del proceso.

Es por la existencia de éste principio que la doctrina distingue entre actos procesales anulables y anulados, haciendo referencia a que todos los actos irregularmente realizados son potencialmente anulables, mientras que los anulados son aquellos sobre los que ya recayó la decisión judicial que los invalida.

I).- PRINCIPIO DE LA INSTRUMENTALIDAD DE LAS FORMAS.

En virtud de esta postulación, las formas y ritualidades están destinadas a satisfacer determinadas finalidades en el proceso y si pese a los vicios que contienen, cumplen con su finalidad, ellas no son susceptibles de producir la declaratoria de invalidez.

Aparecía consagrado entre nosotros en el numeral 1º del Artículo 310 cuando dispone:

" No se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para la cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho a la defensa ".

A su vez, tal contenido lo consagra el numeral 4 del artículo 156 del C. de P. C. cuando estipula:

"Cuando a pesar del vicio el acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa".

En este sentido la Corte ha sostenido que la nulidad es la idoneidad de un acto para cumplir su finalidad, porque este mecanismo es procedente cuando:

"El acto impugnado vulnera gravemente la sustanciación regular del procedimiento, o cuando carece de algún requisito que le impida la finalidad natural, normal, a que está destinado, sea en su aspecto formal, sea en cuanto a los sujetos o el objeto del acto" (Sentencia Sala Casación Penal 15 de junio de 1.981 M. P. Alfonso Reyes Echandía).

En otra ocasión la Corte dijo:

" Se ha llamado la atención sobre la calidad de sustanciales que deben tener las formas cuya plenitud ordena el constituyente, porque una interpretación científica no puede ni debe conducir al simple formalismo procesal, es decir a la fórmula por la fórmula, con desconocimiento de sus trascendencia o aspecto teleológico".

" Evidentemente, dentro del curso del proceso penal, que es por naturaleza dinámico, unas formas procesales no satisfechas pueden quedar absorbidas por otras más amplias, u otras formalidades viciosas purgarse posteriormente de sus defectos. En estos casos, La " plenitud" a que se refiere la Carta, queda indirectamente satisfecha".

"Tal ocurre en casos de omisión de notificaciones, contra la cual no se reclama oportunamente (ords. 3, 4 y 5, art 198 del C. de P. P), o cuando a pesar de la omisión los interesados comparecen a las diligencias y hacen uso de sus derechos (ord 2 art 199 ib.), o bien cuando, habiéndose denegado durante la instrucción sumaria, una prueba fundamental, por estimarse ilegalmente que no procede, se ordena y practica durante el plenario.

"Otras veces se tratara de simples erratas, que no inciden sobre lo esencial del asunto, o no afectan los fines naturales de la " forma", como cuando se altera o deforma el apellido del acusado, que, no obstante ello, ha sido objeto de una perfecta identificación. En esta hipótesis no puede alegarse la nulidad prevista en el numeral 8 del art. 198 aludido, porque la ausencia de la forma debida (nombre real del acusado) no altera su propia finalidad; el requisito ha dejado de ser sustancial, porque sus fines han quedado a salvo. La declaración de nulidad conduciría al formalismo criticado, pues equivaldría a mantener la fórmula por la fórmula, sin consideración teleológica alguna

J).- PRINCIPIO DE LA EJECUTORIA MATERIAL.

Se habla en el proceso penal de dos clases de ejecutorias, la formal y la material; se entiende por la primera la que se produce en aquellas decisiones en las que a pesar de estar ejecutoriadas no es necesario recurrir al mecanismo de la nulidad porque pueden ser revocadas y ello es posible porque son decisiones autónomas en las que las actuaciones procesales posteriores a ella no dependen de su existencia; al contrario de lo que sucede con las decisiones judiciales que tienen ejecutoria material en las que las actuaciones subsiguientes del proceso dependen de ella y por tanto al presentarse el fenómeno de la ejecutoria no pueden ser revocadas, siendo preciso recurrir al mecanismo de la nulidad.

LA INEXISTENCIA DE LOS MEDIOS DE PRUEBA Y DE LOS ACTOS PROCESALES.

Las sanciones previstas por el legislador como un medio para corregir las irritualidades que puedan ser cometidas en el proceso penal, comprenden una gama que cubre con castigos de diversa naturaleza e intensidad, el desconocimiento de las formalidades procesales teniendo en cuenta su trascendencia y los efectos de las mismas.

Es así como se habla de la inexistencia de los actos procesales, que vendría a ser un grado de ineficacia máxima y que, como es apenas obvio, hace referencia a una inexistencia jurídica en cuanto a su absoluta imposibilidad de causar efectos; en el segundo grado de ineficacia, el acto irritualmente realizado tiene capacidad de producir efectos en condiciones muy limitadas, pues conserva formalmente su legalidad y produce efectos, en tanto no haya sido declarada su contrariedad con las formas legales, nulidad absoluta; y en el tercer grado de ineficacia, la nulidad relativa, que igualmente produce efectos, la ilegalidad también debe ser declarada formalmente, pero admite que sus errores o irritualidades puedan ser corregidos mediante el fenómeno de la convalidación.

La inexistencia aparecía consagrada entre nosotros en el art. 305 dela Ley 600 al establecer en su parte pertinente: “Se consideran inexistentes para todos los efectos procesales, las diligencias practicadas con la asistencia e intervención del imputado sin la de su defensor”.

Del texto anteriormente transcrito se pudiera pensar que la única causal de inexistencia son las diligencias o actos procesales que se realicen con la presencia del sindicado, pero no con la de su defensor, pero evidentemente ello no es así, porque se trata de una descripción ejemplificativa, utilizándose para tales efectos, el desconocimiento de un

principio de tanta importancia como es el de la defensa y dentro de tales parámetros descriptivos, podría concluirse que se pueden considerar como inexistentes todas las actuaciones procesales irritualmente practicadas y que conlleven la vulneración de un principio de la Carta Política, porque se trata entonces de la ausencia de requisitos propios de su validez y existencia, como sería el caso de una decisión judicial que no esté firmada por los responsables de su emisión.

De manera regular la inexistencia se predica de actos, actuaciones o diligencias que al ser irritualmente practicadas vulneran o desconocen garantías constitucionales que convierten en inexistente tal actuación, desde la perspectiva jurídica, como apenas es obvio entenderlo y la diligencia inexistente, cuando de ella dependen actuaciones posteriores del proceso pueden generar nulidades de todo o parte del proceso. Sería el caso específico de una audiencia realizada sin la presencia del fiscal, del procesado, o del defensor, cuando su presencia sea requerida normativamente, ausencia que por sí misma la hace inexistente, pero que al seguirse adelantando la actuación sin corregir tal yerro generaría la nulidad de toda la actuación, incluyendo la validez de la medida de aseguramiento, de la acusación y de la sentencia, si es que ha llegado hasta su finalización.

Porque una vez más: "La forma es garantía de justicia y de igualdad entre las partes, con la salvedad de que al exagerarse el formalismo implicaría caer en la degradación de las formas, conducente al formulismo, también llamado ritualismo. Se trata de entidades distintas aunque pueden estar conectadas por un nexo; la forma procesal en su degeneración se transforma en fórmula "la forma tiene un sentido teleológico, finalista; la fórmula tiene su valor burocrático por sí mismo, independientemente de su finalidad"

LAS NULIDADES EN EL CÓDIGO PROCESAL DE 2004. LEY 906.

La verdad es que la temática de las nulidades en la codificación que irrumpe con el sistema acusatorio no fue, al igual que otras materias, la mejor tratada, porque en el artículo 455 inicia la temática con un artículo que lleva por título. " Nulidad de la prueba ilícita ", que nos parece desde toda perspectiva inadecuado, porque ha debido comenzarse el Título sobre la: " Ineficacia de los actos procesales " con una norma que definiera o diera un concepto sobre la nulidad, o uno que determinara las causales de nulidad, porque en nuestro criterio ha debido partirse de lo general a lo particular; en tales circunstancias precisado el concepto de nulidad, establecidas el criterio, o las causales de nulidad, ya se hubiera podido, pasar a la parte especial o específica de las nulidades como es el caso de la nulidad de la prueba ilícita.

Pero la indebida metodología de este Título no radica solo en la errada iniciación del mismo, sino que en el artículo con el que comienza el mismo, el contenido, no tiene relación con el encabezamiento del artículo, porque si el mismo hace relación a: " La nulidad derivada de la prueba ilícita ", ha debido procederse a la enunciación de esa específica nulidad probatoria, pero no, el artículo se dedica a enumerar, casos o circunstancias que se constituyen como excepciones a la cláusula de exclusión de la prueba ilícita que deben ser tenidos en cuenta en la declaratoria de las nulidades probatorias, y en la realidad termina por consagrar verdaderas excepciones a las nulidades, excepciones no contenidas en el último inciso del artículo 29 de la Carta.

Es tan absurda la incoherencia entre el título de la norma y su contenido, que si se observa con cuidado, se podrá verificar que los criterios que enumera, - el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley -, son excepciones que ha ido creando la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los EE. UU., como salvedades al principio que igualmente esa jurisprudencia había aceptado inicialmente sin limitaciones ni cortapisas de ninguna naturaleza, esto es que la prueba ilícita debía de ser excluida del proceso.

La expresión utilizada en la última parte de la norma que se comenta "…y las demás que establezca la ley ", tampoco corresponde a la realidad, porque las menciones que allí se hacen es con respecto a jurisprudencias del Tribunal Supremo Norteamericano, por ninguna parte el legislador estableció en qué consistía cada una de esas denominaciones, absteniéndose de mencionar otros pronunciamientos de esa Corporación sobre la misma temática, que son igualmente relevantes en la complicada temática de la prueba ilícita.

Como consecuencia de copiar experiencias foráneas, se consagró como norma rectora el principio de exclusión probatoria, pese a que nuestra tradición, para este tipo de fenómenos siempre había consagrado como máximas sanciones para los actos procesales irrituales: la inexistencia y la nulidad y pese a que el Constituyente al reprochar la prueba ilícita dentro del proceso utiliza la expresión: " Es nula, de pleno derecho…….", que gramaticalmente debe significar: inexistencia o nulidad absoluta, el legislador siguiendo decisiones judiciales foráneas, desconoce la directriz que en esa materia le había señalado el propio Constituyente.

Pero al hablarse solo de las nulidades derivadas de la prueba ilícita se da a entender falsamente que las nulidades son solo aquellas que tienen que ver con esta ilegal forma probatoria, cuando bien se sabe que la nulidad derivada de la prueba ilícita es solo la expresión particularizada de muchas otras irregularidades que igualmente pueden generar nulidades, sin que esté la problemática de la prueba ilícita de por

medio. Incluso es perfectamente posible que de la existencia y reconocimiento de una prueba ilícita, no surja ninguna nulidad, sino que simplemente se excluye la prueba ilícita o no es valorada en su momento por el juez de conocimiento.

Pero a renglón seguido, con una reacción psicológica, que en otra temática podría ser calificada como los reflejos condicionados de Pavlov, vuelve a la tradición jurídica colombiana y en lugar de hacer referencia a la exclusión probatoria, alude a la nulidad derivada de la prueba ilícita y es obvio que este título tampoco podría ser utilizado, porque dentro de los temas enunciados, constituyen verdaderas excepciones de la prueba ilícita, dentro de la jurisprudencia norteamericana.

La demandante por presunta inconstitucionalidad de esta norma con buen criterio consideró que se establecían excepciones no consagradas ni admitidas por la norma constitucional en la que se consagra la nulidad absoluta de las pruebas ilícitas, al sostener en relación con el artículo 455, que el legislador había consagrado unos criterios para que la prueba ilegal pueda llegar a tener valor, vulnerando de tal manera el artículo 29 Superior, norma en la que:

"…no hay excepción a la prueba obtenida con violación al debido proceso, su consecuencia es que es nula de pleno derecho, es decir, inexistente".

Nuestro juez constitucional de manera lamentable no entendió el contenido de la norma, ni el sentido de la demanda y mediante sentencia C-591 del 9 de junio de 2005, con ponencia de la H. M. Clara Inés Vargas Hernández determinó la constitucionalidad del artículo 455 con fundamento en las siguientes consideraciones:

"Al respecto de lo dispuesto por el inciso final del artículo 29 de la Constitución, en cuanto que [E]s nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso., ha considerado la Corte que se trata de un remedio constitucional para evitar que los derechos de quienes participan en actuaciones judiciales o administrativas, sean afectados por la admisión de pruebas practicadas de manera contraria al debido proceso, cuyos requisitos y condiciones, bajo los cuales pueden ser válidamente obtenidas, se encuentran regulados en la ley".[27]

En lo que concierne a las fuentes de exclusión y de la sanción respectiva, en la sentencia SU-159 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte consideró:

---

27 - Ver sentencia SU-159 de 2002

"Las fuentes de exclusión. El artículo 29 señala de manera general que la prueba obtenida con violación del debido proceso es nula de pleno derecho. Esta disposición ha sido desarrollada por el legislador penal para indicar dos grandes fuentes jurídicas de exclusión de las pruebas: la prueba inconstitucional y la prueba ilícita. La primera se refiere a la que ha sido obtenida violando derechos fundamentales y la segunda guarda relación con la adoptada mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado[28]. En cuanto al debido proceso, el legislador ha consagrado condiciones particulares para la práctica de pruebas y requisitos sustanciales específicos para cada tipo de prueba, cuyo cumplimiento debe ser examinado por el funcionario judicial al momento de evaluar si una determinada prueba es o no ilícita[29].

"La sanción. Según la norma constitucional citada, la prueba obtenida de esa manera es nula de pleno derecho. El desarrollo que el legislador penal le ha dado a dicha disposición ha sido el de señalar como consecuencias de la obtención de pruebas contrarias al debido proceso o violatorias de los derechos fundamentales, el rechazo de la prueba (artículo 250, Decreto 2700 de 1991) y su exclusión del acervo probatorio por invalidez (artículos 304 y 308, Decreto 2700 de 1991)[30]. Uno de los mecanismos de exclusión es el previsto en el

---

28 - En el presente proceso resulta pertinente el desarrollo legal contenido en los artículos 250 y 253 del Decreto 2700 de 1991, por medio del cual se expiden y se reforman normas del Código de Procedimiento Penal, que establecen lo siguiente:
Artículo 250.- Rechazo de las pruebas. No se admitirán las pruebas que no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso o las que hayan sido obtenidas en forma ilegal para determinar responsabilidad. El funcionario rechazará mediante providencia las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas. Cuando los sujetos procesales soliciten pruebas inconducentes o impertinentes serán sancionados disciplinariamente, o de acuerdo con lo previsto en el artículo 258 de este código.(subrayado fuera de texto). Esta norma fue modificada por el artículo 235 de la Ley 600 de 2000, por la cual se expide el nuevo Código de Procedimiento Penal.
Artículo 253.- Libertad probatoria. Los elementos constitutivos del hecho punible, la responsabilidad del imputado y la naturaleza y cuantía de los perjuicios, podrán demostrarse con cualquier medio probatorio, a menos que la ley exija prueba especial y respetando siempre los derechos fundamentales.(subrayado fuera de texto). Esta norma fue modificada por el artículo 237 de la Ley 600 de 2000, por la cual se expide el nuevo Código de Procedimiento Penal.
29 - Las condiciones sustanciales de cada prueba se encontraban reguladas en los artículos 251, 253 y 259 a 303 del Decreto 2700 de 1991.
30 - Decreto 2700 de 1991, Artículo 304.- Causales de nulidad. Son causales de nulidad: 1. La falta de competencia del funcionario judicial. Durante la instrucción no habrá lugar a nulidad por razón del factor territorial. 2. La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso. 3. La violación del derecho de defensa. Esta norma fue modificada por el artículo 306 de la Ley 600 de 2000, por la cual se expide el nuevo Código de Procedimiento Penal.
Artículo 308. Principios que orientan la declaratoria de nulidades y su convalidación.- 1. No se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para la cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa. 2. Quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial, afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento. 3. No puede invocar la nulidad el sujeto procesal que haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular, salvo que se trate de la falta de defensa técnica. 4. Los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento del perjudicado, siempre que se observen las garantías constitucionales. 5. Sólo puede decretarse cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial. 6. No podrá declararse ninguna nulidad distinta a las señaladas en el artículo 304 de este código. Esta norma fue modificada por el artículo 310 de la Ley 600 de 2000, por la cual se expide el nuevo Código de Procedimiento Penal.

artículo 250, Decreto 2700 de 1991, que establece que el funcionario judicial "rechazará mediante providencia las legalmente prohibidas o ineficaces." En este sentido también son pertinentes los artículos 161[31], 246[32], 247[33], 254[34], y 441[35] del Decreto 2700 de 1991. En todo caso, lo fundamental es que la prueba no puede ser valorada ni usada cuando se adoptan decisiones encaminadas a demostrar la responsabilidad.

(…)

"La consagración de un debido proceso constitucional impide al funcionario judicial darle efecto jurídico alguno a las pruebas que se hayan obtenido desconociendo las garantías básicas de toda persona dentro de un Estado social de derecho, en especial aquellas declaraciones producto de torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Así entendida, la expresión debido proceso no comprende exclusivamente las garantías enunciadas en el artículo 29 de la Constitución sino todos los derechos constitucionales fundamentales.

(…)

"También es claro que en el origen de la norma el constituyente buscó impedir que una prueba específica ("la prueba") resultado directo e inmediato ("obtenida") de un acto violatorio de los derechos básicos, fuera valorada en un proceso judicial. Por eso, el ejemplo de la tortura fue el prototipo de la arbitrariedad que se quería dejar sin efectos: cuando del acto de torturar se derive una declaración o confesión, esta prueba ha de ser invalidada sin que ello implique que la única sanción para el torturador sea la nulidad de la declaración o confesión del torturado.".

En efecto, una interpretación armónica del artículo 29 Superior con las nuevas disposiciones constitucionales mediante las cuales se estructura el nuevo modelo procesal penal de tendencia acusatoria, conlleva a que la regla de exclusión sea aplicable durante todas las etapas del proceso, es decir, no solamente durante el juicio sino en las

---

31 - Decreto 2700 de 1991, Artículo 161.- Inexistencia de diligencias.- Se consideran inexistentes para todos los efectos procesales, las diligencias practicadas con la asistencia e intervención del imputado sin la de su defensor.

32 - Decreto 2700 de 1991, Artículo 246.- Necesidad de la prueba. Toda providencia debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación.

33 - Decreto 2700 de 1991, Artículo 247.- Prueba para condenar. No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado.

34 - Decreto 2700 de 1991, Artículo 254. Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. El funcionario judicial expondrá razonablemente el mérito que le asigne a cada prueba.

35 - Decreto 2700 de 1991, Artículo 441.- Requisitos sustanciales de la resolución de acusación. El fiscal dictará resolución de acusación, cuando esté demostrada la ocurrencia del hecho y exista confesión, testimonio, que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio que comprometa la responsabilidad del imputado.

etapas anteriores a él, con la posibilidad de excluir entonces, no solamente pruebas, sino también elementos materiales probatorios y evidencia física.

4. Examen de constitucionalidad de las regulaciones de la cláusula general de exclusión, cláusula de exclusión en materia de registros y allanamientos, nulidad derivada de la prueba ilícita y nulidad por violación a garantías fundamentales.

El artículo 23 de la Ley 906 de 2004, el cual se encuentra ubicado en el Título Preliminar "Principios rectores y garantías procesales" de la Ley 906 de 2004, y por ende, se trata de una disposición que inspira todo el trámite del nuevo proceso penal de tendencia acusatoria, y regula la cláusula general de exclusión, al disponer que [T]oda 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 sólo puedan explicarse en razón de su existencia.

De entrada advierte la Corte, que esta norma general no se opone al artículo 29 Superior, y por el contrario lo reafirma, al disponer la nulidad de pleno derecho de la prueba y su exclusión cuando ha sido obtenida con violación de las garantías fundamentales, así como las que sean consecuencia de las pruebas excluidas; es decir, se refiere a la nulidad de pleno derecho y la exclusión del proceso de la prueba obtenida contrariando la Constitución, la que según lo considerado por la Corte, es una fuente de exclusión de la prueba de conformidad con el artículo 29 Superior.

En este orden de ideas, la Corte considera que el artículo 23 de la Ley 906 de 2004, se ajusta al artículo 29 Superior, razón por la cual lo declarará exequible por el cargo analizado.

...

Finalmente, la demandante acusa el artículo 455 de la Ley 906 de 2004, que se encuentra ubicado en el Capítulo III "Práctica de la prueba", Título VI "Ineficacia delos actos procesales", y regula el tema de la nulidad derivada de la prueba ilícita, señalando que para los efectos del artículo 23, es decir, para la aplicación de la cláusula de exclusión allí consagrada respecto de la prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales, se deben considerar los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable "y los demás que establezca la ley".

Al respecto de la disposición acusada, considera la Corte que el legislador, actuando dentro de su margen de configuración normativa, reguló un conjunto de criterios que le servirán al juez para realizar una ponderación cuando deba proceder a excluir de la

actuación procesal pruebas derivadas, es decir, las que son consecuencia de las pruebas excluidas o que solo puedan explicarse en razón de su existencia. Para tales efectos, el juez deberá adelantar una valoración acerca de los hechos; examinar la incidencia, relación y dependencia existentes entre unos y otros; y además, determinar si el supuesto fáctico se tipifica o no en alguna de las reglas legales dispuestas con el propósito de determinar si el vínculo causal se rompió en el caso concreto.

En tal sentido, el artículo 455 del nuevo C.P.P. establece determinados criterios para analizar si una prueba realmente deriva o no de otra, tales como el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable "y las demás que establezca la ley", para efectos de establecer si la prueba es nula de pleno derecho, y por lo tanto deberá excluirse de la actuación. Para tales efectos, el juez deberá tener en cuenta las reglas de la experiencia y de la sana crítica, dado que será preciso examinar la presencia o no de un nexo causal entre una prueba y otra, al igual que entrar a ponderar entre diversos factores, tales como los derechos fundamentales del procesado, aquellos de las víctimas y terceros, al igual que el cumplimiento estatal de investigar y sancionar efectivamente el delito.

Al respecto de los criterios determinados por el legislador en el artículo acusado, en el derecho comparado han conocido tales criterios, en el sentido de que por ***vínculo atenuado se ha entendido que si el nexo existente entre la prueba ilícita y la derivada es tenue, entonces la segunda es admisible***[36] ***atendiendo al principio de la buena fe, como quiera que el vínculo entre ambas pruebas resulta ser tan tenue que casi se diluye el nexo de causalidad; (iv) la fuente independiente, según el cual si determinada evidencia tiene un origen diferente de la prueba ilegalmente obtenida, no se aplica la teoría de los frutos del árbol ponzoñoso;***[37] ***y (v) el descubrimiento inevitable, consistente en que la prueba derivada es admisible si el órgano de acusación logra demostrar que aquélla habría sido de todas formas obtenidas por un medio lícito;***[38]

Sobre el particular esta Corporación en sentencia SU- 159 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa[39]*, examinó las diversas soluciones que el derecho comparado ofrece en materia de exclusión de pruebas derivadas, en los siguientes términos:*

"Tal y como se ha expuesto atrás (ver 4.2.3) a la luz del derecho comparado, son múltiples las teorías sobre los efectos y alcances de la doctrina de la prueba derivada de una prueba

---

36 - Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, asunto Nardote vs. UnitedStates, 308, U.S. 338 (1939).
37 - Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, asunto Silverthorne, 251, U.S. 385 (1920).
38 - Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, asunto Nix vs. Williams, 467, U.S. 431 (1984).
39 - Con salvamento de voto de los Magistrados Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra y Rodrigo Escobar Gil

viciada. Entre los criterios utilizados para distinguir cuándo una prueba se deriva de una primaria viciada es posible distinguir criterios formales –si el vínculo es directo o indirecto, mediato o inmediato, próximo o lejano–, criterios de gradualidad –si el vínculo es tenue, de mediano impacto o manifiesto–, criterios de conducta –si se explota intencionalmente la prueba primaria viciada o si la llamada prueba derivada tiene origen en una fuente independiente– o criterios materiales –si el vínculo es necesario y exclusivo o si existe una decisión autónoma o un hecho independiente que rompe, disipa o atenúa el nexo puesto que la prueba supuestamente derivada proviene de una fuente independiente y diversa. ***Así, son claramente pruebas derivadas ilícitas las que provienen de manera exclusiva, directa, inmediata y próxima de la fuente ilícita. En cambio, no lo son las que provienen de una fuente separada, independiente y autónoma o cuyo vínculo con la prueba primaria se encuentra muy atenuado en razón de los criterios anteriormente mencionados.*** *Pasa la Corte a evaluar si, en el presente caso, por la aplicación del conjunto de los anteriores criterios, las decisiones judiciales cuestionadas incluyeron pruebas derivadas que deberían haber sido excluidas por estar afectadas igualmente del vicio original*" (negrillas agregadas).

En este orden de ideas, si durante la práctica de una diligencia de allanamiento y registro se encuentran elementos probatorios y evidencia física, que no guardan relación alguna con la investigación que se adelanta ni con el objeto de la diligencia, el fiscal deberá relacionarlos y ponerlos a órdenes de la autoridad competente para efectos de abrir unas nuevas diligencias judiciales, ya que no constituyen prueba alguna de responsabilidad del indiciado o imputado.

Así las cosas, para la Corte es claro que, en virtud del artículo 29 constitucional, se debe excluir cualquier clase de prueba, bien sea directa o derivada, que haya sido obtenida con violación de las garantías procesales y los derechos fundamentales. En tal sentido, los criterios que señala el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 para efectos de aplicar la regla de exclusión se ajustan a la Constitución por cuanto, lejos de autorizar la admisión de pruebas derivadas ilegales o inconstitucionales, apuntan todos ellos a considerar como admisibles únicamente determinadas pruebas derivadas que provengan de una fuente separada, independiente y autónoma, o cuyo vínculo con la prueba primaria inconstitucional o ilegal sea tan tenue que puede considerarse que ya se ha roto.

En este orden de ideas, la Corte declarará exequible el artículo 455 de la Ley 906 de 2004, por el cargo analizado.

En lo que concierne al artículo 457 de la Ley 906 de 2004, disposición íntimamente relacionada con las estudiadas anteriormente, por consagrar la nulidad por violación a garantías fundamentales, como causal de nulidad por violación del derecho de defensa

o del debido proceso en aspectos sustanciales, debe la Corte ocuparse de analizar la expresión "salvo lo relacionado con la negativa o admisión de pruebas", del inciso segundo, referida a la excepción en relación con que los recursos de apelación pendientes de definición al momento de iniciarse el juicio público oral no invalidan el procedimiento.

Al respecto la Corte considera, que cuando el juez de conocimiento se encuentra en el juicio con una prueba ilícita, debe en consecuencia proceder a su exclusión. Pero, deberá siempre declarar la nulidad del proceso y excluir la prueba ilícita y sus derivadas, cuando quiera que dicha prueba ha sido obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial. En efecto, en estos casos, por tratarse de la obtención de una prueba con violación de los derechos humanos, esta circunstancia por si sola hace que se rompa cualquier vinculo con el proceso. En otras palabras, independientemente de si la prueba es trascendental o necesaria, el solo hecho de que fue practicada bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, es decir, mediante la perpetración de un crimen de lesa humanidad imputable a agentes del Estado, se transmite a todo el proceso un vicio insubsanable que genera la nulidad del proceso, por cuanto se han desconocido los fines del Estado en el curso de un proceso penal, cual es la realización de los derechos y garantías del individuo. Además, como queda ya comprometida la imparcialidad del juez que ha conocido del proceso, debe proceder además a remitirlo a un juez distinto.

En efecto, tradicionalmente en derecho colombiano se ha entendido que la aplicación de la regla de exclusión no invalida todo el proceso[40]*, sino que la prueba ilícita no puede ser tomada en cuenta al momento de sustentar una decisión. No obstante lo anterior, entiende la Corte que tal principio debe ser exceptuado cuando quiera que se pretenda hacer valer en un juicio oral una prueba que ha sido obtenida en flagrante desconocimiento de la dignidad humana, tal y como sucede con las confesiones logradas mediante crímenes de lesa humanidad como lo son la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha considerado que adelantar procesos judiciales sin las debidas garantías, como lo es la exclusión de la prueba obtenida con violación a la integridad física del sindicado, "**motiva la invalidez del proceso** y también priva de validez a la sentencia, que no reúne las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae consigo un acto de esta naturaleza."*

---

40 - Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 1º de febrero de 1993 y auto de 5 de mayo de 1997.

Sin lugar a dudas resulta inadmisible que pretenda hacerse valer durante la etapa de juicio oral una prueba obtenida mediante grave vulneración de los derechos fundamentales del imputado, dado que el nuevo procedimiento establece un conjunto de controles a la actividad investigativa del Estado, encaminados a evitar tal clase de situaciones.

Por las anteriores razones, la Corte declarará exequible, por el cargo analizado, el artículo 457 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que se declarará la nulidad del proceso, cuando se haya presentado en el juicio la prueba ilícita, omitiéndose la regla de exclusión, y esta prueba ilícita haya sido el resultado de tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial[41].

"Finalmente, la demandante acusa el artículo 455 de la Ley 906 de 2004, que se encuentra ubicado en el Capítulo III "Práctica de la prueba", Título VI "Ineficacia delos actos procesales", y regula el tema de la ***nulidad*** *derivada de la prueba ilícita, señalando que para los efectos del artículo 23, es decir, para la aplicación de la cláusula de exclusión allí consagrada respecto de la prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales, se deben considerar los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable "y los demás que establezca la ley".*

Al respecto de la disposición acusada, considera la Corte que el legislador, actuando dentro de su margen de configuración normativa, reguló un conjunto de criterios que le servirán al juez para realizar una ponderación cuando deba proceder a excluir de la actuación procesal pruebas derivadas, es decir, las que son consecuencia de las pruebas excluidas o que solo puedan explicarse en razón de su existencia. Para tales efectos, el juez deberá adelantar una valoración acerca de los hechos; examinar la incidencia, relación y dependencia existentes entre unos y otros; y además, determinar si el supuesto fáctico se tipifica o no en alguna de las reglas legales dispuestas con el propósito de determinar si el vínculo causal se rompió en el caso concreto.

En tal sentido, el artículo 455 del nuevo C.P.P. establece determinados criterios para analizar si una prueba realmente deriva o no de otra, tales como el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable "y las demás que establezca la ley", para efectos de establecer si la prueba es nula de pleno derecho, y por lo tanto deberá excluirse de la actuación. Para tales efectos, el juez deberá tener en cuenta las reglas de la experiencia y de la sana crítica, dado que será preciso examinar la presencia o no de un nexo causal entre una prueba y otra, al igual que entrar a

---

41 - Sentencia C-591 del 9 de junio de 2005. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

ponderar entre diversos factores, tales como los derechos fundamentales del procesado, aquellos de las víctimas y terceros, al igual que el cumplimiento estatal de investigar y sancionar efectivamente el delito.

Al respecto de los criterios determinados por el legislador en el artículo acusado, en el derecho comparado han conocido tales criterios, en el sentido de que por ***vínculo atenuado*** *se ha entendido que si el nexo existente entre la prueba ilícita y la derivada es tenue, entonces la segunda es admisible*[42] *atendiendo al principio de la buena fe, como quiera que el vínculo entre ambas pruebas resulta ser tan tenue que casi se diluye el nexo de causalidad; (iv) la* ***fuente independiente,*** *según el cual si determinada evidencia tiene un origen diferente de la prueba ilegalmente obtenida, no se aplica la teoría de los frutos del árbol ponzoñoso ; y (v) el descubrimiento inevitable, consistente en que la prueba derivada es admisible si el órgano de acusación logra demostrar que aquélla habría sido de todas formas obtenidas por un medio lícito ;*

Sobre el particular esta Corporación en sentencia SU- 159 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa , examinó las diversas soluciones que el derecho comparado ofrece en materia de exclusión de pruebas derivadas, en los siguientes términos:

"Tal y como se ha expuesto atrás (ver 4.2.3) a la luz del derecho comparado, son múltiples las teorías sobre los efectos y alcances de la doctrina de la prueba derivada de una prueba viciada. Entre los criterios utilizados para distinguir cuándo una prueba se deriva de una primaria viciada es posible distinguir criterios formales –si el vínculo es directo o indirecto, mediato o inmediato, próximo o lejano–, criterios de gradualidad –si el vínculo es tenue, de mediano impacto o manifiesto–, criterios de conducta –si se explota intencionalmente la prueba primaria viciada o si la llamada prueba derivada tiene origen en una fuente independiente– o criterios materiales –si el vínculo es necesario y exclusivo o si existe una decisión autónoma o un hecho independiente que rompe, disipa o atenúa el nexo puesto que la prueba supuestamente derivada proviene de una fuente independiente y diversa. ***Así, son claramente pruebas derivadas ilícitas las que provienen de manera exclusiva, directa, inmediata y próxima de la fuente ilícita. En cambio, no lo son las que provienen de una fuente separada, independiente y autónoma o cuyo vínculo con la prueba primaria se encuentra muy atenuado en razón de los criterios anteriormente mencionados.*** *Pasa la Corte a evaluar si, en el presente caso, por la aplicación del conjunto de los anteriores criterios, las decisiones judiciales cuestionadas incluyeron pruebas derivadas que deberían haber sido excluidas por estar afectadas igualmente del vicio original"* (negrillas agregadas).

---

42 - Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, asunto Nardote vs. UnitedStates, 308, U.S. 338 (1939).

En este orden de ideas, si durante la práctica de una diligencia de allanamiento y registro se encuentran elementos probatorios y evidencia física, que no guardan relación alguna con la investigación que se adelanta ni con el objeto de la diligencia, el fiscal deberá relacionarlos y ponerlos a órdenes de la autoridad competente para efectos de abrir unas nuevas diligencias judiciales, ya que no constituyen prueba alguna de responsabilidad del indiciado o imputado.

Así las cosas, para la Corte es claro que, en virtud del artículo 29 constitucional, se debe excluir cualquier clase de prueba, bien sea directa o derivada, que haya sido obtenida con violación de las garantías procesales y los derechos fundamentales. En tal sentido, los criterios que señala el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 para efectos de aplicar la regla de exclusión se ajustan a la Constitución por cuanto, lejos de autorizar la admisión de pruebas derivadas ilegales o inconstitucionales, apuntan todos ellos a considerar como admisibles únicamente determinadas pruebas derivadas que provengan de una fuente separada, independiente y autónoma, o cuyo vínculo con la prueba primaria inconstitucional o ilegal sea tan tenue que puede considerarse que ya se ha roto.

En este orden de ideas, la Corte declarará exequible el artículo 455 de la Ley 906 de 2004, por el cargo analizado.

En el artículo 23 se consagra la exclusión de dos tipos de pruebas a saber: a) las pruebas ilícitas directas, es decir, aquellas que por la forma en que fueron practicadas son irrituales, o violatorias de derechos fundamentales y b) las pruebas derivadas de las primeras.

Un caso de exclusión de prueba directa sería la del testimonio obtenido mediante tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, o por cualquier otro procedimiento ilegal, como la utilización del pentotal sódico o sus derivados, mediante hipnosis, utilizando preguntas capciosas o sugestivas, o por la utilización del polígrafo o detector de mentiras; y serían prueba derivada que igualmente debe ser excluida, las evidencias encontradas como consecuencia de un allanamiento realizado sin orden judicial previa.

El artículo 455 no se refiere en ningún momento a las pruebas ilícitas derivadas, sino a todas las pruebas ilícitas, las directas y las derivadas, que por mandato constitucional deben ser consideradas como inválidas o nulas; en tales circunstancias el título de éste artículo hace referencia a la nulidad que se origina o deriva de la prueba ilícita

LA CONSAGRACIÓN DE LAS NULIDADES.

En los artículos 456 y 457 se consagran dos clases de nulidad, la primera por incompetencia y la segunda por violación a garantías fundamentales.

A) La nulidad por incompetencia del juez.

Es una singular forma de consagrar la nulidad por incompetencia del juez, puesto que la circunscribe a dos casos específicos a saber:

1) Nulidad por incompetencia en el caso de procesos en los que el sujeto pasivo de la acción tenga un determinado fuero.

2) Nulidad por incompetencia, cuando el proceso sea competencia de un juez especializado y sea conocido por un juez de diversa categoría.

La limitación de la nulidad por incompetencia del juez a esos dos específicos casos genera una serie de problemas de particular trascendencia, porque lo anterior indica que en todos los otros casos el conocimiento de procesos por jueces incompetentes no sería generante de nulidad y si ello es así, cuál la razón para que se hubieren señalado competencias para los jueces municipales, del circuito, de los Tribunales Superiores y de la Corte Suprema de Justicia, éstos dos últimos, cuando conocen procesos que no involucran a personajes aforados ?.

A continuación analizaremos brevemente las dos causales de nulidad establecidas y los absurdos que se generan como consecuencia de haber limitado la nulidad solo para esos dos casos de incompetencia, cuando bien sabemos, que son muchas otras las hipótesis de incompetencia que se pueden generar como a continuación lo podremos demostrar:

La nulidad por incompetencia del juez cuando conoce de procesos que involucran como procesados a personajes con fuero surge de dos clases de fueros consagrados positivamente: uno de orden constitucional y otro de orden legal.

El fuero constitucional, en cuanto a que es la propia Carta Política, la que determina que las personas que estén investidas de determinados cargos, no serán procesadas de conformidad con las leyes generales de competencia, sino de acuerdo a las específicas previsiones que la propia Constitución establece, tres de ellos aparecen clara y taxativamente previstos en el artículo 235 al determinar:

"*ARTICULO 235. Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:*

1. Actuar como tribunal de casación.

2. Juzgar al Presidente de la República o a quien haga sus veces y a los altos funcionarios de que trata el artículo ', por cualquier hecho punible que se les impute, conforme al artículo ' numerales 2 y 3.

3. Investigar y juzgar a los miembros del Congreso.

4. Juzgar, previa acusación del Fiscal General de la Nación, a los Ministros del Despacho, al Procurador General, al Defensor del Pueblo, a los Agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales; a los Directores de los Departamentos Administrativos, al Contralor General de la República, a los Embajadores y jefes de misión diplomática o consular, a los Gobernadores, a los Magistrados de Tribunales y a los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública, por los hechos punibles que se les imputen.

5. Conocer de todos los negocios contenciosos de los agentes diplomáticos acreditados ante el Gobierno de la Nación, en los casos previstos por el Derecho Internacional.

6. Darse su propio reglamento.

7. Las demás atribuciones que señale la ley.

PARÁGRAFO. Cuando los funcionarios antes enumerados hubieren cesado en el ejercicio de su cargo, el fuero sólo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas. (Lo destacado no lo es en el texto).

El otro fuero constitucional aparece instituido en el artículo 221 de la Carta al establecer:

*ARTICULO 221. <Artículo modificado por el artículo 'o. del Acto Legislativo No. 2 de 1995. El nuevo texto es el siguiente:>**De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar.** Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.* (Lo destacado no lo es en el texto).

Como se puede observar, los fueros constitucionalmente establecidos son cuatro y son los siguientes:

1) El fuero atribuido a los funcionarios que fungen como cabeza de la rama ejecutiva y de la rama judicial. Por tanto este fuero comprende a los siguientes funcionarios:

A) Presidente de la República;
B) Magistrados de la Corte Constitucional;
B) Magistrados de la Corte Suprema de Justicia;
C) Magistrados del Consejo de Estado;
D) Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura y
E) Fiscal General de la Nación.

Este fuero es integral mientras se encuentren en el ejercicio de los cargos, es decir, comprende los delitos funcionales y los no funcionales, pero a la dejación de los respectivos cargos solo conservarán el fuero por los delitos funcionales.

Es preciso destacar que el juicio político se constituye en un requisito de procedibilidad, porque mientras no se agote el mismo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia no puede ejercer su competencia.

La segunda causal de nulidad por desconocimiento de la competencia, cuando uno de los delitos atribuidos por competencia legal a los jueces penales del circuito especializados, sea conocido por un juez de diversa categoría a los antes mencionados.

La competencia de los jueces penales del circuito especializados aparece señalada en el artículo 35 del código procesal al establecer:

"ARTÍCULO 35. DE LOS JUECES PENALES DE CIRCUITO ESPECIALIZADOS.<Ver Notas del Editor> Los jueces penales de circuito especializado conocen de:

1. Genocidio.

2. Homicidio agravado según los numerales 8, 9 y 10 del artículo 104 del Código Penal.

3. Lesiones personales agravadas según los numerales 8, 9 y 10 del artículo 104 del Código Penal.

4. Los delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario.

5. Secuestro extorsivo o agravado según los numerales 6, 7, 11 y 16 del artículo 170 del Código Penal.

6. Desaparición forzada.

7. Apoderamiento de aeronaves, naves o medio de transporte colectivo.

8. Tortura.

9. Desplazamiento forzado.

10. Constreñimiento ilegal agravado según el numeral 1 del artículo 183 del Código Penal.

11. Constreñimiento para delinquir agravado según el numeral 1 del artículo 185 del Código Penal.

12. Hurto de hidrocarburos o sus derivados cuando se sustraigan de un oleoducto, gasoducto, naftaducto o poliducto, o que se encuentren almacenados en fuentes inmediatas de abastecimiento o plantas de bombeo.

13. Extorsión en cuantía superior a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

14. Lavado de activos cuya cuantía sea o exceda de cien (100) salarios mínimos legales mensuales.

15. Testaferrato cuya cuantía sea o exceda de cien (100) salarios mínimos legales mensuales.

16. Enriquecimiento ilícito de particulares cuando el incremento patrimonial no justificado se derive en una u otra forma de las actividades delictivas a que se refiere el presente artículo, cuya cuantía sea o exceda de cien (100) salarios mínimos legales mensuales.

17. Concierto para delinquir agravado según el inciso 2o. del artículo 340 del Código Penal.

18. Entrenamiento para actividades ilícitas.

19. Terrorismo.

20. <Numeral modificado por el artículo 24 de la Ley 1121 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Financiamiento del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas.

21. Instigación a delinquir con fines terroristas para los casos previstos en el inciso 2o. del artículo 348 del Código Penal.

22. Empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos con fines terroristas.

23. De los delitos señalados en el artículo 366 del Código Penal.

24. Empleo, producción y almacenamiento de minas antipersonales.

25. Ayuda e inducción al empleo, producción y transferencia de minas antipersonales.

26. Corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico con fines terroristas.

27. Conservación o financiación de plantaciones ilícitas cuando la cantidad de plantas exceda de 8.000 unidades o la de semillas sobrepasen los 10.000 gramos.

28. Delitos señalados en el artículo 376 del Código Penal, agravados según el numeral 3 del artículo 384 del mismo código.

29. Destinación ilícita de muebles o inmuebles cuando la cantidad de droga elaborada, almacenada o transportada, vendida o usada, sea igual a las cantidades a que se refiere el literal anterior.

30. Delitos señalados en el artículo 382 del Código Penal cuando su cantidad supere los cien (100) kilos o los cien (100) litros en caso de ser líquidos.

31. Existencia, construcción y utilización ilegal de pistas de aterrizaje.

32. <Numeral adicionado por el artículo ‘ de la Ley 985 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> Trata de Personas, cuando la conducta implique el traslado o transporte de personas desde o hacia el exterior del país, o la acogida, recepción o captación de estas.

La incoherencia del artículo 456, es precisamente que no sanciona con nulidad todas las otras múltiples hipótesis de incompetencia que se pueden dar, y en efecto se dan en la realidad, y que nada tienen que ver con vulneración o desconocimiento de la competencia subjetiva, o por infracción a la competencia de los jueces penales del Circuito especializados.

Sería por ejemplo el caso de un juez penal municipal que conozca de delitos de competencia de los jueces penales del circuito; o uno de éstos últimos despachos

conociendo de delitos de competencia de los tribunales superiores o jueces penales municipales o del circuito, conociendo de las funciones atribuidas a los jueces de penas, o a nivel de jueces de garantías, que quien sea incompetente para conocer de un determinado proceso, avoque el conocimiento del mismo.

La norma conlleva al absurdo, porque puede llegar a ser generadora de una situación caótica y anárquica, pues por los más diversos motivos que pueden ir desde la ignorancia hasta la corrupción, los jueces y los partícipes conscientes de que las otras formas de incompetencia no son generadoras de nulidad, pudieran avocar el conocimiento de cualquier proceso, con los más torcidos propósitos.

La segunda causal de nulidad aparece consagrada en el artículo 457, por violación a garantías fundamentales, destacándose de manera específica los derechos a la defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales.

En el segundo inciso del mismo artículo se determina que los recursos de apelación pendientes de ser resueltos antes de iniciarse el juicio oral, no son causales de nulidad excepto, si se trata de apelaciones por negativa a admitir determinados medios de convicción.

Se vuelve a reiterar un error conceptual que ya existía en los códigos precedentes, y es el de privilegiar el derecho a la defensa sobre otras garantías o derechos igualmente de rango constitucional, dando la idea de que es más trascendente; pero en este punto no se quedan los errores conceptuales anunciados, porque si la titulación de la norma es la de querer invalidar los actos procesales que se realicen con violación de las garantías o derechos constitucionales, es obvio que en su contenido, se ha debido precisar que todas las actuaciones procesales ejecutadas con violación de los derechos o garantías constitucionales deben ser sancionados con nulidad.

Pero no se hace así y a nivel de trascendencia se pretende establecer una especie de sinonimia o de emparejamiento entre el derecho a la defensa y el debido proceso al afirmarse la nulidad cuando la actuación procesal conlleva: "…la violación del derecho de defensa o del debido proceso…", en planteamiento no aceptable, si partimos de la base de que el derecho a la defensa es una parte y el debido proceso es el todo, puesto que bien se sabe que el derecho defensivo es una de las muchas garantías que integran el concepto constitucional del debido proceso, puesto que es una realidad que el debido proceso es complejo por estar integrado por múltiples derechos y garantías.

Igualmente consideramos que se incurre en otro grave error conceptual cuando se dice que la violación del derecho a la defensa o del debido proceso, para que constituya nulidad, debe ser en aspectos sustanciales y es obvio, que si en realidad de verdad hay vulneración del derecho de defensa o del debido proceso siempre será en aspectos sustanciales. Es impensable desde cualquier punto de vista, que pudiera pensarse en una violación del derecho a la defensa o del debido proceso que no fuera en aspectos sustanciales.

En relación con este punto, es indispensable recordar que el debido proceso constitucional es el conjunto de garantías y derechos contenidos en la Carta Política, en los Tratados sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia y en la Ley; dentro de tal perspectiva, hacen parte del mismo, no solo los contenidos en el artículo 29, sino muchos otros que se encuentran insertos a lo largo de la Constitución y de los Tratados enunciados, sin olvidar, que de conformidad con el artículo 94 de la Carta[46], estos derechos son meramente enunciativos y que por tanto, no solo deben tenerse en cuenta, o ser aceptados, los que han sido constitucionalizados, sino todos aquellos inherentes a la persona.

Pretender privilegiar el derecho a la defensa sobre los otros derechos o garantías de rango constitucional es un error imperdonable, pese a que nuestra tradición normativa no ha sido precisamente un acierto en este punto, puesto que fórmula igualmente equivocada se había consagrado en la Ley 600 de 2000[47], y antes en el Decreto 2700 de 1991[48] y todavía antes, en el Decreto 050 de 1987.

Dan a entender estas equivocadas normas, que el derecho a la defensa es una garantía de mayor trascendencia que las demás, cuando ello no es así, e igualmente se debe reconocer la nulidad, cuando la violación es una cualquiera de las garantías integradoras del concepto del debido proceso.

---

46 - ARTICULO 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

*47 - ARTICULO 306. **CAUSALES DE NULIDAD.** <Para los delitos cometidos con posterioridad al 1o. de enero de 2005 rige la Ley 906 de 2004, con sujeción al proceso de implementación establecido en su Artículo 528> Son causales de nulidad:*

1. La falta de competencia del funcionario judicial.

Durante la investigación no habrá lugar a nulidad por razón del factor territorial.

2. La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.

*3. **La violación del derecho a la defensa** (Lo destacado no lo es en el texto).*

48 - ART. 304.—Causales de nulidad. Son causales de nulidad:

1. La falta de competencia del funcionario judicial.

Durante la instrucción no habrá lugar a nulidad por razón del factor territorial.

2. La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.

*3. **La violación del derecho a la defensa.** (Lo destacado no lo es en el texto).*

En relación con lo dispuesto en el segundo inciso, según el cual el hecho de que en el momento de la realización del juicio oral existieren apelaciones pendientes de resolver, este hecho no será generador de nulidad, salvo en lo relacionado con la negativa o admisión de pruebas.

En relación con éste artículo se pronunció la Corte Constitucional mediante sentencia C-591 del 9 de junio de 2005, con ponencia de la H. M. Clara Inés Vargas Hernández donde se sostuvo:

"En lo que concierne al artículo 457 de la Ley 906 de 2004, disposición íntimamente relacionada con las estudiadas anteriormente, por consagrar la nulidad por violación a garantías fundamentales, como causal de nulidad por violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales, debe la Corte ocuparse de analizar la expresión "salvo lo relacionado con la negativa o admisión de pruebas", del inciso segundo, referida a la excepción en relación con que los recursos de apelación pendientes de definición al momento de iniciarse el juicio público oral no invalidan el procedimiento.

Al respecto la Corte considera, que cuando el juez de conocimiento se encuentra en el juicio con una prueba ilícita, debe en consecuencia proceder a su exclusión. Pero, deberá siempre declarar la nulidad del proceso y excluir la prueba ilícita y sus derivadas, cuando quiera que dicha prueba ha sido obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial. En efecto, en estos casos, por tratarse de la obtención de una prueba con violación de los derechos humanos, esta circunstancia por si sola hace que se rompa cualquier vinculo con el proceso. En otras palabras, independientemente de si la prueba es trascendental o necesaria, el solo hecho de que fue practicada bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, es decir, mediante la perpetración de un crimen de lesa humanidad imputable a agentes del Estado, se transmite a todo el proceso un vicio insubsanable que genera la nulidad del proceso, por cuanto se han desconocido los fines del Estado en el curso de un proceso penal, cual es la realización de los derechos y garantías del individuo. Además, como queda ya comprometida la imparcialidad del juez que ha conocido del proceso, debe proceder además a remitirlo a un juez distinto.

En efecto, tradicionalmente en derecho colombiano se ha entendido que la aplicación de la regla de exclusión no invalida todo el proceso[49]*, sino que la prueba ilícita no*

---

49 - Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 1º de febrero de 1993 y auto de 5 de mayo de 1997.

*puede ser tomada en cuenta al momento de sustentar una decisión. No obstante lo anterior, entiende la Corte que tal principio debe ser exceptuado cuando quiera que se pretenda hacer valer en un juicio oral una prueba que ha sido obtenida en flagrante desconocimiento de la dignidad humana, tal y como sucede con las confesiones logradas mediante crímenes de lesa humanidad como lo son la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha considerado que adelantar procesos judiciales sin las debidas garantías, como lo es la exclusión de la prueba obtenida con violación a la integridad física del sindicado, "**motiva la invalidez del proceso** y también priva de validez a la sentencia, que no reúne las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae consigo un acto de esta naturaleza."*

Sin lugar a duda resulta inadmisible que pretenda hacerse valer durante la etapa de juicio oral una prueba obtenida mediante grave vulneración de los derechos fundamentales del imputado, dado que el nuevo procedimiento establece un conjunto de controles a la actividad investigativa del Estado, encaminados a evitar tal clase de situaciones.

Por las anteriores razones, la Corte declarará exequible, por el cargo analizado, el artículo 457 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que se declarará la nulidad del proceso, cuando se haya presentado en el juicio la prueba ilícita, omitiéndose la regla de exclusión, y esta prueba ilícita haya sido el resultado de tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial.

Como consecuencia de las reflexiones precedentes, la Corporación resolvió declarar exequible la norma, circunscribiendo el contenido del artículo, como ya lo había hecho en la parte considerativa, a que la norma solo comprendía problemas relacionados con la apelación no decidida antes de iniciarse el juicio oral, por la admisión o inadmisión de pruebas ilícitas. En tal sentido resolvió:

14. Declarar EXEQUIBLE, por el cargo analizado, la expresión "salvo lo relacionado con la negativa o admisión de la prueba" del inciso segundo del artículo 457 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que se declarará la nulidad del proceso, cuando se haya presentado en el juicio la prueba ilícita, omitiéndose la regla de exclusión, y esta prueba ilícita haya sido el resultado de tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial y se enviará a otro juez distinto.

Nos causa profunda preocupación, que cuando la norma alude a un problema probatorio de carácter general, la Corte lo haya circunscrito a un problema de admisión o inadmisión de prueba ilícita, y la preocupación es entendible porque claramente el contenido de la norma no conduce a ninguna dubitación, puesto que la

norma establece: "**…salvo lo relacionado con la negativa o admisión de pruebas...**", sin que el problema de la ilicitud de la prueba pueda involucrarse en el contenido de la norma que se analiza.

Demuestra la Corporación un profundo desconocimiento de lo que en la dogmática procesal representa el derecho a la contradicción probatoria, identificado tanto en el país como por la doctrina universal con el derecho a la defensa, puesto que bien se sabe que en la justicia de los humanos, los jueces solo pueden reconocer lo que se haya logrado probar dentro del proceso; en tales condiciones, es perfectamente evidente que sería imposible que se pudiese iniciar el juicio oral, estando pendientes recursos interpuestos contra decisiones que admitieron o negaron prácticas probatorias, porque es de lógica elemental, que el juicio no se puede realizar, mientras no se encuentre perfectamente precisado cuáles son las pruebas que deben ser practicadas durante la realización del juicio oral. La salvedad creada por el legislador tiene sentido, porque no se puede iniciar el juicio, cuando estuvieren pendientes la solución de pruebas admitidas o negadas, porque se estarían afectando de manera grave los derechos de contradicción probatoria y de defensa.

Por la trascendencia que esta temática tiene dentro del concepto constitucional del debido proceso, nos permitiremos a continuación hacer unas breves consideraciones sobre el derecho constitucional a la contradicción probatoria.

La doctrina nacional y extranjera, por unanimidad, han identificado como una misma garantía, los derechos de defensa y de contradicción, porque es evidente que si no se da el segundo, el primero por obvias razones no puede tener existencia.

El principio de contradicción es un derecho consagrado en el artículo 29 constitucional;[50] íntimamente unido con la garantía del derecho a la defensa que tienen todos los ciudadanos sobre los que recaiga una imputación penal; tan estrechamente unidos que se puede afirmar que sin el reconocimiento del derecho de contradicción, el ejercicio a la defensa sería impracticable como derecho esencial dentro del concepto del debido proceso.

---

50 - Art. 29.- El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.
"…"
" 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.-
"…"

Un viejo principio del derecho indica que la justicia reconoce las pretensiones procesales que puedan ser probadas, principio que analizado con el contenido del derecho a la defensa nos lleva a la conclusión que el mismo descansa de manera trascendental en el pleno ejercicio de los derechos de probar y de contradecir los medios de convicción que se hayan producido en su contra.

Esta garantía se encuentra igualmente como principio o norma rectora[51] en el Código Procesal y claramente consagrada en el Pacto Universal (Ley 74 de 1968)[52] y en la Convención Americana de Derechos Humanos (Ley 16 de 1972)[53].

El ciudadano se defiende de la imputación formulada, probando sus afirmaciones defensivas y controvirtiendo, probatoriamente, las imputaciones que le formulen el Estado o los otros intervinientes. La íntima unión de las dos garantías permite afirmar que la defensa como derecho constitucional se convierte en un principio puramente retórico si no se cuenta con el derecho de probar y el de controvertir.

La inescindible relación de estas dos garantías hace que procesalistas como Montero Aroca las identifiquen como una sola cuando afirma:

"CONTRADICCIÓN O DEFENSA. Los brocardos auditur et altera pars y nemo inauditus damnaria potest, que hoy suele enunciarse como que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, hacen referencia a este principio, que ha sido considerado la fuerza motriz del proceso, su garantía suprema, pero que, más precisamente puede considerarse que atiende a la esencia misma del proceso, pues sin el mismo no estaremos ante un verdadero proceso. Conviene, con todo advertir que el

---

51 - Artículo 15. Contradicción. Las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación, tanto las que sean producidas o incorporadas en el juicio oral y en el incidente de reparación integral, como las que se practiquen en forma anticipada.
Para garantizar plenamente este derecho, en el caso de formular acusación la Fiscalía General de la Nación deberá, por conducto del juez de conocimiento, suministrar todos los elementos probatorios e informes de que tenga noticia, incluidos los que sean favorables al procesado.
52 - Artículo 14º. 1.Todas las personas son iguales ante los Tribunales y Cortes de Justicia…….
...
3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
...
e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;
53 - Art. 8o. Garantías judiciales
1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, …".-
Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
...
f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

principio presenta dos facetas, o, si se quiere, debe ser contemplado desde dos perspectivas complementarias que, además puede y deben ser enunciadas de modos distintos.

" El principio de contradicción tiene plena virtualidad cuando se lo considera como un mandato dirigido al legislador ordinario para que regule el proceso, cualquier proceso, partiendo de la base de que las partes han de disponer de plenas facultades procesales para tender a conformar la resolución que debe dictar el órgano judicial, mientras que el derecho de defensa se concibe como un derecho de rango fundamental, atribuido a las partes de todo proceso, que consiste básicamente en la necesidad de que éstas sean oídas, en el sentido de que puedan alegar y probar para conformar la resolución judicial, y de que conozcan y puedan rebatir todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial[54].

Similar identidad, en cuanto a los dos principios, plantea Rodríguez Fernández cuando sostiene:

"Derecho a la defensa mediante la promoción de la contradicción.- Este derecho supone que en todo proceso debe respetarse el derecho de defensa contradictorio de las partes contendientes, mediante la oportunidad dialéctica de alegar y justificar procesal mente el reconocimiento de sus derechos e intereses. El proceso penal solo se concibe como una oposición entre pretensiones que un órgano imparcial resuelve y las partes han de tener igualdad de armas con posibilidades homogéneas de alegar y probar cada una de ellas lo que sea pertinente al objeto discutido y conveniente a sus intereses.-

" Con respecto al procesado este derecho se concreta en su derecho – y de su defensa – a preguntar y repreguntar a testigos, peritos y otros procesados, así como a valerse, respecto de otras pruebas diversas de la testifical, de los medios pertinentes para demostrar la eficacia de las por él propuestas y la ineficacia de las propuestas por la otra parte.[55]

A la misma identificación llega Pedraza Penalva cuando dice:

"Análisis del derecho de defensa a través del principio de contradicción.- Con gran parte de la literatura especializada y con la doctrina sentada por nuestro Tribunal Constitucional, entiendo que el principio de audiencia o contradicción – en sentido amplio – se encuentra íntimamente conectado con el derecho de defensa del que

---

54 - Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón. Juan Montero Aroca, pág 139, 140, E. Tirant lo Blanch. Valencia 1997.

55 - Derechos fundamentales y garantías individuales en el proceso penal. Ricardo Rodríguez Fernández, pág 18. E. Comares. Granada 2000.

constituye su presupuesto, aunque entiendo que no han de ser confundidos. Desde su estrecho nexo con el principio de contradicción, examino pues el derecho de defensa: Nemo damnandus, nisi auditus, velvocatus, (nadie puede ser condenado sin ser oído o citado en juicio) con sus consecuentes "Nemo praesumitur malus nisi probetur" o "iudex iudicet secundum allegata et probata partium , debiendo destacar que, en sede procesal penal, implica además otros aspectos que lo sobrepasan como el "nemo tenetu redere contra se " o "nemo tentur se ipsu maccusare" (nadie está obligado a declarar o a acusarse a sí mismo)[57].

José Fernando Ramírez Gómez, entre nosotros, plantea similar identificación cuando sostiene:

"Principio de contradicción o derecho de defensa. La doctrina de la Corte Constitucional sobre el derecho de defensa se elabora a partir de lo expuesto en las sentencias T- 419\92, C-150\92, T-272\93, T-055\94, C-037\96, T-361\97, T-051\99, T-181\99, y T-294\99 entre otras.

" a) "De acuerdo con la naturaleza bilateral del proceso penal, el imputado debe ser oído y sus argumentos deben ser sopesados con indagaciones y estudio".
"b) El principio de contradicción "es el fundamento de la realización del principio de defensa y, éste a su vez, es condición necesaria para la efectividad del derecho al debido proceso ".

"c) De acuerdo con la Convención interamericana ratificada por la ley 16 de 1972, el derecho de defensa del imputado ofrece tres posibilidades " 1) la de interrogar a los testigos que intervienen en su contra, 2) la de presentar testigos que declaren a su favor, y 3) la de participar, en condiciones de igualdad, en todo proceso de contradicción y debate que se lleve a cabo con la presentación de testigos ".

"d) La omisión de una prueba conducente "constituye una violación al derecho de defensa y al debido proceso ".

"e) Este derecho lo mismo que el del debido proceso se debe observar sin restricción}, dentro de la actividad disciplinaria privada" (T. 272\93).

---

57 - Derecho Procesal Penal, Ernesto PedrazPenalva, Tomo I, pág 228. E. Colex Madrid. 2000.-

"f) Al ser propósito esencial de todo proceso judicial el de lograr la verdad, se debe garantizar plenamente la posibilidad de que las partes interesadas expongan y controviertan con plenas garantías los argumentos que suscitaron el litigio judicial ".

"g) La Constitución de 1991, precisando aún más lo dispuesto por la de 1886, se encargó de definir al derecho de defensa como un derecho fundamental autónomo, ligado, por razones obvias, al debido proceso, a través del cual – como lo anota la sentencia antes citada - se permite a toda persona controvertir las acusaciones que en materia administrativa o judicial se presenten en contra, con lo cual, a su vez, se hacen efectivos otros derechos, como son el derecho a la libertad, a la seguridad, el de petición y aún el derecho a la vida ".

" h) "Esta disposición debe, asimismo, complementarse con el artículo 229 superior que remite a la ley la responsabilidad de definir los casos en que pueda acceder a la administración de justicia sin la representación de abogado. Lo anterior se conoce, particularmente para efectos del procedimiento penal, como la defensa técnica a que tiene derecho el sindicado, la cual, por la trascendencia del cargo, debe ser encargada a una persona versada en derecho, con suficientes conocimientos de orden técnico y, sobretodo, con una amplia capacidad humana que permita al interesado confiar los asuntos más personales e íntimos relacionados con el caso sobre el cual se le ha prestado asistencia".[58]

Molina Arrubla de manera similar ubica el derecho de contradicción, dentro de la defensa y sostiene:

"Consustancial al derecho de defensa resulta ser el derecho de contradicción, conforme al cual el procesado, por si o por intermedio de su apoderado o defensor (en el entendido de que estos términos resultan ser asimilables), resulta ser el derecho de contradicción, que no sólo alude a la controversia probatoria sino también, de las providencias. Pero para ello, a saber, para poder controvertir las pruebas y\o las sindicaciones, es menester conocer el contenido de unas y otras, pues que nada puede hacer la defensa – técnica y\o material -, si no sabe o no conoce quiénes son los testigos de cargo, o qué es lo que ellos dicen en contra del procesado, como tampoco será mayor la actividad de contradicción que se pueda ejercer si no se conoce cuál es el fundamento y\o contenido

---

58 - Principios constitucionales del Derecho Procesal Colombiano. José Fernando Ramírez Gómez, pág 151 y ss. E. Señal Editora, Medellín 1999.

de las providencias emitidas por el respectivo funcionario judicial, entendido el concepto en los términos del Art. 534 nuevo Código de Procedimiento Penal.

...

"Aún a riesgo de atentar contra los principios de celeridad y eficiencia, el nuevo Código de Procedimiento Penal autoriza la posibilidad de que en la audiencia preparatoria se decrete la repetición de aquellas pruebas que los sujetos procesales no tuvieron la posibilidad jurídica de controvertir, conforme a lo dispuesto en el inciso 1º. Del art. 401.

"Ello significa, entonces, que si por alguna razón jurídica (que no material, vale decir, por olvido, vencimiento de términos, inactividad de uno de los sujetos procesales, etc), alguno de los intervinientes no tuvo la oportunidad de controvertir una determinada prueba, en la audiencia preparatoria que consagra el art. 401 es posible solicitar, incluso, la repetición de dicha prueba, en petición que puede ser atendida, en atención a las circunstancias, por parte del juez. El respeto al derecho de contradicción se eleva, entonces, a una categoría tal que, como se dijo, puede reportar como consecuencia, incluso, el sacrificio de principios tales como el de celeridad y el de eficiencia, siempre en el entendido de que interesa más el contenido que las formas, vale decir, que inspirado por el principio de la investigación integral, lo que le interesa al proceso penal es la obtención de la verdad real, por encima de la mera consecución de una verdad meramente formal.[59]

La Corte Constitucional ha producido una serie de fallos frente a normas excepcionales y frente al articulado de algunos códigos procesales que trataron de restringir el derecho a la controversia probatoria dentro de las investigaciones penales.

Dentro de tales expresiones jurisprudenciales en relación con ésta garantía, tiene particular importancia la sentencia C-150 del 22 de abril, de 1993, por medio de la cual se declararon como contrarias a la Carta Política, algunas normas que buscaban restringir, desconocer o vulnerar este constitucional derecho.

Es importante destacar algunas de las normas declaradas inexequibles, total o parcialmente, como consecuencia de la decisión mencionada. En efecto, en el artículo 7º del C. de P. P., de 1991, se consagró el derecho de contradicción, pero

59 - Fundamentos de Derecho Procesal Penal. Carlos Mario Molina Arrubla, Pág. 464 y ss. E. Leyer Bogotá. 2002.

aceptándose, dentro del mismo texto legal, que se podrían presentar excepciones;[60] de la misma manera, el legislador consagró restricciones a este constitucional derecho en el artículo 251 cuando dijo que en la investigación previa no habría controversia probatoria;[61] se pretendió limitar este derecho respecto a los peritos, en relación con los cuales se consideró que tuvieran reserva de identidad;[62] y se consagró que dentro del proceso pudiesen existir providencias reservadas[63].

Este ha sido el criterio expresado por la jurisprudencia Constitucional cuando declaró la inexequibilidad parcial del artículo 293 del C. de P. P. anterior, modificado por el artículo 37 de la ley 81 de 1993[64] cuando sostuvo:

---

60 - Art. 7.- Contradicción.-En desarrollo del proceso, regirá el principio de contradicción.
El imputado, durante la investigación previa podrá presentar o controvertir pruebas,salvo las excepciones contempladas en éste código " (La parte resaltada fue declarada inexequible por la sentencia que es motivo de análisis).
61 - Art. 251. Contradicción.- En los procesos de que conocen los jueces regionales durante la investigación previa no habrá controversia probatoria pero quien haya rendido versión preliminar y su defensor podrán conocerlas. En la instrucción y juzgamiento los sujetos procesales podrán solicitar pruebas y controvertirlas.- (La parte resaltada fue declarada inexequible por la sentencia que es motivo de análisis).
62 - Art. 272.- Comparecencia de los peritos a la audiencia. Salvo lo previsto en el artículo 158 de éste código, los sujetos procesales podrán solicitar al juez que haga comparecer a los peritos, para que conforme al cuestionario previamente presentado, expliquen los dictámenes que hayan rendido y respondan las preguntas que sean procedentes; el juez podrá ordenarlo oficiosamente.
63 - Art. 342.- Providencias reservadas.- Las providencias motivadas mediante las cuales se disponga el allanamiento y registro, la retención de correspondencia postal o telegráfica o la interceptación de comunicaciones telefónicas, no se darán a conocer a las partes mientras el funcionario considere que ello puede interferir el desarrollo de la respectiva diligencia. Cuando se trate de procesos de competencia de los jueces regionales se dará el mismo tratamiento a aquellas pruebas que en virtud de solicitud de autoridad extranjera, se deban mantener en reserva hasta tanto se formule la acusación correspondiente. Contra dichos autos no procede recurso alguno.- (La parte resaltada fue declarada inexequible por medio de la sentencia que es motivo de análisis).
64 - Art 293. Modificado por el artículo 37 de la ley 81 de 1.993.-Reserva de la identidad del testigo.- Cuando se trate de procesos de conocimiento de los jueces regionales y las circunstancias lo aconsejen, para seguridad de los testigos se autorizará que éstos coloquen la huella digital en su declaración en lugar de su firma. En estos casos el Ministerio Público certificará, junto con el Fiscal que practique la diligencia, que dicha huella corresponde a la persona que declaró. En el texto del acta que se agregará al expediente, se omitirá la referencia al nombre de la persona y se dejará constancia del levantamiento de la identidad del testigo y del destino que se de a la parte reservada del acta, en la que se señalará la identidad del declarante y todos los elementos que puedan servir para valorar la credibilidad del testimonio. La parte reservada del acta llevará firma y huella digital del testigo así como las firmas del Fiscal y el agente del Ministerio Público.
Excepcionalmente, la reserva podrá extenderse a apartes de la declaración que permitirían la identificación del testigo para garantizar su protección con autorización del fiscal y del ministerio público, quienes deberán estar de acuerdo para que proceda esta medida.
El juez, el fiscal y del ministerio público conocerán la identidad del testigo y cualquier otra parte reservada del acta para la valoración de la prueba de conformidad con la sana crítica. La reserva se mantendrá para los demás sujetos procesales, pero se levantará antes si se descubren falsos testimonios, contradicciones graves o propósitos fraudulentos, o cuando su seguridad del testigo esté garantizada por cambio legal de identidad o cualquier otra forma de incorporación al programa de protección de víctimas y testigos.
Las disposiciones precedentes se aplicarán en todo caso sin perjuicio de las reglas sobre confrontación de testimonios contenidas en tratados públicos de derechos humanos ratificados por Colombia, ni del derecho de contradicción de la prueba en el sumario y en el juicio que garantiza el artículo 29 de la Constitución Política. Protegiendo la identidad del testigo, el defensor tendrá derecho a que se practique diligencia de ampliación del testimonio y a contra interrogar en ella al deponente.- (La parte en negrillas fue la declarada inexequible).

"El hecho de que la Corte haya considerado que la reserva de la identidad de los testigos en ciertos casos y bajo determinadas circunstancias se aviene a la Constitución Política, no implica que puedan estimarse ajustadas a ella las normas que de cualquier manera coarten el derecho del sindicado a controvertir las pruebas que se pretendan hacer valer dentro del proceso penal, para lo cual es menester que las conozca. En tal virtud, los acápites normativos que se analizan resultan inconstitucionales por cuanto violan el derecho de defensa del sindicado, toda vez que al imponerse la reserva a algunos apartes de la declaración del testigo no puede ejercer adecuadamente su derecho a controvertir las pruebas allegadas en su contra.- Sent. C-394 del 8 de septiembre de 1.994.- M. P. Antonio Barrera Carbonell.

Razones de conveniencia o de eficientismo no justifican, bajo ninguna circunstancia, que se puedan quebrantar, impunemente, los principios constitucionales, porque el cabal acatamiento de la Carta Política no tiene excepciones y no las puede tener bajo ninguna consideración, porque aceptarlo constituye el desconocimiento del Estado de derecho.

Nuestro juez constitucional ha reiterado la necesidad de proteger, al máximo, el derecho de contradicción, no sólo con la declaratoria de inexequibilidad de las normas que de una u otra manera lo restringían sino que de manera concreta cuando declaró parcialmente exequible el artículo 342 del C. de P. P., de 1991, en cuanto abría la posibilidad de que en casos de ayuda judicial recíproca la prueba pudiera reservarse hasta la acusación por petición de las autoridades extranjeras y con la declaratoria de exequibilidad parcial del artículo 293 con el que se pretendió confinar el derecho de controversia de rango constitucional.

El derecho de contradicción no puede tener restricciones en el proceso penal y toda prueba aportada, allegada o practicada dentro del mismo, que conculque este constitucional derecho no puede ser valorada judicialmente y menos edificar sobre ella una sentencia condenatoria, porque ello conduce a un franco desconocimiento de la Carta Política y a una evidente vía de hecho.

La Corte Constitucional, en sentencia C-150-03, al resolver sobre la constitucionalidad de los artículos 7[65], 161[66] y 322[67] del anterior código, hizo

---

65 - ART. 7º—Contradicción.En el desarrollo del proceso, regirá el principio de contradicción.
El imputado, durante la investigación previa podrá presentar o controvertir pruebas, (salvo las excepciones contempladas en este código).*
**NOTA: Los apartes que aparecen entre paréntesis fueron declarados inexequibles por la Corte Constitucional en Sentencia C-150 de abril 22 de 1993. M.P. Fabio Morón Díaz.*
66 - ART. 161.—Inexistencia de diligencias. Se consideran inexistentes para todos los efectos procesales, las diligencias practicadas con la asistencia e intervención del imputado sin la de su defensor.

importantes pronunciamientos relacionados con los derechos y garantías que deben ser reconocidos durante la investigación preliminar, especialmente en lo relacionado con el derecho de contradicción y de defensa. En tal sentido manifestó:

"Aunque la etapa de la investigación previa es anterior a la existencia del proceso y tiene como finalidad establecer si la investigación debe proseguir o no, ***es considerada como especial y básica de la instrucción y del juicio. Por tal motivo, no asiste razón que permita la limitación de la controversia probatoria en dicha etapa. Por tanto el principio del debido proceso debe aplicarse en TODA actuación judicial****. A la luz de la Carta y de los presupuestos constitucionales del debido proceso penal, no pueden consagrarse excepciones al principio de la contradicción del material probatorio.-* (Lo destacado no lo es en el texto).

Fue propósito del juez constitucional, en coherencia con los mandatos de la Carta Superior, que pese a ser la investigación preliminar una etapa propiamente pre-procesal, durante su desarrollo deben garantizarse todos los derechos constitucionales propios del debido proceso y, por tanto, no puede limitarse la controversia probatoria. Por esta razón se consideró que el legislador quebrantó la Carta al restringir los derechos de defensa y de contradicción probatoria durante tal etapa pre-procesal y fue la justificación para declarar parcialmente inexequibles dichas normas.

En la misma sentencia se dio una noción de lo que debe entenderse como controversia probatoria y se ratificó, una vez más, la absoluta imposibilidad de limitar dentro de la investigación previa los derechos de contradicción y de defensa. En tal sentido se sostuvo:

Se exceptúa el caso de la versión libre y espontánea que sea rendida cuando se produzca captura en flagrancia.- Este inciso fue declarado inexequible. C. Const., Sent. C-150, abr. 22/93. M.P. Fabio Morón Díaz.
Cuando el sindicado esté en peligro inminente de muerte y sea indispensable realizar diligencias con su intervención, puede omitirse la comunicación a su defensor y nombrar de oficio a cualquier persona dejando constancia de ello ".- Este inciso fue declarado inexequible. C. Const., Sent. C-049, feb. 8/96. M.P. Fabio Morón Díaz D.
67 - ART. 322.—Versión del imputado en la investigación previa.Cuando lo considere necesario el fiscal delegado o la unidad de fiscalía podrá recibir versión al imputado.
*Quienes cumplen funciones de policía judicial sólo podrán recibirle versión a la persona capturada en flagrancia y al imputado que voluntariamente la solicite. *(Cuando no se trate de flagrancia)*, la versión tendrá que recibirse en presencia de su defensor. Siempre se advertirá al imputado que no tiene la obligación de declarar contra sí mismo. *(Sólo podrá recibirse versión al imputado sin asistencia del defensor, en los mismos casos en que la ley lo permita para la diligencia de indagatoria)*. La aceptación del hecho por parte del imputado en la versión rendida ante fiscal delegado o unidad de fiscalía dentro de la investigación previa, tendrá valor de confesión.*
**NOTA: Los apartes del inciso 2º que aparecen entre paréntesis fueron declaradosinexequiblespor la Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-15 de abril 22 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Los apartes del inciso 3º que también aparecen entre paréntesis fueron declarados inexequibles por la misma Corte mediante Sentencia C-048 de febrero 8 de 1996. M.P. Hernando Herrera Vergara.*

"Lo que se entiende por "controversia de la prueba" es la posibilidad que tiene el sindicado o imputado de pronunciarse sobre el valor, el contenido y los elementos internos y externos del material recaudado y con base en ello sustentar la argumentación de la defensa. *La distinción entre imputado y sindicado es relevante desde el punto de vista constitucional para muchos otros efectos jurídicos y su repercusión es amplia en el orden legal y principalmente en el procedimiento penal; empero, de la interpretación del artículo 29 de la Carta,* ***se advierte con claridad que no es admisible el establecimiento de excepciones al principio de la contradicción de la prueba así en la etapa de investigación previa no exista sindicado de un posible delito; no puede el legislador señalar, como lo hace en la disposición acusada, que en la etapa de investigación previa, existan excepciones al principio de la presentación y controversia de pruebas por el imputado, pues éste también tiene derecho a su defensa y a controvertir las pruebas que se vayan acumulando.*** (Lo destacado no lo es en el texto)

En la misma providencia se reiteró la imposibilidad de coartar el derecho de defensa técnica dentro de la investigación preliminar y en tal sentido se afirmó:

"Si la Constitución Política no consagra restricción al derecho a una defensa técnica en las diferentes etapas, y los artículos 161 y 322 acusados, si lo hacen para los casos de flagrancia, tales normas son inconstitucionales. El derecho de defensa técnica en lo que se relaciona con la asistencia del defensor en los asuntos de carácter penal, no admite o no debe admitir restricción alguna. Para que exista un proceso penal propio de un Estado de Derecho es indispensable la protección del sindicado a través de un defensor, quien no sólo cumple esta función sino otra también muy importante, colaborar en la investigación de la verdad. Así, para el Constituyente es tan importante la defensa técnica, que se constitucionalizó el defensor de oficio en el artículo 282.4 de la Constitución, como una de las funciones del Defensor del Pueblo. (Lo destacado no lo es en el texto).

La invulnerabilidad del derecho a la defensa durante la etapa de la investigación previa y en general de las garantías constitucionales del debido proceso tanto en las actuaciones judiciales, como en las adelantadas por la policía judicial, es nuevamente reiterado cuando en la misma providencia se dijo:

"El artículo 161 en la parte acusada, no se ajusta a la Constitución Nacional en cuanto establece que la versión libre y espontánea que sea rendida en caso de captura en flagrancia, puede adelantarse sin la presencia de abogado defensor; a dicha conclusión se arriba con base en las advertencias que se hacen sobre las garantías constitucionales de la presunción de inocencia, de la no auto incriminación forzada, del principio de la

legalidad de las actuaciones de los funcionarios judiciales y de policía judicial, entre otras, las que prevalecen de manera incuestionable en estas actuaciones.(Lo destacado no lo es en el texto)

Precisamente para garantizar los derechos y garantías constitucionales, precedentemente comentados y ratificados por nuestro Juez Constitucional en su invulnerabilidad, en ninguna de las etapas pre o procesales, se puede limitar o cercenar el derecho del ciudadano a tener conocimiento de la existencia, en su contra, de una investigación preliminar, o de un proceso formalmente abierto y por ello, en la ley 190, de 1995, artículo 33, a pesar de consagrarse la reserva de la investigaciones preliminares, en el inciso segundo se establecía que:" Lo anterior se entenderá sin perjuicio de que el investigado tenga acceso a la investigación, desde las preliminares".

Esta norma no hace otra cosa que ratificar el artículo 321 del código de 1991 que consagraba la reserva de la investigación previa, pero pese a ello se seguía reconociendo el derecho de la defensa a conocer de tales actuaciones al disponer que **"En la investigación previa las diligencias son reservadas, pero el defensor del imputado que rindió versión preliminar, tiene derecho a conocerlas y a que le expidan copias".**

A efectos de garantizar, de manera integral, los derechos de contradicción, de defensa y consecuentemente el del debido proceso se consagró en el código de 1991[68] y en el de 2000 (arts. 325 y 334[69]), el derecho de los imputados, durante la investigación previa, de solicitar ser escuchados en versión libre o en indagatoria si el proceso ha sido formalmente abierto.

Debe recordarse la vigencia de la ley 190 de 1995 que, entre otras garantías, dispuso, en el artículo 81, que abierta una investigación preliminar y existiendo imputado o

---

68 - ART. 324. INC. 1º—Modificado. L. 504/99, art. 19. Duración de la investigación previa y derecho de defensa. La investigación previa, cuando exista imputado conocido, se realizará en término máximo de dos (2) meses, vencidos los cuales se dictará resolución de apertura de investigación o resolución inhibitoria
Cuando no existe persona determinada continuará la investigación previa, hasta que se obtenga dicha identidad.
Quien tenga conocimiento de que en una investigación previa se ventilan imputaciones en su contra, tiene derecho a solicitar y obtener que se le escuche de inmediato en versión libre y a designar defensor que lo asista en ésta y en todas las demás diligencias de dicha investigación.
ART. 353.—Derecho a solicitar su propia indagatoria. Quien tenga noticia de la existencia de una actuación en la cual obren imputaciones penales en su contra, tiene derecho a solicitar que se le reciba indagatoria.
69 - ART. 325.—Duración de la investigación previa y derecho de defensa. La investigación previa se realizará en el término máximo de seis (6) meses, vencidos los cuales se dictará resolución de apertura de instrucción o resolución inhibitoria. Quien tenga conocimiento que en su contra se ventilan imputaciones en una investigación previa, tiene derecho a solicitar y obtener que se le escuche de inmediato en versión libre y a designar defensor que lo asista en ésta y en las demás diligencias.
ART. 334.—Derecho a solicitar su propia indagatoria. Quien tenga noticia de la existencia de una actuación en la cual obren imputaciones penales en su contra, tiene derecho a solicitar que se le reciba indagatoria.

imputados conocidos, la misma debía de ser notificada a los mismos "…para que ejerzan su derecho de defensa.[70]

La Corte Constitucional, en sentencia T-181 del 23 de marzo, de 1999, con ponencia del H. M. Fabio Morón Díaz sostuvo que no es facultativo de la Fiscalía notificar o no la resolución de apertura de investigación, sino que se trata de un deber legalmente impuesto, dirigido a garantizar los derechos fundamentales durante dicha etapa pre-procesal. En tal sentido sostuvo:

"Cabe preguntarse entonces":

• Si es discrecional y facultativo del funcionario instructor, decidir si escucha en versión libre a quien lo ha solicitado.
• Si es facultativo del funcionario instructor notificar la Resolución de apertura de la investigación previa, cuando el imputado es conocido.
• Si la investigación previa puede prolongarse más allá del término previsto en el artículo 324 del C. de P.P.

" Así, en sentencia C-150 de 1993[71], la Corporación esclareció gran parte de las cuestiones interpretativas que plantea la presente acción de tutela, al proclamar la plena vigencia del derecho de controversia probatoria, que es componente esencial de los derechos de defensa y del debido proceso penal, aún en la etapa de investigación previa, con fundamento, entre otras, en la consideración que, por su pertinencia para la decisión que en este fallo se adopta, conviene transcribir, como sigue:

"…"

---

70 - Ley 190 de 1995. Art. 81. ***Garantías procesales.-*** *La presente ley, o cualquiera otra de carácter penal, sustantivo o procesal de efectos sustantivos, no podrán aplicarse con retroactividad. Igualmente, las mismas normas no se aplicarán una vez producidos todos sus efectos. Se exceptúan de estas prescripciones las normas creadoras de situaciones de favorabilidad para el sindicado o procesado.*
Nadie podrá ser condenado por juez o autoridad competente sin que exista en su contra plena prueba legal, regular y oportuna, de todos los elementos constitutivos del delito, infracción disciplinaria o contravencional y de la consecuente responsabilidad.
Toda duda, conforme al principio in dubio pro reo, debe resolverse por el juez o la autoridad competente a favor del sindicado o procesado.
En desarrollo de las actuaciones penales, disciplinarias y contravencionales, prevalece el principio de la presunción de inocencia. En consecuencia, en todo proceso penal, disciplinario o contravencional la carga de la prueba estará siempre a cargo del Estado, tanto en las etapas de indagación preliminar como en las del proceso.
En caso de existir imputado o imputados conocidos, de la iniciación de la investigación, se notificará a éste o éstos, para que ejerzan su derecho de defensa. *(El aparte destacado no lo es en el texto).*
71 - MM.PP. Dres Antonio Barrera Carbonell y Fabio Morón Díaz

"En materia penal el proceso se desarrolla a través de las etapas de investigación previa, instrucción y juzgamiento, y en las tres se aportan pruebas que deben ser conocidas y controvertidas por los sujetos procesales.

"…"

"Aunque la etapa de la investigación previa es anterior a la existencia del proceso y tiene como finalidad establecer si la investigación debe proseguir o no, es considerada como especial y básica de la instrucción y del juicio. Por tal motivo, no asiste razón que permita la limitación de la controversia probatoria en dicha etapa. Por tanto el principio del debido proceso debe aplicarse en toda actuación judicial.

"Con el acatamiento al principio de contradicción se cumple una función garantizadora que compensa el poder punitivo del Estado en cabeza de los funcionarios judiciales, es decir, actúa como un contrapeso obligatorio, respetuoso de los Derechos Humanos, al permitir la intervención en cualquier diligencia de la que pueda resultar prueba en contra del imputado, sindicado o procesado.

"Es pertinente recordar que en dicho fallo declaró inexequibles algunas normas del Código de Procedimiento Penal, por consagrar restricciones al debido proceso, al derecho de defensa y a la controversia probatoria, durante la etapa de investigación previa.

"*Ciertamente, en la oportunidad que se menciona, la Corporación expresó:*

" En lo que hace a la demanda contra la parte del inciso 2° del artículo 7o. que autoriza para la etapa de la investigación previa la existencia de excepciones al principio rector de la controversia probatoria y de la presentación de pruebas durante todo el proceso, esta Corporación encuentra en primer término que en verdad existe el vicio de constitucionalidad alegado por la demanda, ya que esta etapa procesal aunque tiene como finalidad determinar si hay lugar o no al ejercicio de la acción penal, y procura el adelantamiento de las medidas necesarias tendientes a determinar si ha tenido ocurrencia el hecho llegado al conocimiento de las autoridades judiciales, si aquél está descrito en la ley penal como punible, si la acción penal procede, permite la práctica y recaudo de pruebas indispensables relacionadas con la identidad o individualización de los autores o participes del hecho o su responsabilidad.

"... Toda persona, incluso el imputado, tiene derecho a su defensa. Esta comporta el derecho de controvertir las pruebas que se vayan acumulando contra el imputado, incluso en la etapa de investigación previa, puesto que el derecho de defensa es también indisponible y fundamental. Este principio rector no puede ser objeto de regulaciones

que lo hagan impracticable, ni que desconozcan la finalidad del Constituyente de rodear del máximo de garantías a la persona que resulta imputada de un posible delito durante la etapa de investigación previa.

"Además, debe tenerse en cuenta que bajo las reglas de la nueva Constitución y del nuevo Código de Procedimiento Penal, existe suficiente fundamento jurídico para considerar que las actuaciones de la jurisdicción penal se encuadran dentro de un modelo aproximado al del proceso acusatorio y que esto implica una nueva visión global de las funciones de la Fiscalía General de la Nación y de sus agentes, así como de los jueces penales, dentro de un marco técnico jurídico diverso del que suponía la anterior configuración del proceso penal a la luz de la Carta de 1886 y sus reformas.

"Obsérvese que lo que se entiende por "controversia de la prueba" es la posibilidad que tiene el sindicado o imputado de pronunciarse sobre el valor, el contenido y los elementos internos y externos del material recaudado y con base en ello sustentar la argumentación de la defensa. La distinción entre imputado y sindicado es relevante desde el punto de vista constitucional para muchos otros efectos jurídicos y su repercusión es amplia en el orden legal y principalmente en el procedimiento penal; empero, de la interpretación del artículo 29 de la Carta, se advierte con claridad que no es admisible el establecimiento de excepciones al principio de la contradicción de la prueba así en la etapa de investigación previa no exista sindicado de un posible delito; no puede el legislador señalar, como lo hace en la disposición acusada, que en la etapa de investigación previa, existan excepciones al principio de la presentación y controversia de pruebas por el imputado, pues éste también tiene derecho a su defensa y a controvertir las pruebas que se vayan acumulando.

"No pasa por alto la Corte que en el desarrollo del derecho internacional humanitario y en los instrumentos internacionales de los derechos humanos, se ha establecido esta misma garantía como uno de los pilares fundamentales en la estrategia de fortalecimiento, promoción, defensa y garantía específica de los derechos más preciados, predicables de los hombres.

"Así las cosas se reitera que, a la luz de la Carta y de los presupuestos constitucionales del debido proceso penal, no pueden consagrarse excepciones al principio de la contradicción del material probatorio tal y como lo ordena el artículo 7º del C.P.P. en la parte acusada, en concordancia con la parte acusada del artículo 251 del mismo código, por lo cual habrá de declararse su inexequibilidad.

"…"

"Colígese de lo anterior que la notificación de la Resolución de apertura de investigación al imputado conocido, constituye un deber, como claramente se infiere del tenor literal del artículo 81 de la Ley 190 de 1995.

"Si esta fuese meramente facultativa, como lo sostuvieron la Fiscalía y el Juzgado Treinta y dos Penal del Circuito, la plena efectividad de los derechos al debido proceso, a la defensa y a la controversia probatoria quedarían supeditados a la discrecionalidad del funcionario instructor, lo cual, riñe abiertamente con el alcance y significado que la Corte Constitucional ha puntualizado para estas garantías y a su plena vigencia aún en la etapa de investigación previa en el proceso penal. No se olvide que en reiterada jurisprudencia, la Corte Constitucional ha afirmado la plena efectividad de los derechos de contradicción, de defensa y debido proceso durante todas las fases que integran el proceso penal y, por ende, también durante la etapa preliminar, actualmente denominada de investigación previa.

"Así las cosas, esta Sala considera que al no habérsele notificado al tutelante la Resolución de apertura de investigación -pese a tratarse de imputado conocido-, ni habérsele escuchado en versión libre -pese a haberlo solicitado-, en efecto, se le impidió ejercitar durante la investigación preliminar su derecho de contradicción y, por ende, su defensa pues, es bien sabido que, por expresa disposición del artículo 321 del C. de P.P., sólo tiene acceso a las diligencias preliminares el imputado que "rindió versión preliminar". O sea, la reserva de las diligencias durante la investigación previa, es absoluta si el imputado no rinde versión preliminar.

"De ahí que no pueda ser facultativo del Fiscal notificar la resolución de apertura de investigación, o escuchar de manera inmediata en versión preliminar a quien la haya solicitado.

"Por el contrario, el inciso final del artículo 324 del C. de P.P., -modificado por el artículo 41 de la Ley 81 de 1993 - que la Corte Constitucional declaró exequible mediante Sentencia C-475 de 1997, es perentorio en señalar:

"…"

Quien tenga conocimiento de que en una investigación previa se ventilan imputaciones en su contra, tiene derecho a solicitar y obtener que se le escuche de inmediato en versión libre.

"…"

"Sobre este particular, vale recordar que, con posterioridad al fallo que se cita, esta Corte, en sentencia C-412 de 1993,[72] descartó la posibilidad constitucional de que la investigación previa tuviese duración indefinida.

"Dijo entonces la Corporación:

"El principio contradictorio se anticipa en esta etapa, pues frente al interés que anima a la función investigativa y sancionadora del Estado, surge el interés concreto, digno de tutela, del imputado de resultar favorecido con una resolución inhibitoria que descarte la existencia del hecho, su tipicidad, la procedibilidad de la acción, o, en fin que establezca en su caso una causal de antijuridicidad o inculpabilidad (C de P.P. Art. 327).

"Si bien la formalización del conflicto Estado-sindicado se constituye formalmente a partir de la resolución de apertura de instrucción, ésta materialmente y de manera gradual se prefigura en la etapa previa. Justamente, la anticipación constitucional del contradictorio en esta etapa, otorgándole al imputado posibilidades de defensa en el campo probatorio, corresponde al reconocimiento que la Corte hace de la conflictualidad actual o potencial que ya comienza a manifestarse en esta temprana fase de la investigación y que exige se le brinden las necesarias garantías constitucionales a fin de que pueda enfrentar equilibradamente al poder punitivo del Estado.

"Y, más adelante, señaló:

"16. El principio de respeto a la dignidad humana (C.P. Art. 1), sufre grave afrenta cuando la investigación previa se prolonga indefinidamente, pese a que se sabe que en esta etapa el imputado no dispone de la plenitud de posibilidades de defensa y actuación que le dispensan los estadios subsiguientes, y máxime si aquélla puede avanzar a sus espaldas. La persona investigada es sujeto cuando dispone de suficientes medios para conocer la investigación que se le sigue y defenderse adecuadamente. La investigación previa que se extiende sin límite de tiempo, no obstante la creciente conflictualidad de la relación Estado-investigado, potencia la dimensión del Estado hasta el punto de negar a la persona su calidad de sujeto (CP Art. 14).

17. El debido proceso que se predica de toda clase de actuaciones judiciales (CP Art. 29) se aplica a la etapa de la investigación previa. El derecho del imputado a conocer la investigación que se adelanta en su contra, a ejercer en este caso su derecho de defensa ...para sólo citar algunos de sus derechos constitucionales fundamentales, obran como razones suficientes para considerar que desde la perspectiva constitucional el proceso

72 - M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

comienza desde que las autoridades de Policía o de Fiscalía reciben la noticia criminis, como quiera que a partir de ese momento el Estado despliega su poder investigativo y su capacidad para limitar e intervenir en la órbita de los derechos y de la libertad de las personas reconocida constitucionalmente.

"…"

"La investigación previa, punto inicial de la función punitiva del Estado, tiene como horizonte la final intervención del juez, lo cual sumado a la necesidad de anticipar a esta etapa el normal desenvolvimiento de los derechos de defensa del imputado, impone sujetar la actuación pública que en ella se realiza a la garantía del debido proceso.

"Aceptada la premisa anterior, es forzoso concluir que no se aviene al debido proceso y, por el contrario, lo niega, la configuración de una etapa investigativa carente de término. Se contraviene la idea medular del proceso que se sustenta en la esencialidad y en la previsibilidad de las formas, pues, una etapa indefinida en el tiempo no canaliza ni puede servir de molde idóneo a la actividad del Estado que reclama disciplina y orden y que, en la investigación del delito debe avanzar de manera progresiva y a través de una serie de actos vinculados entre sí y orientados hacía un resultado final que necesariamente se frustraría si a las diferentes etapas no se les fija término, más aún si son contingentes y puramente instrumentales como acaece con la investigación previa.

"18. El ejercicio anticipado del derecho constitucional al debido proceso (CP Art. 29), correlativo al desarrollo de la función investigativa y punitiva del Estado, proscribe la actuación investigativa que se prolongue indefinidamente en el tiempo. La ausencia de término específico para la investigación previa, legitima inconstitucionalmente las más excesivas dilaciones toda vez que su finalización podría coincidir con el momento de la prescripción de la acción penal. Aparte de que esa eventual arbitrariedad - convalidada por la norma legal acusada - obliga al investigado a soportar una excesiva carga anímica y económica, representa para el Estado costos nada despreciables en términos de recursos humanos y materiales.

"…"

"El derecho a la presunción de inocencia, que acompaña a toda persona hasta el momento en que se la condene en virtud de una sentencia en firme (CP Art. 29), se vulnera si no se comunica oportunamente la existencia de una investigación preliminar a la persona involucrada en los hechos, de modo que ésta pueda, desde esta etapa, ejercer su derecho de defensa conociendo y presentando las pruebas respectivas. La inocencia como valor individual compromete su defensa permanente, la cual mal puede

diferirse a un momento lejano luego de que el estado sin conocimiento del imputado y por largo tiempo haya acumulado en su contra un acervo probatorio que sorprenda y haga difícil su defensa. A este respecto cabe agregar que el debido proceso exige que las reglas que lo gobiernan, en lo posible, sean sustancialmente inmunes a los abusos. La ausencia de términos precisos para las diferentes etapas induce a la discrecionalidad de los funcionarios y fomenta la proclividad al abuso. En el presente caso, la lealtad procesal puede verse afectada si se deja transcurrir el tiempo sin informar de la actuación a la persona investigada mientras el Estado sigilosamente acopia las pruebas que serán usadas en su contra. (Subrayas fuera de texto)

"…"

"A este respecto, es también pertinente traer a colación la sentencia C-475 de 1997[73] *en la que la Corte Constitucional precisamente esclareció este punto, al examinar la constitucionalidad de los artículos 319 a 324 del C. de P.P., en los siguientes términos:*

"En primer lugar, al sujeto le asiste el derecho a ser oído tan pronto el Estado tiene suficientes elementos para formular en su contra una imputación penal. Los principios de prontitud y oportunidad han sido defendidos reiteradamente por esta Corporación, al indicar, entre otras cosas:

"El derecho al debido proceso contiene en su núcleo esencial el derecho a conocer tan pronto como sea posible la imputación o la existencia de una investigación penal en curso - previa o formal -, a fin de poder tomar oportunamente todas las medidas que consagre el ordenamiento en aras del derecho de defensa. Hay un derecho al proceso y a la intimidad personal y familiar. Pero, antes, inclusive, la dignidad de la persona humana postula la existencia del derecho a ser sujeto del proceso y no simplemente objeto del mismo. (…)

"El debido proceso que se predica de toda clase de actuaciones judiciales se aplica a la etapa de la investigación previa. Dado que es en el proceso donde con mayor intensidad y plenitud de garantías puede participar el imputado, la investigación previa debe tener un período razonablemente breve, circunscribirse a asegurar las fuentes de prueba y a verificar el cumplimiento de los presupuestos mínimos que se requieran para ejercer la acción penal. (…)

"El derecho a la presunción de inocencia, que acompaña a toda persona hasta el momento en que se la condene en virtud de una sentencia en firme, se vulnera si no se

73 - M P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

comunica oportunamente la existencia de una investigación preliminar a la persona involucrada en los hechos, de modo que ésta pueda, desde esta etapa, ejercer su derecho de defensa conociendo y presentando las pruebas respectivas ".[74]

"En suma, resulta violatorio del debido proceso, convocar a un sujeto para que rinda versión preliminar o declaración indagatoria cuando la actividad inquisitiva del Estado se ha postergado hasta conseguir un cúmulo tal de elementos probatorios que hagan imposible o particularmente ardua la defensa. En estas condiciones, puede afirmarse que el Estado debe permitir que el sujeto investigado rinda versión libre o indagatoria, tan pronto resulte posible formular, en su contra, una imputación penal.

"…"

"Concluyese de lo anterior que la interpretación tanto de la Fiscalía, como del Juez de instancia, son contrarias no sólo al tenor literal de las normas legales -artículos 321 a 324 C. de P.P. y 81 de la Ley 190 de 1995- sino, a reiterada y uniforme jurisprudencia de la Corte Constitucional que afirma la plena vigencia de los derechos al debido proceso, a la controversia probatoria y de defensa, inclusive en la etapa de investigación previa del proceso penal.

"El presente examen también evidencia que el entendimiento que la Fiscalía ha dado a la posibilidad de prolongar la etapa de investigación previa, contraría la interpretación constitucional, por lo cual, la extensión de esta fase, más allá del término previsto en el artículo 324 del C. de P.P., evidentemente comporta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa. No en vano el legislador califica el término allí previsto como "máximo".

"Quedó asimismo, esclarecido que la Corte Constitucional también ha desvirtuado que pueda ser facultativo del Fiscal el oír en versión libre al imputado que lo solicita, pues sólo quien la ha rendido adquiere, en virtud de esa actuación, la plenitud de los derechos de contradicción y controversia probatoria en materia penal.

"Por ello, cuando quien tiene conocimiento que en su contra se adelanta una averiguación penal, solicita ser oído en versión preliminar, tiene el derecho de obtenerlo, pues así expresamente lo preceptúa el ya citado artículo 324 del C. de P.P. , cuando señala que el Fiscal tiene el deber de escucharlo "de inmediato en versión libre", según reza la norma en comento.

---

74 - Corte Constitucional. Sentencia C-412 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

"Una interpretación distinta de la que la Corte Constitucional ha prohijado, en razón a lo dispuesto en el ya aludido artículo 321 del C. de P.P. -que somete a reserva la investigación previa a menos que el imputado haya rendido versión libre-, conduciría al absurdo de que el Fiscal podría coartar al imputado la posibilidad de actuar en el proceso penal, pues, en últimas ello dependería del juicio subjetivo del funcionario instructor, lo que implicaría que no sería un derecho del imputado, sino una atribución del primero".

De manera más reciente, esa Corporación, en Sentencia C-033 del 28 de enero, de 2003, con ponencia del H. M. Eduardo Montealegre Lynett, reafirmó el reconocimiento del derecho a la defensa antes de la vinculación y de adquirirse la calidad de imputado cuando sostuvo:

" 2. Según la accionante, la norma acusada vulnera el debido proceso por cuanto no reconoce al imputado la calidad de sujeto procesal sino hasta el momento de su vinculación mediante indagatoria o de la declaratoria de persona ausente, cuando se convierte en sindicado. En este sentido, considera que la norma niega al imputado la posibilidad de realizar algunas diligencias como solicitar pruebas o ser asistido por un abogado de confianza sin que medie orden de captura. Por su parte, los intervinientes y la Vista Fiscal estiman errada la apreciación de la demandante, pues advierten que el derecho de contradicción y defensa también aplica en la investigación previa, donde la actuación del fiscal no está sujeta a su mera liberalidad.

De acuerdo con lo anterior, corresponde a la Corte determinar si el artículo 126 del Código de Procedimiento Penal desconoce el derecho al debido proceso, en particular a la defensa, al establecer diferencias entre el imputado y el sindicado y reconocer únicamente a éste último la condición de sujeto procesal. Con tal propósito, la Corte comenzará por analizar brevemente si existen diferencias entre quien ostenta la calidad de sujeto procesal y quien no la tiene, particularmente entre el sindicado y el imputado, para luego abordar en detalle el estudio de la norma acusada respecto de la eventual vulneración de los derechos invocados.

Sujetos procesales. La condición del imputado como interviniente y la del sindicado como sujeto procesal

3.- Tradicionalmente se han reconocido al menos tres tipos de partícipes en el proceso: en primer lugar, los sujetos procesales, que según el Código de Procedimiento Penal (CPP) son la Fiscalía General de la Nación, el Ministerio Público, el sindicado, el defensor, la parte civil, el tercero incidental y el tercero civilmente responsable; en segundo lugar, los sujetos de actos procesales, que actúan en forma esporádica en ciertas diligencias,

como los peritos, los secuestres, los testigos y el vocero; finalmente, existen otras personas cuya intervención es notoria dentro del trámite pero que no están incluidas en las categorías anteriores, tales como el juez o el imputado, a quienes simplemente se denomina intervinientes. Dicha postura también ha sido acogida genéricamente por esta Corporación, aún cuando nunca se ha abordado el tema relacionado con la exclusión del imputado como sujeto procesal. En efecto, en la Sentencia C-1291 de 2001 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte hizo referencia a este punto, pero el tema objeto de estudio fue otro: el reconocimiento de los derechos fundamentales para todos los partícipes en el proceso penal y no sólo para los sujetos procesales.[75]

Según la doctrina y la jurisprudencia sentada por esta Corporación, los sujetos procesales son "aquellas personas que intervienen regularmente dentro del trámite del proceso, o bien representando al Estado, o bien a los diferentes intereses particulares comprometidos en la definición del mismo".[76] *Pero su reconocimiento como tal no constituye una simple distinción teórica sino que reviste profundas implicaciones que se ven reflejadas en diferentes momentos a lo largo de toda la investigación penal, pues a partir de ella surgen derechos y obligaciones en virtud de la condición en la que se actúe, de la cual no es ajena el régimen jurídico vigente.*

Por citar algunos ejemplos, el Código de Procedimiento Penal establece que los sujetos procesales están obligados a guardar la reserva sumarial sin necesidad de diligencia especial (artículo 329), son titulares de derechos y obligaciones concretas (artículo 145), tienen derecho a presentar y controvertir pruebas (artículo 13), deben ser notificados de algunas providencias (artículos 176 y s.s.), están facultados para impugnar ciertas decisiones (artículo 327) y pueden interponer recurso extraordinario de casación (artículo 209), atribuciones y deberes que no están previstos con la misma intensidad para otros intervinientes en el proceso.

4.- Siguiendo esa lógica, la norma acusada diferencia al imputado del sindicado, aún cuando en la práctica se trata de la misma persona. Al imputado se atribuye la autoría o participación en una conducta punible durante la investigación previa, pero no tiene la calidad de sujeto procesal sino hasta cuando ha sido vinculado mediante indagatoria o declarado persona ausente, momento en el cual su denominación cambia a la de sindicado.

---

75 - En aquella oportunidad la Corte declaró exequible la expresión "de los sujetos procesales" contenida en el artículo 9º del CPP, que dispone lo siguiente: "La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de los sujetos procesales y la necesidad de lograr la eficacia de la administración de justicia en los términos de este código". Sin embargo, la Corte precisó que el CPP no excluye el deber de respeto de los derechos fundamentales de quienes no son sujetos procesales.

76 - Ibídem.

En este sentido, lo primero que la Corte advierte es que la Constitución no reguló integralmente el desarrollo del proceso penal, sino que dejó en manos del Legislador su configuración, para lo cual éste cuenta con diversas opciones de regulación normativa, como por ejemplo la de diferenciar al sindicado del imputado y en virtud de ello reconocer o no la condición de sujeto procesal.

5.- Al respecto, la Sala observa que la diferenciación hecha por el Legislador entre imputado y sindicado no tiene en sí misma reproche constitucional alguno, no sólo por cuanto la denominación puede variar según la etapa en que se encuentre la investigación sino, además, porque esa diferencia resulta razonable e incluso opera a favor del procesado. En efecto, el reproche que se hace al imputado dentro de la investigación previa es mucho menor que el cuestionamiento al sindicado en el sumario, pues en este último evento existen elementos de juicio que comprometen en mayor grado la responsabilidad del procesado.

De la anterior distinción depende también el reconocimiento o no como sujeto procesal. La pregunta que surge es si ello puede significar una restricción al ejercicio del derecho de defensa, particularmente durante la investigación previa, o si por el contrario una limitación a los derechos del imputado es constitucionalmente inadmisible. Para tal fin, la Corte explicará brevemente las características de la investigación previa y su importancia en el proceso penal, así como la eventual restricción a los derechos del imputado durante ese momento del proceso.

La investigación previa

6.- La investigación previa es considerada como una etapa pre procesal donde el Estado debe determinar si una conducta ha ocurrido, si está tipificada en la ley penal, si se configura una causal de ausencia de responsabilidad y si la acción penal es procedente, y donde el ente acusador tiene la posibilidad de recaudar las pruebas indispensables que permitan individualizar o identificar los autores o partícipes de un ilícito (CPP. artículo 322).

En la Sentencia C-412 de 1993 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte debió pronunciarse en relación con una demanda contra la norma del Código de Procedimiento Penal (anterior) que autorizaba la duración indefinida de la investigación previa. La Corte reseñó la importancia y algunas de las características de este momento procesal en los siguientes términos:

"Durante la investigación previa el interés dominante corresponde a la función investigativa del Estado. El adentrarse en el proceso propiamente dicho impone la idea

de equilibrio entre la función investigativa y punitiva del Estado (autoridad) - trasunto de su deber de administrar justicia - y los derechos y garantías del sindicado (libertad). La persona simplemente investigada en la fase preliminar, pronto puede tornarse en sospechosa, convertirse durante la instrucción en sindicada, inmediatamente después en acusada y finalmente terminar condenada.

Las metamorfosis sucesivas que se operan en el status penal de la persona no pueden producirse sin que progresivamente se la dote de las necesarias garantías, que naturalmente llegan a su plenitud durante la investigación y el juzgamiento. Dado que el status virtual de la persona depende de las pruebas de autoría y responsabilidad que el Estado acumule en su contra, ***la prolongación de la investigación previa - en la que el interés dominante es el del Estado - debe analizarse con detenimiento a fin de establecer si la misma en un momento dado deja de ser compatible con el nivel de garantía que debe asegurarse al imputado. (****Lo destacado fuera de texto)*

(...)

"La investigación previa como etapa anterior al proceso persigue determinar si hay lugar o no a la acción penal. Se trata de una actuación contingente que no debe realizarse si existe suficiente información para iniciar la acción penal habida cuenta de la tipicidad del hecho, la identificación de sus autores o partícipes y la inexistencia de causales de justificación o inculpabilidad.

(...)

La razón de ser de la investigación previa es la de establecer los presupuestos mínimos para adelantar la acción penal y dar curso a la iniciación formal del proceso. La simple "notitiacriminis" no se considera motivo suficiente para iniciar el proceso penal - y poner en marcha la función investigativa y punitiva del Estado – si no se acompaña de las pruebas sobre los presupuestos necesarios de la acción penal - tipicidad del hecho, identificación de autores o partícipes, procedibilidad de la acción - que permitan racionalmente colegir en principio su necesidad."

Luego de reivindicar el alcance del derecho al debido proceso, incluso durante la investigación previa, la Sala consideró que la prolongación indefinida de aquella suponía graves traumatismos al mismo y declaró la inconstitucionalidad de la norma acusada (artículo 324 del Decreto 2700 de 1991).

7.- Esta fase reviste importancia capital no sólo para el cumplimiento de los fines del Estado, sino también para el imputado, porque dependiendo de las actividades

desarrolladas en esta etapa puede luego convertirse en sindicado y desde entonces su libertad personal, al igual que otros derechos, resultar seriamente afectados. Por lo mismo, la actividad estatal en la búsqueda de la verdad debe armonizarse con el ejercicio de sus derechos al debido proceso y a la defensa, pues de lo contrario probablemente carecerán de eficacia material durante las etapas subsiguientes. En la precitada sentencia C-412 de 1993, la Corte también señaló al respecto:

"Si bien la formalización del conflicto Estado - sindicado se constituye formalmente a partir de la resolución de apertura de instrucción, ésta materialmente y de manera gradual se prefigura en la etapa previa. ***Justamente, la anticipación constitucional del contradictorio en esta etapa, otorgándole al imputado posibilidades de defensa en el campo probatorio, corresponde al reconocimiento que la Corte hace de la conflictualidad actual o potencial que ya comienza a manifestarse en esta temprana fase de la investigación y que exige se le brinden las necesarias garantías constitucionales a fin de que pueda enfrentar equilibradamente al poder punitivo del Estado.*** (Negrillas fuera de texto)

En este contexto, la ilimitada utilización de los medios de que dispone el Estado en la etapa previa - práctica de "todas las pruebas necesarias para el esclarecimiento de los hechos" y control por parte del fiscal del momento de cierre de esta etapa - cuyo empleo exalta en grado sumo la función investigativa y punitiva del Estado, puede desvirtuar su conexidad funcional con el cometido institucional de la misma y terminar atrayendo hacía sí la definición y tratamiento de aspectos conflictuales ínsitos en la persecución e investigación del delito que son más propios del proceso. Patente la conflictividad Estado-imputado, la prolongación indefinida en el tiempo de la etapa previa, de manera cada vez más acusada la exacerba, subvierte la enunciada conexidad de unos medios ideados para establecer los presupuestos mínimos de la acción penal y no para investigar el delito en sí mismo, y termina por generar un creciente desequilibrio entre el Estado y el imputado, que para defenderse adecuadamente requeriría de todo el repertorio garantístico del proceso y al cual sólo puede acceder cuando se le ponga término a dicha investigación previa."

8.- Aún cuando el debido proceso y el derecho de defensa parecen fortalecerse a medida que avanza la investigación, lo cierto es que en la fase preliminar, como en las demás fases, el derecho a la defensa debe concebirse en una dimensión amplia.

En efecto, el ente acusador tiene a su alcance amplios poderes que en ciertos eventos podrían definir radicalmente el curso del proceso. Por ejemplo, si gran parte del material probatorio es recopilado durante la investigación previa sin la participación del imputado o de su defensor, o sin la posibilidad de controvertirlo oportunamente, o

de solicitar la práctica imperiosa de algunas pruebas a favor del imputado, el derecho de defensa difícilmente podrá consolidarse durante el sumario y menos aún en la etapa del juicio, por cuanto durante la fase pre procesal aquel no revistió las suficientes garantías y solamente fue satisfecho de manera precaria.

9.- La Corte no desconoce que bajo ciertas condiciones el ejercicio del derecho a la defensa durante la investigación previa puede ser objeto de limitaciones en función del interés del Estado y del derecho a la justicia, como lo ha reconocido en algunas oportunidades[77].

Sin embargo, según ha sido explicado, cualquier restricción al derecho a la defensa durante esta fase compromete en alto grado la suerte del procesado en las etapas subsiguientes. Por lo mismo, no sólo en esta fase sino durante todo el proceso penal, cualquier limitación al pleno ejercicio del derecho de defensa debe ser objeto de un control estricto de proporcionalidad, y solamente será válida si obedece a un fin constitucionalmente imperioso, resulta indispensable para el cumplimiento de dicho objetivo y si, en términos estrictamente proporcionales, no sacrifica valores o principios constitucionales de mayor relevancia que los alcanzados con la medida. La Corte recuerda que el artículo 29 Superior establece con claridad que el debido proceso aplicará a "toda clase de actuaciones judiciales y administrativas".

10.- De esta manera, aún cuando la distinción entre imputado y sindicado, así como el reconocimiento de éste último como sujeto procesal, son regulaciones constitucionalmente válidas, no constituyen razones de particular relevancia que justifiquen restringir el derecho a la defensa del imputado.

Cuando la persona ya ha sido individualizada su actividad en el proceso no tiene la capacidad de truncar la labor del Estado, sino que podría contribuir con algunos elementos de juicio para dilucidar la cuestión. Y en todo caso no será un sujeto extraño al proceso, sino el eje mismo de la investigación, lo cual explica con creces la necesidad de garantizar el pleno ejercicio de sus derechos.

11.- Algunos podrían objetar que si bien es cierto que el imputado no es sujeto procesal, dispone de herramientas que le permiten, si lo desea, intervenir activamente durante esa fase previa. Así, dirían ellos, los principios del proceso penal son de aplicación extensiva a todos los intervinientes, y respecto del imputado existen algunas prerrogativas en

---

77 - Cfr: Corte Constitucional, Sentencia C-475 de 1997. En aquella oportunidad la Corte debió estudiar la demanda contra una norma del Código de Procedimiento Penal (anterior), que condicionaba el acceso a las diligencias practicadas en la investigación previa, a la declaratoria del imputado en versión libre, y concluyó que se trataba de una restricción proporcionada.

concreto como son: (i) si aquel tiene conocimiento de que en su contra se ventila una investigación, no sólo puede solicitar ser escuchado en versión libre, sino que tiene el derecho a que sea e1fectivamente atendido, para lo cual podrá designar un defensor; (ii) su apoderado está facultado para asistirlo en las demás diligencias durante la investigación previa (artículo 325), y a conocer las actuaciones y obtener copia de ellas (artículo 323); (iii) el derecho de no autoincriminación se mantiene incólume cuando el fiscal considera necesario recibir versión al imputado, quien además deberá estar asistido de su defensor (artículo 324) y, (iv) en el evento de impugnarse la resolución inhibitoria, el imputado puede designar un abogado para que intervenga durante el trámite de alzada (artículo 327).

Aunque la Corte no desconoce que el imputado cuenta con ciertos mecanismos que de alguna manera le permitirían ejercer su derecho a la defensa en la investigación previa, considera, sin embargo, que el hecho de no ser sujeto procesal debido a su precario grado de vinculación a la investigación, no puede ser interpretado en el sentido de excluirlo de la facultad de ejercer en toda su dimensión sus derechos, particularmente el de contradicción y defensa, en la medida en que una restricción de esa naturaleza podría afectar de manera grave el desarrollo de las etapas subsiguientes del proceso.

12.- En este orden de ideas, la Corte considera que si bien es cierto que la distinción entre imputado y sindicado es constitucionalmente válida, el artículo 126 del Código de Procedimiento Penal no puede ser interpretado de tal manera que excluya al imputado de la facultad de ejercer sus derechos como lo pueden hacer los demás sujetos procesales. Por tal motivo declarará la exequibilidad de la norma, pero condicionándola en el entendido en que, aún antes de la vinculación mediante indagatoria o como persona ausente, el imputado tendrá los mismos derechos del sujeto procesal, en lo que se refiere al ejercicio del derecho de defensa y la protección de sus derechos constitucionales".

Demostrada la trascendencia que la doctrina y la jurisprudencia le ha reconocido al derecho de contradicción probatoria, se demuestra el garrafal error en que incurrió la Corte Constitucional, al poner a decir lo que la norma demandada no dice, puesto que en la realidad, lo que está reconociendo el legislador es la gran importancia que el derecho de contradicción probatoria tiene dentro del proceso penal, razón por la cual dispone, que si está pendiente la apelación de un auto que negó o que admitió unas pruebas, el juicio oral no puede iniciarse, al contrario de lo que sucedería con cualquier otro tipo de apelaciones pendientes, casos en los cuales, se puede disponer la iniciación del juicio oral, sin necesidad de tener que esperar las apelaciones pendientes, sin que esta decisión pudiera llegar a ocasionar o a producir una actividad invalidante del proceso.

Pero si no fuese suficiente la argumentación anterior, es más que evidente si analizamos la estructura, la secuencia y la naturaleza del proceso penal acusatorio, fácilmente se concluye que si es el juicio oral el escenario propicio para la práctica de pruebas, es imposible pensar que el mismo se pudiera iniciar, sin que se haya decidido de manera definitiva aspectos controversiales y controvertidos en relación a cuáles son las pruebas que deben ser practicadas en esa instancia procesal.

Es incomprensible desde todo punto de vista, que la Corte Constitucional desatendiendo el claro mensaje gramatical contenido en el artículo que se comenta, hubiera distorsionado el contenido y hubiera resuelto una demanda, con fundamento en un contenido gramatical inexistente, porque la norma que se analiza nada dice y nada tiene que ver con la problemática de la prueba ilícita.

Finalmente en el artículo 458 se consagra la presunta taxatividad de las nulidades, reiterándose de tal manera un voluminoso error conceptual que igualmente se había dado en las legislaciones que precedieron a ésta codificación. La norma dispone en relación con este tema lo siguiente:

"ARTÍCULO 458. ***PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD.*** *No podrá decretarse ninguna nulidad por causal diferente a las señaladas en este título.*

Taxativo es lo expresamente contemplado o consagrado, queriendo indicar, que no se puede tener en cuenta o considerar nada distinto de lo que esté expresamente contemplado en la norma.

Nuestra afirmación tiene su fundamentación en múltiples razones porque primero que todo el vocablo de conformidad con el Diccionario de la Lengua significa:

" Que limita, circunscribe y reduce un caso a determinadas circunstancias."

En tales condiciones, podrá existir taxatividad cuando se hace una enumeración limitativa de objetos, conceptos, principios y se establece imperativamente que fuera de los que allí aparecen enumerados no podrá aceptarse ningún otro.

Para que se pueda entonces hablar de la taxatividad de las nulidades es indispensable que por parte del legislador se hubiera hecho una enumeración minuciosa de todas las hipótesis de nulidad que se pueden producir en un proceso penal, imponiéndose a los jueces como consecuencia, que no pueden acceder a declarar ninguna otra nulidad que no aparezca dentro de esa enumeración, pero para que se pueda imponer esta obligación es indispensable que ese listado haya sido elaborado por el legislador.

En el caso presente, no se puede hablar de la taxatividad de las nulidades, porque no existe esa enumeración de las que podrían ser aceptadas dentro del proceso penal y además, porque al consagrarse un causal de nulidad abierta, como es la que se consagra en el artículo 457, relacionada con la nulidad por violación a garantías fundamentales.

No es posible imponer la taxatividad, cuando no existe una enumeración precisa y cerrada de las nulidades, y por el contrario se establece una norma abierta, que deja en libertad y al criterio de cada funcionario judicial que concluya en qué casos, una determinada actuación procesal es violatoria de una cualquiera de las garantías fundamentales de rango constitucional.

El objetivo de la taxatividad, es cortarle las alas a la imaginación y al pensamiento creador de los jueces, que por los más diversos motivos podrían terminar reconociendo como verdaderas nulidades actos irregulares, pero no con la capacidad de invalidar un proceso, o incluso con criterios erróneos o corruptos anular actuaciones correcta y legalmente adelantadas.

Al consagrarse, como ya se dijo, una norma absolutamente abierta, que deja la posibilidad para que se concrete el criterio personal de cada funcionario judicial respecto a la existencia o no de las nulidades, es perfectamente imposible pretender crearse una determinada taxatividad.

Pero el error anterior no es nuevo, porque en las mismas circunstancias, con muy pocas diferencias se había incurrido en el mismo, por parte de la Ley 600 de 2000 se consagra la taxatividad en el numeral 6º del artículo 310,[78] pero en la misma codificación se había consagrado una causal genérica y abierta de nulidades por la existencia de irregularidades sustanciales afectantes del debido proceso en el numeral 2º del artículo 306 de esa codificación.[79]

---

78 - ARTICULO 310. PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LA DECLARATORIA DE LAS NULIDADES Y SU CONVALIDACION. <Para los delitos cometidos con posterioridad al 1o. de enero de 2005 rige la Ley 906 de 2004, con sujeción al proceso de implementación establecido en su Artículo 528>

...

6. No podrá decretarse ninguna nulidad por causal distinta a las señaladas en este capítulo.

79 - ARTICULO 306. CAUSALES DE NULIDAD. <Para los delitos cometidos con posterioridad al 1o. de enero de 2005 rige la Ley 906 de 2004, con sujeción al proceso de implementación establecido en su Artículo 528> Son causales de nulidad:

1. La falta de competencia del funcionario judicial.

Durante la investigación no habrá lugar a nulidad por razón del factor territorial.

2. La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.

3. La violación del derecho a la defensa

"ARTÍCULO 457. NULIDAD POR VIOLACIÓN A GARANTÍAS FUNDAMENTALES. Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales.

Exactamente el mismo problema estaba contenido en el Decreto 2700 de 1991, porque pese a consagrarse la taxatividad de las nulidades en el artículo 308[80], se consagró en el numeral 2º del artículo 304 una causal abierta relacionada con la nulidad por la existencia de irregularidades sustanciales que afectaban el debido proceso[81].

Finalmente para terminar con éste tema, es importante establecer, que siendo la competencia uno de los elementos que por voluntad del Constituyente integran el concepto del juez natural, que el entuerto creado por el artículo 456, y sus nefastas e imprevisibles consecuencias, podría solucionarse haciendo una adecuada interpretación de esta norma, porque es evidente que si el juez incurre en una causal de incompetencia diferente a las que se reconocen en la norma últimamente citada, habría de concluirse que la nulidad debe ser decretada no bajo el amparo del artículo 456, sino al tenor de lo dispuesto en el artículo 457, porque estaríamos en presencia de la vulneración de una garantía fundamental, puesto que se trata precisamente de un principio constitucional que hace parte del concepto del juez natural, pero aceptar ésta última reflexión, sería igualmente admitir la absoluta ineficacia del artículo 456 al aceptar solo dos causales de nulidad, como son el desconocimiento de las competencias subjetivas y de la competencia de los juzgados del Circuito Especializados.

DECLARATORIA OFICIOSA O A SOLICITUD DE PARTE, DE LA INADMISIÓN O APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN.

Es evidente que tratándose como se trata de una vulneración del debido proceso constitucional relacionado con la práctica de la prueba, la declaratoria de inadmisión, rechazo o de aplicación de la cláusula de exclusión puede hacerse bien oficiosamente o bien a petición de parte.

No debe olvidarse que la prueba ilícita tiñe de ilegalidad el proceso o parte de él, y es deber de todos los funcionarios judiciales, garantizar en la medida de lo posible la legalidad del proceso y de la sentencia, de igual manera que el mismo sea tramitado dentro de los conceptos del debido proceso constitucional.

---

80 - ART. 308.—Principios que orientan la declaratoria de las nulidades y su convalidación.
...6. No podrá declararse ninguna nulidad distinta a las señaladas en el artículo 304 de este código
81 - ART. 304.—Causales de nulidad. Son causales de nulidad:
1. La falta de competencia del funcionario judicial.
Durante la instrucción no habrá lugar a nulidad por razón del factor territorial.
2. La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.
3. La violación del derecho a la defensa.

En todo caso nos parece que sería oportuno antes de tomar cualquier determinación en relación con la prueba ilícita darle la oportunidad a los otros sujetos procesales a que manifiesten su opinión sobre el punto, porque en éste caso, esa oportunidad no sería otra que el ejercicio del derecho constitucional de la contradicción probatoria.

Obsérvese por ejemplo que en el artículo 237 se prevé la realización de una audiencia para controlar la legalidad de las pruebas conocidas como reservadas,[82] como son la retención de correspondencia, allanamientos, interceptación telefónica, recolección de información dejada después de navegar en Internet o similares, a la que pueden asistir después de la imputación todos los sujetos procesales, pero si la audiencia de control de legalidad se hace en la investigación preliminar, puede asistir el defensor, como consecuencia de la sentencia de constitucionalidad condicionada, la C-025 de 2009[83].

Estamos convencidos y así lo consignamos en nuestra demanda elaborada conjuntamente con nuestro colega Mauricio Hidalgo, contra ese artículo que tratándose de problemas constitucionales y de legalidad de la prueba y del proceso, cualquiera de los sujetos procesales puede solicitar su inadmisión, rechazo o invalidez, razón por la cual demandamos como un derecho constitucional para poder ejercer los derechos de contradicción y de defensa, que el defensor y el imputado puedan

---

82 - ARTÍCULO 237. AUDIENCIA DE CONTROL DE LEGALIDAD POSTERIOR.<Artículo modificado por el artículo 16 de la Ley 1142 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> Dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al cumplimiento de las órdenes de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por Internet u otros medios similares, el fiscal comparecerá ante el juez de control de garantías, para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado, incluida la orden.

Durante el trámite de la audiencia sólo podrán asistir, además del fiscal, los funcionarios de la policía judicial y los testigos o peritos que prestaron declaraciones juradas con el fin de obtener la orden respectiva, o que intervinieron en la diligencia.

El juez podrá, si lo estima conveniente, interrogar directamente a los comparecientes y, después de escuchar los argumentos del fiscal, decidirá de plano sobre la validez del procedimiento.

PARÁGRAFO. Si el cumplimiento de la orden ocurrió luego de formulada la imputación, se deberá citar a la audiencia de control de legalidad al imputado y a su defensor para que, si lo desean, puedan realizar el contradictorio. En este último evento, se aplicarán analógicamente, de acuerdo con la naturaleza del acto, las reglas previstas para la audiencia preliminar.

En relación con el apartado declarado inexequible la Corte dijo:

"Este inciso es violatorio del principio de contradicción de la prueba, pues el interesado solo viene a conocerla posteriormente cuando ya ha concluido la oportunidad para controvertirla ".

83 - Esta norma fue demandada parcialmente por ser inconstitucional por Edgar Saavedra Rojas, y Javier Mauricio Hidalgo Escobar, habiéndosenos concedido la razón mediante sentencia C-025 de 2009, por considerar que se trata de una omisión legislativa relativa, que parte del concepto inicialmente dispuesto por el legislador de que el derecho a la defensa solo se adquiría a partir de la audiencia de formulación de imputación.

Pero a una demanda nuestra el Juez Constitucional con sentencia C-799 del 2 de agosto de 2005 con ponencia del H. M. Jaime Araujo Rentaría, se reconoció que el derecho a la defensa también se podía ejercer durante la investigación preliminar.

En tales condiciones, al modificarse el artículo 237, por el artículo 16 de la Ley 1142 de 2007, se ha debido modificar el inciso que prohíbe a la defensa estar presente en la audiencia de control de legalidad de la prueba, si ésta se realiza durante la investigación preliminar.

tener derecho de estar presentes en esta audiencia para controlar la legalidad de la prueba recaudada en los allanamientos.

La Corte Constitucional nos concedió la razón al determinar la inexequibilidad del vocablo "solo" del artículo 237, que limitaba la presencia de la defensa en esa audiencia de control de legalidad probatoria. Al mismo tiempo declaró condicionadamente exequibles los artículos 242, 243, 244 y 245, "siempre que se entienda que cuando el indiciado tenga noticia de que en las diligencias practicadas en la etapa de indagación anterior a la formulación de la imputación, se está investigando su participación en la comisión de un hecho punible, el juez de control de garantías debe autorizarle su participación y la de su abogado en la audiencia posterior de control de legalidad de tales diligencias, si así lo solicita."

Es importante, para efectos de evitar confusiones hacer una diferenciación entre la aplicación de la cláusula de exclusión, el rechazo y la inadmisión de ciertas pruebas.

La aplicación de la cláusula de exclusión está destinada exclusivamente a la prueba ilegal o ilícita, que es la derivada de una actuación contraria a la normatividad, o ilícita como consecuencia de la actividad de los funcionarios judiciales o de policía, o de cualquiera de los sujetos procesales, en el acto de producción o aportación de prueba La prueba ilícita puede serlo por irritualidades, por el no cumplimiento de las exigencias de ley, o puede serlo, porque en su práctica o aducción se violaron derechos fundamentales de una persona. (Arts. 8 y 360 del C. de P. P).

La inadmisibilidad está prevista para las pruebas impertinentes o inconducentes y para aquellos medios de convicción que constituyan un peligro para ocasionar un grave daño indebido; para aquellas pruebas que puedan generar confusión en lugar de mayor claridad en los hechos motivo de investigación, o tengan escaso valor probatorio; y cuando se trate de un medio de convicción injustamente dilatorio del procedimiento.[84]

Rechazo se encuentra previsto para cuando la prueba es presentada,[85] solicitada,[86] o descubierta,[87] casos en los cuales el Juez de Garantías o el del conocimiento pueden rechazar la prueba, por ser ilegal o ilícita, o por ser inadmisible.

---

84 - ARTÍCULO 376. ADMISIBILIDAD. Toda prueba pertinente es admisible, salvo en alguno de los siguientes casos:
a) Que exista peligro de causar grave perjuicio indebido; b) Probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio, y
c) Que sea injustamente dilatoria del procedimiento.
85 - ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.
...
...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; "..." (Lo destacado no lo es en el texto).
ARTÍCULO 125. DEBERES Y ATRIBUCIONES ESPECIALES. <Artículo modificado por el artículo 47 de la Ley 1142 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> En especial la defensa tendrá los siguientes deberes y atribuciones:
1. Asistir personalmente al imputado desde su captura, a partir de la cual deberá garantizársele la oportunidad de mantener comunicación privada con él.
2. Disponer de tiempo y medios razonables para la preparación de la defensa, incluida la posibilidad excepcional de obtener prórrogas justificadas para la celebración del juicio oral.
3. En el evento de una acusación, conocer en su oportunidad todos los elementos probatorios, evidencia física e informaciones de que tenga noticia la Fiscalía General de la Nación, incluidos los que sean favorables al procesado.
4. Controvertir las pruebas, aunque sean practicadas en forma anticipada al juicio oral.
5. Interrogar y contrainterrogar en audiencia pública a los testigos y peritos.
6. Solicitar al juez la comparecencia, aun por medios coercitivos, de los testigos y peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos materia de debate en el juicio oral.
7. Interponer y sustentar, si lo estimare conveniente, las nulidades, los recursos ordinarios y extraordinarios y la acción de revisión.
8. No ser obligado a presentar prueba de descargo o contraprueba, ni a intervenir activamente durante el juicio oral.
9. Buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar elementos materiales probatorios y evidencia física; realizar entrevistas y valoraciones que requieran conocimientos especializados por medio de los técnicos e investigadores autorizados por la ley. Para tales efectos las entidades públicas y privadas, además de los particulares, prestarán la colaboración que requieran, sin que puedan oponer reserva, siempre que se acredite por parte del defensor certificado por la Fiscalía General de la Nación, que la información será utilizada para efectos judiciales.
10. Abstenerse de revelar información relacionada con el proceso y su cliente, conforme a la ley.

86 - ARTÍCULO 274. SOLICITUD DE PRUEBA ANTICIPADA. El imputado o su defensor, podrán solicitar al juez de control de garantías, la práctica anticipada de cualquier medio de prueba, en casos de extrema necesidad y urgencia, para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio. Se efectuará una audiencia, previa citación al fiscal correspondiente para garantizar el contradictorio.
Se aplicarán las mismas reglas previstas para la práctica de la prueba anticipada y cadena de custodia.
ARTÍCULO 357. SOLICITUDES PROBATORIAS. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Durante la audiencia el juez dará la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión.
El juez decretará la práctica de las pruebas solicitadas cuando ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en este código.
Las partes pueden probar sus pretensiones a través de los medios lícitos que libremente decidan para que sean debidamente aducidos al proceso.
Excepcionalmente, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, si el Ministerio Público tuviere conocimiento de la existencia de una prueba no pedida por estas que pudiere tener esencial influencia en los resultados del juicio, solicitará su práctica.

87 - ARTÍCULO 344. INICIO DEL DESCUBRIMIENTO. <Artículo y Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> Dentro de la audiencia de formulación de acusación se cumplirá lo relacionado con el descubrimiento de la prueba. A este respecto la defensa podrá solicitar al juez de conocimiento que ordene a la Fiscalía, o a quien corresponda, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento, y el juez ordenará, si es pertinente, descubrir, exhibir o entregar copia según se solicite, con un plazo máximo de tres (3) días para su cumplimiento.
La Fiscalía, a su vez, podrá pedir al juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio. Así mismo cuando la defensa piense hacer uso de la inimputabilidad en cualquiera de sus variantes entregará a la Fiscalía los exámenes periciales que le hubieren sido practicados al acusado.
El juez velará porque el descubrimiento sea lo más completo posible durante la audiencia de formulación de acusación. Sin embargo, si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez quien, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba.

Es decir, el rechazo es el que impide que la prueba ingrese al proceso, porque cuando esto sucede ya no queda otra alternativa que la aplicación de la cláusula de exclusión, si se tratare de prueba ilícita.

Creemos que en el artículo 359 se citan conjunta e indebidamente los fenómenos del rechazo, exclusión e inadmisibilidad como si se trataran de fenómenos jurídicos similares,[88] concepción que evidentemente puede llevar a confusión.

La confusión se agrava si se tiene en cuenta que la norma alude a fenómenos probatorios que no están incluidos dentro de los dos grandes conceptos de exclusión e inadmisibilidad como son: a) Las pruebas impertinentes; b) Las pruebas inútiles; c) Las pruebas repetitivas; d) Las pruebas encaminadas a probar hechos notorios, o que por otro motivo no requieran prueba.

No está por demás precisar, que si bien en el procedimiento civil, los hechos notorios no requieren prueba,[89] en el proceso penal todo lo que tenga que ver con la prueba de la autoría, participación y responsabilidad (tipicidad, imputabilidad, antijuridicidad y culpabilidad) requieren de prueba y en relación con tales aspectos no pueden ser calificados como hechos notorios y ser excluidos de la obligación de probarlos.

La norma citada en precedencia (art. 359), cuando se refiere de manera genérica a los hechos notorios que no requieren prueba, es en nuestro criterio extremadamente peligrosa, porque podría entenderse por más de uno, que al igual que en el proceso civil, en el penal, tampoco los hechos notorios requieren ser probados.

La situación es entendible, porque el chisme, las consejas, el rumor popular, las noticias y comentarios de los medios de comunicación, en relación con un determinado hecho, o respecto de la calificación social de una persona, en un

---

88- ARTÍCULO 359. EXCLUSIÓN, RECHAZO E INADMISIBILIDAD DE LOS MEDIOS DE PRUEBA.<Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Las partes y el Ministerio Público podrán solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en este código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba.
Igualmente inadmitirá los medios de prueba que se refieran a las conversaciones que haya tenido la Fiscalía con el imputado, acusado o su defensor en desarrollo de manifestaciones preacordadas, suspensiones condicionales y aplicación del principio de oportunidad, a menos que el imputado, acusado o su defensor consientan en ello.
Cuando el juez excluya, rechace o inadmita una prueba deberá motivar oralmente su decisión y contra ésta procederán los recursos ordinarios.

89 - ARTÍCULO 177. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.
LOS HECHOS NOTORIOS y las afirmaciones o negaciones indefinidas NO REQUIEREN PRUEBA. (Lo destacado no lo es en el texto).

momento determinado se convierte en hechos notorios y la comunidad dicta sentencia y con el criterio generalizado según el cual, " la voz del pueblo es la voz de Dios ", es claro que popularmente muchas personas podrían ser condenadas por esas consejas populares, como presuntos delincuentes; caso en el cual la justicia del Estado estaría siendo sustituida por una justicia popular que no tiene cabida dentro del texto Constitucional.

Es el caso del conocido delincuente Pablo Escobar Gaviria, que murió enfrentado a las fuerzas del orden, reconocido como el capo del narcotráfico más peligroso del mundo, sin que nunca hubiese sido condenado por la justicia colombiana por ningún delito relacionado con el tráfico de drogas.

Y es claro que la calidad de " narcotraficante " del ciudadano Escobar Gaviria, sería calificado por más de un funcionario judicial como un hecho notorio, caso en el cual la decisión de responsabilidad estaría siendo dictada por el conglomerado social y no por los jueces de la República como lo demanda la Carta Política.

Y no es que nos estemos adelantando en prever tormentas, porque en un caso en el que actuamos en la defensa de un ciudadano acusado de presuntamente haber lavado dinero de Iván Urdinola Grajales, al no haberse demostrado dentro del proceso la calidad de narcotraficante del citado ciudadano, ni tampoco la procedencia ilícita del dinero presuntamente lavado, la Fiscal que profirió la acusación no tuvo ningún reato de legalidad para afirmar que la calidad de narcotraficante de Urdinola Grajales era un hecho notorio.

La situación es mucho más peligrosa en el mundo contemporáneo porque es una realidad, que los medios de comunicación, y ahora las redes sociales, crean o generan " opinión pública ", no solo en lo relacionado con lo que debe consumir la comunidad o como debe vestirse o cuáles deben ser sus costumbres sociales, sino que igualmente crean esa " opinión pública " en relación con muchos hechos (al ser calificados por éstos como lícitos o ilícitos), sino respecto del comportamiento social, ético, lícito o antisocial o ilícito de determinados comportamientos.

Tan cierta es nuestra afirmación que en las últimas décadas hemos vivido períodos históricos en que determinadas formas de criminalidad han sido puestas de " moda " y si no, basta que recordemos el reproche social generalizado contra la delincuencia de los banqueros en la década de los ochenta, el narcotráfico en los noventa y con posterioridad la corrupción de los políticos con el denominado proceso ocho mil, o la parapolítica; el caso Odebrecht, el feminicidio o el abuso sexual contra los menores, de manera más reciente. En estos períodos la "conciencia " social demanda que

todo el que sea involucrado en este tipo de proceso debe ser condenado y a las penas más severas. Ha sido precisamente dentro de estos períodos que surgen demandas clamorosas para la implantación de la cadena perpetua y por qué nó, de la pena capital.

Como pruebas que deben ser inadmitidas señala la norma, los medios de convicción que se refieran a las conversaciones que haya tenido la fiscalía con el imputado, acusado o su defensor en desarrollo de manifestaciones pre-acordadas, suspensiones condicionales y aplicación del principio de oportunidad; que a propósito son pruebas que no están enumeradas dentro de las que deben ser inadmitidas según las previsiones del artículo 376.

En las circunstancias normativas precedentes habrá de concluirse que el rechazo o la inadmisiblidad de los medios de pruebas pueden serlo en el momento de su aducción por cualquiera de los intervinientes y en cualquier estado del proceso.

De la misma manera habrá de concluirse que la aplicación de la cláusula de exclusión se podrá aplicar en cualquier estado del proceso, cuando se advierta la ilegalidad o ilicitud de la prueba que ya haya ingresado al proceso.

CORRECCIÓN DE ACTOS IRREGULARES.

Con fundamento en los principios de la convalidación que permite la corrección de actos irregulares con el consentimiento del perjudicado y del principio de la naturaleza residual de las nulidades, según el cual esta sanción procesal debe ser el último recurso al que se debe acudir para solucionar los problemas ocasionados por las irregularidades trascendentes que se cometen en el curso de los procesos, el funcionario judicial debe buscar todos los recursos que estén a su alcance para no decretar una nulidad, buscando la solución por otras vías, porque bien se sabe que la nulidad constituye un grave problema para la administración de justicia, que la hace más lenta y demorada y que puede incluso propiciar la prescripción de la acción, cuando las nulidades se producen hacia el final del proceso y cuando ya ha transcurrido muchos meses o años, y cuando el tiempo que resta para la prescripción es muy escaso.

En tales circunstancias, antes de decidirse por la declaratoria de la nulidad, hay que buscar posibles soluciones por medio de los principios que regulan las nulidades entre los que se encuentran el principio de convalidación, el de la eficacia del acto viciado entre otros, para evitar la perjudicial declaratoria de nulidades.

El principio de la corrección de actos irregulares aparece consagrado en el último inciso del artículo 10 de la Ley 906 al disponer:

"**ARTÍCULO 10. ACTUACIÓN PROCESAL.** La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia. En ella los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial.

Para alcanzar esos efectos serán de obligatorio cumplimiento los procedimientos orales, la utilización de los medios técnicos pertinentes que los viabilicen y los términos fijados por la ley o el funcionario para cada actuación.

El juez dispondrá de amplias facultades en la forma prevista en este código para sancionar por desacato a las partes, testigos, peritos y demás intervinientes que afecten con su comportamiento el orden y la marcha de los procedimientos.

El juez podrá autorizar los acuerdos o estipulaciones a que lleguen las partes y que versen sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva, sin que implique renuncia de los derechos constitucionales.

El juez de control de garantías y el de conocimiento estarán en la obligación de corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad, respetando siempre los derechos y garantías de los intervinientes.(Lo destacado no lo es en el texto).

Podríamos decir que la nulidad en el proceso penal, es lo que la cirugía en medicina, primero se deben haber agotado todas los tratamientos y terapias recomendadas y cuando el objetivo no se alcanza, se justifica entonces la cirugía.

Creemos incluso que la corrección de los actos irregulares sancionables con nulidad, pueden solucionarse por ésta vía, cuando ello es posible, como ocurre con notificaciones mal hechas o no realizadas, irregularidad que se soluciona corrigiendo el error o haciendo lo omitido.

NULIDADES QUE PUEDEN PRESENTARSE EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN.

Tanto en la etapa de investigación previa, como en fase investigativa del proceso disciplinario se podrían presentar entre otras las siguientes nulidades:

1) Nulidad por violación al derecho a la defensa.

A) Por ausencia de defensor en la versión libre;

B) Por incumplimiento de los deberes del defensor;

C) Por haberse negado las copias del proceso solicitadas, o por haberse negado la oportunidad para que el imputado o el defensor tengan acceso al proceso;

D) Por no decretar las pruebas pertinentes y conducentes, o por haberlas decretado y no haberlas practicado;

E) Por vulneración al derecho a la defensa material.

F) Nulidad por la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.

2) Nulidad por falta de competencia;

A) Por violación del factor territorial, cuando se investiga una conducta médica ocurrida por fuera de la competencia territorial del respectivo Tribunal;

B) Por violación del factor subjetivo, cuando se investiga a quien no es médico;

C) Por violación del factor subjetivo, cuando se investiga a un magistrado por irregularidades en el ejercicio del cargo, pues en este caso la competencia es de la Procuraduría Gral.

D) Por violación de la naturaleza del hecho, cuando se investigan asuntos irregulares que no son imputables a un médico, como serían las irregularidades hospitalarias.

3) Nulidades probatorias.

A) Por practicarse pruebas a espaldas del disciplinado, o de su defensor; cuando habiendo solicitado que se lo cite para participar en dichas diligencias, se omite la notificación;

B) Cuando se allegan pruebas que no han sido ordenadas, ni practicadas dentro de un proceso;

C) Cuando se practican pruebas, desconociendo las especiales ritualidades exigidas por la norma para su práctica;

D) Cuando las pruebas practicadas no son anexadas al proceso, para que las partes no las puedan conocer, o cuando se ocultan decisiones, para que transcurra el término de ejecutoria y no puedan los interesados interponer los recursos de ley.

NULIDADES QUE PUEDEN PRESENTARSE EN LA ETAPA DEL JUICIO.

1) Nulidad por la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.

A) Por falta de motivación, o por insuficiente e indebida motivación del pliego de cargos;

En el auto de calificación del merito del sumario se pueden presentar diversas irregularidades que pueden llegar a constituirse en verdaderas nulidades y el caso se presenta cuando la resolución carece de motivación y ello se da cuando no se hace un análisis probatorio claro y preciso, para concluir que con base en tales medios de prueba se encuentra probada la tipicidad del ilícito disciplinario, la imputabilidad o inimputabilidad del procesado, la antijuridicidad y la culpabilidad.

En la actual Carta Política no existe la norma que si aparecía en la anterior en cuanto se disponía en el artículo 163 que:

" Toda sentencia debe ser motivada",

pero no por la ausencia de tal norma podría concluirse la inexistencia de tal obligación por parte de los jueces, pues es de la esencia propia del concepto de debido proceso, y del Estado de Derecho, que las decisiones deban estar debidamente motivadas, - no debe olvidarse que el artículo 228 impone la primacía del derecho sustancial y solo se puede cumplir con esa exigencia, con una decisión judicial motivada fáctica, probatoria y jurídicamente -; si se parte de una estructura estatal antropocéntrica, de un ejercicio limitado del ius puniendi, es de lógica elemental que las decisiones por medio de las cuales se coartan los derechos fundamentales de los ciudadanos deben tener una correcta fundamentación normativa y probatoria, porque ese poder punitivo del Estado no es arbitrario ni irracional y mucho menos caprichoso.

La decisión inmotivada o motivada de manera insuficiente abre las puertas para la arbitrariedad y la corrupción, puesto que en ellas predomina única y exclusivamente la voluntad del funcionario, y no la decisión que es impuesta por una previsión legislativa y por un cúmulo de pruebas que demuestran la existencia de un hecho, a los que se debe aplicar una determinada norma. La motivación de las decisiones

judiciales evita el imperio de los caprichos del juez, o evita la corrupción de los jueces y la arbitrariedad del funcionario judicial.

Es de la esencia de un Estado de Derecho, que las decisiones judiciales por medio de las cuales se resuelven los conflictos interpersonales y sociales, y en aquellas de naturaleza penal, por medio de las cuales se limitan o suspenden derechos fundamentales de los ciudadanos deben estar motivadas, porque lo contrario sería avalar el capricho y la arbitrariedad de los jueces.

Esa motivación debe comprender un doble aspecto fáctico, de los hechos motivo de investigación, y cómo se entienden o dan por probados por medio de medios de convicción oportuna y válidamente practicados dentro del proceso, y la razón jurídica por la cual se realiza el proceso de adecuación típica a una determinada norma penal, de la misma manera que las consideraciones relacionadas con la imputabilidad, la antijuridicidad y la culpabilidad y la necesaria respuesta a los alegatos de los sujetos procesales, bien para estar de acuerdo o en desacuerdo con los mismos, dándose las razones lógicas y jurídicas que justifiquen cualquiera de las razones que validen la respuesta.

En la Ley 906 se debe concluir por lo expresamente previsto en la norma sobre la obligación o necesidad de que las decisiones judiciales sean motivadas. En relación con este aspecto en el artículo 162 se señalan los requisitos de las sentencias y entre ellos encontramos la exigencia de la: "Fundamentación fáctica, probatoria y jurídica con indicación de los motivos de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas en el juicio oral ". Para las decisiones corporativas se dispone que si hubiera división de criterios, se deben expresar las razones del disenso, lo que nos indica que los salvamentos de voto y las aclaraciones al fallo deben ser igualmente motivados. En tal sentido se dispone:

"ARTÍCULO 162. REQUISITOS COMUNES. *Las sentencias y autos deberán cumplir con los siguientes requisitos:*

1. Mención de la autoridad judicial que los profiere.
2. Lugar, día y hora.
3. Identificación del número de radicación de la actuación.
4. Fundamentación fáctica, probatoria y jurídica con indicación de los motivos de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas en el juicio oral.
5. Decisión adoptada.
6. Si hubiere división de criterios la expresión de los fundamentos del disenso.
7. Señalamiento del recurso que procede contra la decisión y la oportunidad para interponerlo. (Lo destacado no lo es en el texto).

De la normatividad anterior surge claro para el funcionario judicial, que debe aparecer un análisis legal sobre las normas aplicables al caso, no solo las de derecho penal material, en cuanto a que se debe precisar con exactitud el delito por el que se formula la acusación con todas las circunstancias especificas de agravación o atenuación; de la misma manera que el lleno de los requisitos procesales en que se fundamenta la actuación, además de un análisis de los medios de convicción por medio de los cuales se establezca una relación causal probatoria de todos y cada uno de los elementos del delito, en cuanto a que se debe precisar con qué medios de convicción se prueban todos y cada uno de los elementos del hecho punible, del grado de participación del autor y de su responsabilidad en el hecho o hechos investigados.

Igualmente hay lugar a declaratoria de nulidad, cuando no hay suficiente motivación respecto del análisis de los medios de convicción en los que se fundamenten las causales de agravación específica que la hayan sido deducidas.

La irregularidad sustancial puede constituirse por la existencia de una motivación anfibológica, es decir por falta de claridad y precisión en la motivación de la acusación que pueda llegar a generar duda respecto al tipo por el cual se está haciendo la imputación, o porque habiéndose precisado suficientemente no hay claridad en cuanto al aspecto subjetivo de la conducta, estos que existan dudas a si se trata de una acusación por un delito doloso, culposo o preterintencional.

Igualmente habría imprecisión en la acusación cuando no se determine con absoluta claridad el grado de participación de la persona que se acusa, esto es a nivel de autoría o de participación, cuando tratándose de varios hechos delictivos juzgados por conexidad, o se determinen y precisen el número y la clase de los delitos conexos.

Es una realidad que en la legislación vigente, no aparece expresamente establecido que debe darse respuesta a las alegaciones de los intervinientes, pero siendo como es un proceso fundamentalmente adversarial en el que todo gira en relación con las posiciones de los dos grandes protagonistas del proceso: acusación y defensa, es obvio que surge en lógica elemental, que al tomarse las decisiones que afectan derechos fundamentales de los intervinientes, o cuando se dicta sentencia, debe el juez dar respuesta a los alegatos de los intervinientes, de la misma manera que el fiscal dentro de la actuación por él adelantada debe dar razón motivada por medio de la cual explique el porqué de la decisión y cuál es su fundamentación jurídica y probatoria.

El derecho a la defensa y con él, toda la estructura del debido proceso surge fundamentalmente de la claridad de la imputación que se le formula al sujeto pasivo de la acción penal, porque cualquier ambigüedad, vaguedad o imprecisión podría

dificultar la defensa, en cuanto a que no la pueda realizar, o que por la equivocidad de la misma, la malinterprete y se defienda de cargos diversos a los que realmente se le están formulando; de allí que la resolución de acusación deba ser perfectamente clara en cuanto a las infracciones que se imputan al sujeto pasivo de la acción penal, en cuanto a las circunstancias de agravación y atenuación reconocidas, en relación con el grado de participación, en lo relativo al estado de imputabilidad o inimputabilidad del procesado y en cuanto a la responsabilidad del mismo, de conformidad con el acerbo probatorio que le de fundamento.

2) Nulidad por la existencia de contradicciones en la resolución de acusación (Formulación de cargos).

Dentro de la claridad que venimos predicando es de absoluta lógica que la formulación de cargos no puede ser ambigua y menos aún contradictoria, pues ello como ya se había sostenido con anterioridad afecta el derecho a la defensa, pues una auto con consideraciones contradictorias la haría materialmente imposible, como sería el caso de reconocerse la existencia de una causal de exclusión de responsabilidad, bien de inculpabilidad o de exclusión de antijuridicidad, pero a pesar de ello formularse la acusación, o reconocerse una atenuante como la ira, pero finalmente hacerse la acusación por el tipo básico sin la aceptación de la atenuante reconocida.

O también podría ser cuando se habla simultáneamente de una conducta culposa e intencional.

3) Nulidad por la existencia de errores en cuanto a la individualización o identificación del autor o partícipe.

La imputación penal y obviamente el proceso penal tienen como destino final llegar a la conclusión del mismo, mediante una sentencia que absuelva o condene a quienes habían sido sometidos a proceso, y ello implica que la persona que sea condenada esté suficientemente identificada o individualizada para saberse con certeza cuál es la persona sobre la que se debe ejecutar la pena impuesta; y en la hipótesis de una sentencia absolutoria, que exista absoluta claridad para determinarse quien fue el favorecido con la decisión, y como es apenas obvio como prueba demostrativa de que fue sometido a proceso, para efectos de evitar que pudiera ser nuevamente procesado por los mismos hechos con violación del principio constitucional del non bis in ídem.

La identificación surge de la imposibilidad de que la persona a la que se le hace la acusación pueda ser confundida con otra, porque al ser vinculada procesalmente se logró identificarlo con un documento oficial como la cédula, pasaporte, pase de

conducir, tarjeta de servicio militar, o cualquiera otra similar, documentos que no dejan lugar a dudas que se trata de la misma persona que se somete a proceso, sin que exista la posibilidad que posteriormente se pudieran presentar problemas con homónimos, y la posibilidad de no saberse quién es el que debe cumplir la pena impuesta.

La individualización por su lado es la precisión de una persona por sus características antropológicas, médicas, sicológicas, familiares, profesionales, de origen, sociales y similares que nos den la seguridad de que es esa la persona que se quiere someter a proceso y que no exista la posibilidad de que pudiera llegar a ser confundida con otra.

Hay personas con características físicas muy particulares que los hacen fácilmente individualizables, por señas, defectos muy especiales y porque sus características se salen del normal de la mayoría de personas del conglomerado, al contrario de lo que sucede con otras, que son generalmente la mayoría, que dentro de sus características físicas, por estar dentro un prototipo que corresponde a la mayoría de personas de un determinado conglomerado, son de muy difícil individualización y que de manera regular exigen por parte del funcionario judicial que además de las características físicas sea individualizado por circunstancias personales de tipo familiar, profesional, social, o de cualquier otra naturaleza.

Es por las mismas razones que en la Ley 906 se establece como una obligación de la denuncia o querella, que se den los datos conocidos que permitan la identificación del presunto autor del delito que se pone en conocimiento de las autoridades.[90]

Igualmente se impone como una obligación de la Fiscalía la correcta identificación o individualización del imputado. En tal sentido se dispone:

"ARTÍCULO 128. IDENTIFICACIÓN O INDIVIDUALIZACIÓN. *La Fiscalía General de la Nación estará obligada a verificar la correcta identificación o individualización del imputado, a fin de prevenir errores judiciales.*

---

90 - ***ARTÍCULO 69. REQUISITOS DE LA DENUNCIA, DE LA QUERELLA O DE LA PETICIÓN.*** *<Apartes subrayados CONDICIONALMENTE exequibles> La denuncia, querella o petición se hará verbalmente, o por escrito, o por cualquier medio técnico que permita la identificación del autor, dejando constancia del día y hora de su presentación y contendrá una relación detallada de los hechos que conozca el denunciante. Este deberá manifestar, si le consta, que los mismos hechos ya han sido puestos en conocimiento de otro funcionario. Quien la reciba advertirá al denunciante que la falsa denuncia implica responsabilidad penal.*

<Inciso CONDICIONALMENTE exequible> En todo caso se inadmitirán las denuncias sin fundamento.

La denuncia solo podrá ampliarse por una sola vez a instancia del denunciante, o del funcionario competente, sobre aspectos de importancia para la investigación.
Los escritos anónimos que no suministren evidencias o datos concretos que permitan encauzar la investigación se archivarán por el fiscal correspondiente.

<Inciso adicionado por el artículo 11 de la Ley 1142 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> En los eventos en que el capturado no presente documento de identidad, la policía judicial tomará el registro decadactilar y lo remitirá inmediatamente a la Registraduría Nacional del Estado Civil a efectos de que expida en forma inmediata copia de la fotocédula. En caso de no aparecer registrada la persona en sus archivos, la Registraduría Nacional del Estado Civil lo registrará con el nombre que se identificó inicialmente y procederá a asignarle un cupo numérico.

4) Nulidad por violación al derecho de defensa.

En vigencia del anterior texto constitucional en repetidas ocasiones tuvimos la oportunidad de mostrar nuestra discrepancia con decisiones mayoritarias de la Sala de Casación Penal en las que se sostuvo que el derecho a la defensa era trascendental en la etapa de la causa pero no en cuanto al sumario. Tuvimos la oportunidad de sostener en aquella ocasión:

" Hoy creemos que la nueva Carta Política nos da la razón de nuestras afirmaciones, puesto que en el artículo 29 se establece con absoluta claridad que " 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;..."

Posteriormente con Sentencia C-150 de abril de 2003, con ponencia de Morón Díaz, se reconoció el derecho a la defensa durante la investigación, preliminar, reiterada en vigencia de la Ley 906 por la Sentencia C-799 de 2005.

La defensa debe entenderse desde una doble concepción, la defensa material y la defensa técnica, significando la primera, la que puede ejercer el propio sindicado y que no tiene otra limitación que la sustentación del recurso extraordinario de casación y la preeminencia de las peticiones del defensor sobre las del sindicado si fueren incompatibles. En el artículo 127 se dispone:

"Facultades. *Para los fines de su defensa el sindicado deberá contar con la asistencia de un abogado escogido por él o de oficio. Cuando la defensa se ejerza de manera simultánea por el sindicado y su defensor, prevalecerán las peticiones de este último.*
"En todo caso si el sindicado fuere abogado titulado y estuviere autorizado legalmente para ejercer la profesión, podrá de manera expresa aceptar y ejercer su propia defensa sin necesidad de apoderado. Sin embargo, en la versión libre y en la indagatoria deberá estar acompañado por un abogado.

En la nueva codificación al consagrarse el derecho a la defensa como una norma rectora del proceso penal se precisa con claridad el derecho a la defensa tanto técnica como material al disponerse:

"ARTÍCULO 8o. ***DEFENSA****. <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a:*

...

e) **Ser oído, asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado;**

...

g) **Tener comunicación privada con su defensor antes de comparecer frente a las autoridades;**

h) **Conocer los cargos que le sean imputados, expresados en términos que sean comprensibles, con indicación expresa de las circunstancias conocidas de modo, tiempo y lugar que los fundamentan;**

i) **Disponer de tiempo razonable y de medios adecuados para la preparación de la defensa. De manera excepcional podrá solicitar las prórrogas debidamente justificadas y necesarias para la celebración de las audiencias a las que deba comparecer;**

j) **Solicitar, conocer y controvertir las pruebas;**

k) Tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, **en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate;**

l) Renunciar a los derechos contemplados en los literales b) y k) siempre y cuando se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada. En estos eventos requerirá siempre el asesoramiento de su abogado defensor. (Lo destacado no lo es en el texto).

En la citada norma se dispone que el derecho a la defensa existe solo a partir de la audiencia de imputación, queriendo indicar que en la investigación preliminar no había derecho a la defensa. Tuve la oportunidad de demandar esa norma y por sentencia C-799 del 2 de agosto de 2005, la Corte Constitucional reconoció la intemporalidad de la defensa y aceptó que la misma debía de ser respetada en la investigación preliminar.

En caso de conflicto entre las pretensiones del defensor técnico y del imputado, deben prevalecer las de aquel, de conformidad con lo igualmente dispuesto en la Ley 906 al establecerse:

"ARTÍCULO 130. ***ATRIBUCIONES.*** *Además de los derechos reconocidos en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia y que forman parte del bloque de constitucionalidad, de la Constitución Política y de la ley, en especial de los previstos en el artículo 8o. de este código, el imputado o procesado, según el caso, dispondrá de las mismas atribuciones asignadas a la defensa que resultan compatibles con su condición.* ***En todo caso, de mediar conflicto entre las peticiones o actuaciones de la defensa con las del imputado o procesado prevalecen las de aquella.*** (Lo destacado no lo es en el texto).

Las limitaciones que se imponen al ejercicio de la defensa material son perfectamente entendibles, y básicamente es para concretar de manera efectiva el derecho a la defensa, porque si la casación es un recurso extraordinario sometido a una especial técnica que requiere de precisos y claros conocimientos jurídicos, que no puede tener quien no es abogado,[91] incluso que no puede sustentar el abogado que no es especialista en el recurso extraordinario, quiere el legislador proteger los derechos del procesado, para que sea asistido en la sustentación del recurso extraordinario por un abogado, y que de esta manera se le garantice mayores posibilidades de éxito.

La misma finalidad tiene la disposición que establece que en caso de contradicción entre las peticiones del procesado y del defensor, deben prevalecer las de este, porque se supone que tiene una mejor preparación técnica para orientar de manera más efectiva la defensa, además que no se encuentra afectado por la situación emocional en que necesariamente se tiene que encontrar toda aquella persona que se encuentra sometida a proceso penal.

---

91 - Ley 906 de 2004. ARTÍCULO 182. LEGITIMACIÓN. Están legitimados para recurrir en casación los intervinientes que tengan interés, QUIENES PODRÁN HACERLO DIRECTAMENTE SI FUEREN ABOGADOS EN EJERCICIO. (Lo destacado no lo es en el texto).

Cuando el procesado es abogado se lo autoriza para que pueda ejercer su defensa y sustentar el recurso extraordinario de casación.

La defensa técnica es la que ejerce el abogado y su ausencia genera de manera necesaria nulidad de la actuación; al contrario de lo que sucede con la defensa material, porque si el procesado no la ejerce, porque considera que está suficientemente garantizada por la que hace su abogado, no puede pensarse en este caso en la presencia de una nulidad.

Si por el contrario, el procesado la ejerce y hace peticiones en relación con medios probatorios, con peticiones de cualquier naturaleza, o con la interposición o sustentación de recursos, que no le sean tramitados o contestados, es claro que se estará en presencia de una nulidad por violación del derecho a la defensa material.

En un salvamento de voto a una providencia con ponencia del Dr. Dídimo Páez tuvimos la oportunidad de sostener en relación con este específico problema de la existencia de una irregularidad constitutiva de nulidad, por no haberse dado respuesta a las peticiones probatorias formuladas por el propio sindicado.

La Sala de Casación Penal de la Corte ha reconocido la existencia de nulidades por ausencia de defensa técnica, o en algunos casos en los que a pesar de haberse designado un defensor, este por descuido, ligereza o irresponsabilidad no cumplió con la tarea impuesta; o cuando se omitió la práctica de pruebas trascendentales para los intereses defensivos del procesado; o cuando en la realización de una diligencia que requería la presencia del procesado, estuvo sin estar debidamente acompañado por su defensor; o cuando se ha emplazado indebidamente al procesado, por no haber esperado los informes policivos sobre la imposibilidad de su localización o de su captura, antes de proceder al emplazamiento; o cuando no se han hecho los esfuerzos necesarios para confrontar las citas hechas por el sindicado en la indagatoria; o cuando no se han vinculado procesalmente a partícipes perfectamente conocidos; o cuando se han dejado de investigar delitos conexos; o cuando en la resolución de acusación se formulan cargos sin motivación, anfibológicos o contradictorios.

No podemos menos que dejar constancia de nuestra perplejidad, porque sin entrar en la polémica mantenida por algunos procesalistas respecto a la naturaleza de la indagatoria, lo cierto es que no puede desconocerse que se trata de un medio de defensa, como expresamente lo ha reconocido el legislador en variedad de normas, como se demostrará más adelante, en tales condiciones el no recepcionar esta diligencia cuando existen pruebas que comprometan a una persona individualizada o identificada, o no proceder a su emplazamiento cuando exista mérito probatorio que así lo recomiende constituye una auténtica vulneración al derecho de defensa,

pues es apenas obvio que mientras no esté vinculado, sus oportunidades defensivas le han sido negadas en su totalidad.

Es por ello que tuvimos la oportunidad de afirmar la inexequibilidad de la norma de estado de sitio que facultaba a los funcionarios de orden público para postergar o demorar la vinculación de los sindicados.

Como ya se había dicho, el derecho a la defensa aparece clara y precisamente consagrado en el texto constitucional[92] y es indiscutible que el mismo no comprende solo la presencia material o física de un abogado que represente los intereses del procesado, sino que la defensa constitucionalmente tutelada debe entenderse de una manera efectiva, dinámica y real, puesto que las diferentes hipótesis de violación de éste constitucional derecho pueden llegar a ser múltiples, y no solo por la ausencia material de un defensor, sino que por el contrario, en muchas situaciones en las que a pesar de estar posesionado un abogado como defensor, el derecho se viola por falta de actuación del mismo, o porque los funcionarios no dan una respuesta adecuada a los planteamientos hechos por los sujetos procesales.

A manera de ejemplo haremos una breve relación de algunas de las hipótesis por medio de las cuales se puede vulnerar esta garantía vertebral del debido proceso constitucional:

a). Por ausencia material de un abogado titulado, o de manera excepcional de un estudiante de derecho, cursante del consultorio jurídico de la respectiva escuela.

Es la hipótesis más socorrida y a la que generalmente se acude, porque es la más clara en cuanto a que el adelantamiento del proceso penal se hace con ausencia de un abogado que asista al acusado de las imputaciones que le formula el Estado por intermedio de uno de los funcionarios que ejerce la represión penal.

En relación con ésta hipótesis debe precisarse que la ausencia de nombramiento puede ser desde el principio del proceso, caso en el cual se produce la nulidad de todo lo actuado, y la nulidad será parcial, dependiendo desde el momento procesal en que se haya omitido la presencia del defensor. Cuando hay ausencia material del abogado, la nulidad de manera general conlleva a la anulación de todas las pruebas, pues con su ausencia, ha sido imposible ejercer el derecho de contradicción.

---

92 - Art 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.
...
.....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;...”

Pero igualmente la ausencia de defensor puede ser momentánea, y sin embargo producir efectos mucho más extensos en el proceso, tal la situación que ocurre cuando la participación procesal del imputado se realiza sin defensor, o con la presencia de una persona que no reúne las calidades exigidas en la ley, esto es abogado titulado, o excepcionalmente un estudiante de derecho que curse la materia de consultorio jurídico, caso en el cual si el proceso se edifica sobre diligencia tan ilegalmente practicada y se le dicta medida detentiva, se cierra la investigación, se califica con resolución de acusación y se dicta sentencia, en el momento en que se advierta la inexistencia jurídica de la indagatoria, se deberá decretar la nulidad de todo el proceso a partir de tal diligencia.

Débase si advertir que si con posterioridad a la irregularidad destacada, el sindicado designa a un profesional del derecho, se le nombra uno de oficio, o un defensor público, de todas maneras el proceso debe invalidarse, pero las pruebas practicadas o aportadas a partir del momento en que el sindicado estuvo debidamente apoderado habrán sido válidamente practicadas y por tanto en el auto que decrete la nulidad deberá precisarse que las mismas no quedan incluidas dentro del decreto de invalidación.

En iguales circunstancias habrá de predicarse la inexistencia de cualquier diligencia en la que hubiere participado el sindicado sin el acompañamiento de su respectivo defensor- versión, reconocimiento en fila de personas, diligencia de inspección judicial, de reconstrucción, etc. -; y si una o varias decisiones dependen de tal medio de convicción, es claro que la nulidad debe comprender igualmente las decisiones que dependan procesalmente de tal participación del sindicado dentro del sumario.

En relación con la etapa de la causa, que en realidad para efectos de las nulidades, no debe olvidarse que existe una unión inescindible entre todas las decisiones que se produzcan a partir de la resolución de acusación y el vicio que afecte a las que se encuentran antecedentemente, necesariamente producen un efecto dominó, puesto que con su caída, de manera inevitable deberá producir la nulidad de todas las que la sucedan.

En el sistema acusatorio se daría, cuando no es convocada la defensa a la audiencia de formulación de imputación,[93] o cuando no es notificada y no se hace presente en la audiencia preparatoria.[94]

---

93 - ARTÍCULO 339. TRÁMITE.<Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Abierta por el juez la audiencia, ordenará el traslado del escrito de acusación a las demás partes; concederá la palabra a la Fiscalía, Ministerio Público y defensa para que expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere, y las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos

En relación con este importantísimo aspecto de la defensa técnica debemos recordar un pasaje que es bastante frecuente en los procesos penales y es que por las más diversas circunstancias el procesado decida cambiar a su defensor de confianza, o que quien lo apoderaba renuncie al mandato conferido, que sea necesario designar por cualquier motivo un nuevo defensor público, o quien estaba siendo defendido por un público decida designar uno de confianza, casos en los cuales ha sido costumbre de los funcionarios judiciales proceder a reconocer personería al nuevo defensor, o a solicitar que se designe un defensor público.

En las anteriores hipótesis ha sido costumbre de los funcionarios aceptar la renuncia del poder de conformidad con las previsiones del Código de Procedimiento Civil en el que se estipula que después de la aceptación de la renuncia, el cargo de apoderado se prolonga durante cinco días más, contados a partir de la notificación por estado de tal decisión.[95]

---

en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato.
Resuelto lo anterior concederá la palabra al fiscal para que formule la correspondiente acusación.
El juez deberá presidir toda la audiencia y se requerirá para su validez la presencia del fiscal, del abogado defensor y del acusado privado de la libertad, a menos que no desee hacerlo o sea renuente a su traslado.
También podrán concurrir el acusado no privado de la libertad y los demás intervinientes sin que su ausencia afecte la validez.
94 - ARTÍCULO 343. FECHA DE LA AUDIENCIA PREPARATORIA. Antes de finalizar la audiencia de formulación de acusación el juez tomará las siguientes decisiones:
1. Incorporará las correcciones a la acusación leída.
2. Aprobará o improbará los acuerdos a que hayan llegado las partes.
3. Suspenderá condicionalmente el procedimiento, cuando corresponda.
Concluida la audiencia de formulación de acusación, el juez fijará fecha, hora y sala para la celebración de la audiencia preparatoria, la cual deberá realizarse en un término no inferior a quince (15) días ni superior a los treinta (30) días siguientes a su señalamiento. A falta de sala, el juez podrá habilitar cualquier otro recinto público o privado para el efecto.
95 - Art. 69.- Modificado Decreto 2.282 de 1.989, art. 1, numeral 25.-Terminación del poder.- Con la presentación en la secretaría del despacho donde curse el asunto, del escrito que revoque el poder o designe nuevo apoderado o sustituto, termina aquél o la sustitución, salvo cuando el poder fuere para recursos o gestiones determinados dentro del proceso
El apoderado principal o el sustituto a quien se le haya revocado el poder, sea que esté en curso el proceso o se adelante alguna actuación posterior a su terminación, podrá pedir al juez, dentro de los treinta días siguientes a la notificación del auto que admite dicha revocación, el cual no tendrá recursos, que se regulen los honorarios mediante incidente que se tramitará con independencia del proceso o de la actuación posterior. El monto de la regulación no podrá exceder del valor de los honorarios pactados
Igual derecho tiene el heredero o el cónyuge sobreviviente de quien fallezca ejerciendo mandato judicial.
La renuncia no pone término al poder ni a la sustitución, sino cinco días después de notificarse por estado el auto que la admita, y se haga saber al poderdante o sustituidor por telegrama dirigido a la dirección denunciada para recibir notificaciones personales, cuando para este lugar exista el servicio, y en su defecto como lo disponen los numerales 1 y 2 del artículo 320.
La muerte del mandante, o la extinción de las personas jurídicas no pone fin al mandato judicial, si ya se ha presentado la demanda, pero el poder no podrá ser revocado por los herederos o sucesores.
Tampoco termina el poder por la cesación de las funciones de quien lo confirió como representante de una persona natural o jurídica, mientras no sea revocado por quien corresponda.

b). Por afectación de la defensa material.

Es bien sabido que el derecho a la defensa comprende no solo el derecho del sindicado a ser defendido por un abogado, sino que el legislador le garantiza el derecho a la defensa material, que se traduce en que el sindicado puede defenderse por sí mismo, teniendo para ello las mismas facultades que el defensor, excepto sustentar el recurso extraordinario de casación, y si llegaren a presentarse peticiones o pretensiones contradictorias deben prevalecer las del defensor.[96]

La angustia permanente que sufre el sindicado lo lleva en muchas ocasiones, en las que a pesar de estar bien representado a formular peticiones, solicitar o aportar pruebas, interponer recursos y en general todas las actividades que le están permitidas a la defensa; en otras ocasiones lo hace porque precisamente esa angustia lo lleva al convencimiento de que se encuentra mal representado, o lamentablemente se dan los casos en los que efectivamente la defensa técnica es deficiente, o francamente no existe a pesar de la presencia física de un profesional del derecho, porque dolorosamente su presencia es meramente corporal.

En éstos casos el funcionario judicial debe colocarse introspectivamente en la angustia existencial del procesado, que no es abogado, o que si lo es, las circunstancias dramáticas que vive lo pueden llevar a raciocinar de manera deficiente y en tales circunstancias el juez debe tratar de interpretar ese lenguaje, para darle las connotaciones jurídicas que probablemente quiere el sindicado, para de esa manera darle una cabal respuesta a sus peticiones.

Si sus peticiones son contradictorias, inintelegibles, irracionales, inmorales, o francamente contrarias a la ley, el funcionario con un lenguaje claro y sencillo debe tratar de explicarle las razones por las cuales no se puede acceder a sus peticiones.

Ejemplo de esta labor interpretativa es la célebre e ininterrumpida jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la que se ha sostenido que cuando un procesado coloca la palabra " apelo " en la diligencia de notificación de una sentencia que le es adversa, debe interpretarse como la voluntad y el deseo de interponer el extraordinario recurso de casación.[97]

---

96 - ART. 127. —Facultades. Para los fines de su defensa el sindicado deberá contar con la asistencia de un abogado escogido por él o de oficio. Cuando la defensa se ejerza de manera simultánea por el sindicado y su defensor, prevalecerán las peticiones de este último.
En todo caso si el sindicado fuere abogado titulado y estuviere autorizado legalmente para ejercer la profesión, podrá de manera expresa aceptar y ejercer su propia defensa sin necesidad de apoderado. Sin embargo, en la versión libre y en la indagatoria deberá estar acompañado por un abogado
97 - El artículo 570 del C. de P. P. consagra como titulares del recurso extraordinario de casación, entre otros, al procesado, porque, éste como titular del recurso, tiene derecho a evitar que la sentencia que lo perjudica pueda

Es claro que cuando no se da trámite a las peticiones formulados por los sindicados, o se malinterpretan equivocadamente sus pretensiones, se está vulnerando el derecho a la defensa material y se incurre por tal motivo en causal de nulidad.

c) Por defensa antitécnica.

Esta hipótesis se presenta cuando el abogado defensor por negligencia, o por impericia realiza una defensa que contradice la realidad jurídica, por contradecir la realidad, legal, doctrinaria, o jurispru¬dencialmente existente de una manera grosera, dejando de tal manera en situación de absoluta indefensión al sindicado, puesto que por lo absurdo,¬ lo contradictorio, lo alejado de la realidad de las pretensiones de la defensa técnica, ésta antes que defender al sindicado lo perjudica.

---

adquirir firmeza cuando, en su concepto, se hubiere construido con notoria violación de la ley, o sea, que si el fallo de segundo grado dictado lo permite, el procesado puede provocar los actos procesales tendientes a su logro y convertirse en parte recurrente dentro del mismo.

Así mismo, aparece plenamente establecido que Jiménez Mora, al momento de recibir la notificación del fallo condenatorio de segundo grado, manifestó su inconformidad con él al consignar que " Apelo " es decir como lo ha sostenido reiteradamente la Corte, interpuso el único recurso viable cual es el extraordinario de casación, pues, al procesado de modo alguno puede exigírsele precisión en los términos ya que lo importante es su deseo inequívoco de impugnar la sentencia que le es desfavorable. Negársele el recurso so pretexto de no haber sido interpuesto el de casación sino el de apelación, por ser éste improcedente contra la sentencia de segundo grado, es tanto como limitar el derecho de defensa que consagra nuestra Constitución.-

Así mismo, el artículo 574 del Código de Procedimiento Penal determina la forma de interponer el recurso extraordinario de casación por quien tiene personería para impugnar el fallo de segundo grado, " ....por medio de memorial dirigido al Tribunal Superior que hubiere dictado la sentencia recurrida...", y, precisamente la negativa del Tribunal Superior de Tunja para conceder el recurso extraordinario de casación, radica en que el procesado no obstante haber manifestado su inconformidad con la sentencia citada, no envió a la Corporación, dentro del término previsto en el artículo 573 ibídem, " memorial " en que manifestara su voluntad de recurrir el fallo condenatorio, en casación.

Resulta equivocado el concepto expuesto por el Tribunal, porque la Corte en reiteradas decisiones ha dicho que lo que la norma quiso exigir fue una manifestación " escrita, expresa e inequívoca " de que se propone el recurso extraordinario de casación. Esta concepción morigerada por la jurisprudencia respecto del procesado al admitir que éste, por su ignorancia o falta de conocimientos jurídicos, debe aceptársele el empleo de palabras similares como " apelo ", como ocurrió en este caso, o, recurro o pido " revisión " ante la Corte, ya que, por el estado procesal en que se encuentra el juicio, el recurso posible es el de casación y no el de apelación o el extraordinario de revisión, los cuales son improcedentes. El primero, porque no se halla consagrado por la ley en tratándose de sentencias de segundo grado, y, el segundo, por ser únicamente viable cuando la sentencia definitiva ha alcanzado ejecutoria, es decir, ha hecho tránsito a cosa juzgada.

Finalmente, la Corte "...ha interpretado el vocablo " memorial " como sinónimo de " escrito". Con base en este criterio, acepta el recurso interpuesto en el acto de la notificación personal de la sentencia, pues considera que dicho menester implica un escrito idóneo para expresar la voluntad concreta de recurrir en casación. Sin embargo, es lógico que si no se hizo esta específica manifestación en aquella oportunidad, el recurso deberá interponerse mediante memorial, como lo ordenan los preceptos que lo regulan " (Casación y revisión en materia penal. Dr. Fabio Calderón Botero, pág 51).

Como el procesado Jairo Jiménez Mora fue condenado en segunda instancia por el Tribunal Superior de Tunja, por el delito de homicidio y al momento de notificarse del fallo manifestó que " apelo ", resulta viable el recurso extraordinario de casación de conformidad con lo previsto en el artículo 569 del Código de Procedimiento Penal, razón por la cual se concederá, en el efecto suspensivo y para ante esta Corporación ".- Auto 27 de mayo de 1987. M. P. Rodolfo Mantilla Jacome. Jurisprudencia y Doctrina Nro 188, agosto de 1987, pág 787.

Es tan clara esta forma de violación de la garantía constitucional que el mismo legislador ha puesto un límite al principio de protección, en cuanto ha dispuesto que nadie puede alegar su propia torpeza en su beneficio, (propiam turpidinen allegans no est audiendus) excepto si se trata de la violación de la defensa técnica.[98]

d) Por no dar trámite a los recursos interpuestos.

Es una realidad que por medio de los recursos ordinarios y el extraordinario de casación los sujetos procesales muestran su inconformidad con las providencias que los afectan en sus pretensiones.

Es por lo anterior que es imperativo para los funcionarios judiciales concederlos y tramitarlos desde que hayan sido interpuestos en tiempo, se tenga interés legítimo para recurrir y se hallan sustentado oportunamente.

El no concederlos o no tramitarlos constituye una irregularidad sustancial que afecta el derecho a la defensa, porque es bien sabido que en muchas ocasiones con la decisión de los recursos de segunda instancia, o el de casación, se obtiene finalmente lo que había sido negado en primera.

Además que no debe olvidarse que las dos instancias de las sentencias constituye una garantía de orden constitucional,[99] al igual que el recurso extraordinario de casación;[100] de la misma manera que hacer parte de la normativa internacional de los Derechos Humanos;[101] mientras que la apelación de los autos interlocutorios es una garantía de naturaleza legal,[102] de tal manera que su negativa constituye igualmente una clara

---

98 - ART. 310.—Principios que orientan la declaratoria de las nulidades y su convalidación.
...
3. No puede invocar la nulidad el sujeto procesal que haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular, salvo que se trate de la falta de defensa técnica.
99 - Art 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.
...
...a impugnar la sentencia condenatoria.
Art 31. Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.
...
100 - Art 235. Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:
1) Actuar como tribunal de casación.
...
101 - Pacto Internacional de los Derechos Humanos Ley 74 de 1.968 Art 14.5 Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior, conforme a lo prescrito por la ley.
Convención Americana de Derechos Humanos. Art 8.2.g.Garantías judiciales. Derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
102 - ART. 191.—Procedencia de la apelación. Salvo disposición en contrario, el recurso de apelación procede contra la sentencia y las providencias interlocutorias de primera instancia.
Ley 906. ARTÍCULO 176. RECURSOS ORDINARIOS. Son recursos ordinarios la reposición y la apelación.

violación de la observancia de las formas propias de cada juicio y consecuentemente del debido proceso.

e) Por no decretar o practicar pruebas pedidas por la defensa.

Hoy en el proceso de tendencia acusatorio que tenemos, difícilmente podría presentarse esta situación, porque bien se sabe que los dos grandes adversarios del proceso penal, acusación y defensa, deben realizar los esfuerzos investigativos que sean necesarios para que cada cual obtenga las pruebas y evidencias que necesita para fundamentar sus pretensiones procesales.

Esta hipótesis de nulidad, podría llegar a darse de manera excepcional cuando el juez de garantías no autorice una prueba solicitada por la defensa y esa negativa no corresponda a las previsiones legales, como sería la búsqueda selectiva en bases de datos físicas o electrónicas; o también, cuando en la audiencia preliminar del juicio, no autorice pruebas presentadas por la defensa y con tal negativa se obstruya ilegalmente el derecho a la defensa.

En el proceso disciplinario en la práctica probatoria que se sigue rigiendo por un sistema procesal de tendencia inquisitiva, una de las formas de hacer efectiva la defensa es mediante la solicitud de pruebas para demostrar las pretensiones procesales, o para rebatir los hechos probados que lo perjudiquen. Se trata de una garantía constitucional que al ser vulnerada cercena de tajo el derecho a la defensa, puesto que como ya se dijo el derecho de contradicción probatoria constituye el más formidable instrumento defensivo en manos de los sujetos procesales.[103]

Naturalmente que se habla de la imperativa obligación del funcionario judicial de ordenar, o practicar las pruebas solicitadas por las partes, pero siempre y cuando las mismas sean conducentes y pertinentes, porque si se trata de pruebas irreales, impracticables, ilógicas el funcionario judicial estará en el deber de negarlas.

Salvo la sentencia la reposición procede para todas las decisiones y se sustenta y resuelve de manera oral e inmediata en la respectiva audiencia.

La apelación procede, salvo los casos previstos en este código, contra los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias, y contra la sentencia condenatoria o absolutoria.

103 - Art 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

...

...; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra.

...

La Corte Constitucional en varias decisiones ha reiterado que la no práctica de pruebas ordenadas o la no ordenación de pruebas solicitadas constituyen una afectación a los derechos de contradicción probatoria y de defensa, y que por tanto son causales de nulidad procesal.[104]

f) Por no verificar las citas hechas por el disciplinado en su versión.

Se ha polemizado por la doctrina y la jurisprudencia de si la indagatoria, versión entre nosotros, es un medio defensivo, o uno de prueba y la verdad es que sin entrar en el debate se puede afirmar que tiene de lo uno y de lo otro, porque como medio de prueba se está en presencia de una declaración sin juramento que debe ser sometida por el funcionario judicial a las reglas de la sana crítica para valorar¬la; pero tal circunstancia no le quita el ser fundamental-mente un medio defensivo, puesto que es el momento en que el Estado por primera vez y por medio de sus funcionarios formula una concreta acusación contra el ciudadano y tiene éste la oportunidad de dar una explicación exculpativa, justificada, o atenuada de su conducta. Es por ello que en dicha diligencia las citas que el sindicado haga, se convierten en un imperativo mandato para el funcionario investigador de verificarlas, siempre y cuando que sean reales, lógicas, verificables, en fin que sean conducen¬tes y pertinentes.

Es claro entonces que se viola el derecho a la defensa cuando el funcionario incumple este claro mandato, porque si la indagatoria es un medio defensivo, el Estado y sus funcionarios tienen que hacer eco a sus explicaciones, constancias y citas para verificar la verosimilitud de sus afirmaciones.

g) Por la inasistencia del abogado defensor a una diligencia en la que haya de participar el procesado.

Es claro que si el derecho constitucional a la defensa en de naturaleza integral, durante todo el proceso, es una realidad que en todas y cada una de las participaciones del sindicado en el proceso debe estar acompañado de su abogado, y si por cualquier motivo este no asiste debe aplazarse la diligencia y si es muy urgente debe designárse¬le un abogado para la misma, pero es claro que si se hace sin ese acompañamiento técnico, necesariamente ha de pensarse en la violación del derecho a la defensa.

---

104 - ent T-694 del 12 de junio de 2000. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
Sent SU-087 del 17 de febrero de 1999. M.P. José Gregorio Hernández.
Sent. T-055 del 14 de febrero de 1994. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

h) Por la realización de diligencias dentro del proceso a espaldas del defensor.

Situación que se presenta cuando algunos funcionarios deshonestos que no tienen como objetivo administrar justicia, se buscan la manera para que el defensor o cualquiera de los sujetos procesales no se entere de la realización de una determinada diligencia con el propósito de que no participe en ella.

En este tipo de situaciones además de vulnerarse el derecho constitucional a la defensa, es claro que la conducta de tales funcionarios queda enmarcada en una determinada ilicitud penal.

i) Por esconder diligencias, u ocultar decisiones con el propósito de que no pueda interponer los recursos de ley.

Es igualmente una conducta desleal y delictiva, de algunos funcionarios que con propósitos torcidos ocultan diligencias o de la expedición de algunas decisiones para que el defensor no se pueda notificar oportunamente y de tal manera se produzca la ejecutoria de las mismas y en tales condiciones la imposibilidad de poder protestar contra las mismas.

Igualmente en este caso además de vulnerarse el derecho a la defensa se incurre por quien así actúa en conducta tipificada en el código penal.

j) Por falta de notificación de determinadas providencias o por notificación indebida de las mismas.

Se encuentra perfectamente precisado en el Código procesal cuales decisiones son notifica¬bles y entre éstas cuales lo son personalmente, cuales por estado y cuales por edicto. Es claro que cuando las que siendo notifica¬bles no se cumple con éste mandato, o la notificación se hace de manera diversa a la previsión normativa, se presenta una precisa violación al derecho de la defensa, porque mediante la omisión o la realización irregular de la notificación se puede estar privando a la parte de oportunidad de interponer oportunamente los recursos previstos en la norma.

k) Por colusión o la infidelidad a los deberes profesionales del defensor.

Situación que se concreta cuando el defensor defiende en un mismo proceso a sindicados que tienen intereses contrapuestos o cuando faltando a sus deberes éticos abandona a su defendido para prestar sus servicios a los intereses que le son contrarios.

Es evidente que cuando se defiende a sindicados que tienen intereses contrapuestos, necesariamente se han de ver afectados los derechos de uno de los sindicados en beneficio del otro.

Igual sucede cuando se traicionan los intereses que le han sido confiados y se entrega al servicio de la contraparte.

l) Cuando se produce acusación por faltas por las que no fue interrogado en su versión, o que no fueron investigadas.

La única forma para poderse defender de una acusación es poder conocerla, porque constituye un imposible lógico y físico el que se pueda alguien defender de algo que se desconoce.

Y como ya se dijo con anterioridad es la indagatoria la oportunidad que tiene el Estado para hacer conocer al sindicado los hechos presuntamente delictivos por los cuales se encuentra investigado.

Es igualmente imprescindible que los hechos sean motivo de una verdadera investigación, porque en el curso de la misma el sindicado tiene la oportunidad de probar y de contradecir la prueba que se produzca, sin que se olvide que constitucional y legalmente se ha impuesto entre nosotros el deber del Estado de realizar una investigación integral[105]. Esta norma constitucional citada fue derogada como consecuencia de la entronización del sistema procesal acusatorio, pero en el proceso disciplinario, que sigue el modelo procesal inquisitivo sigue teniendo validez pese a su derogatoria, porque en nuestros procesos buscamos la verdad y para conseguirla es indispensable que se haga en todos los procesos una investigación integral, es decir debe investigarse todo lo que sea favorable a los intereses del disciplinado y todo lo que le sea desfavorable, porque nunca uno de nuestros tribunales debe tener como principio o como objetivo el investigar para condenar o investigar para absolver.

m) Violación del derecho a la defensa por dictarse sentencia por faltas no comprendidas en la formulación de cargos, o por formas agravadas (específicas) no contempladas en aquella.

---

105 - Art 250. Corresponde a la Fiscalía General de la Nación...

...

La Fiscalía General de la Nación está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, y a respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales que le asisten.

Art 33, Investigación integral. El funcionario tiene la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del sindicado y de las demás partes.

Uno de los principios rectores del proceso penal es el de la lealtad y en tales circunstancias el sindicado se defiende de lo que se lo acusa, pero si en la sentencia se lo sorprende con delitos que no estuvieron comprendidos en la acusación, o por formas delictivas agravadas, por agravación específica que no le fue deducida en la acusación, es imposible que el sindicado se haya podido defender de cargos que solo de manera tardía conoce en la sentencia cuando ya no queda ninguna oportunidad probatoria para contradecir acusaciones que aparecen a la hora de nona.

n) Violación del derecho a la defensa por acusación contradictoria o anfibológica.

La doctrina y la jurisprudencia han precisado que existe acusación contradictoria cuando en la misma se hacen argumentaciones de exculpación y de responsabilidad de manera simultánea, situación que se evidencia en casos como aquellos donde se reconoce la existencia de una causal de justificación o de inculpabilidad, pero al mismo tiempo se argumenta en pro de la responsabilidad del procesado.

Y se ha dicho que acusación anfibológica es aquella tan oscura, gaseosa o confusa que es prácticamente imposible determinar con precisión cual fue exactamente el pensamiento del funcionario que formuló la acusación.

Es evidente que en tales circunstancias es imposible que alguien pueda concretar el derecho a la defensa, bien que se trate de decisión contradictoria o anfibológica, porque en el primer caso se estará frente a una providencia que exculpa pero al mismo tiempo predica responsabilidad, y en el segundo, porque es imposible defenderse de algo que es gaseoso, confuso o impreciso.

ñ) Por falta de precisión en cuanto al grado de culpabilidad o de participación del sindicado en el hecho delictivo que se juzga.

Tanto el grado de participación como el de culpabilidad son determinantes para precisar cuál fue realmente el comporta¬miento realizado por el sindicado para efectos de poderle deducir una determinada responsabilidad, y la situación se hace todavía más imperativa si se tiene en cuenta que de acuerdo al grado de participación, o de culpabilidad la punibilidad a imponer puede tener variantes bastante trascendentales.

En tales circunstancias es entonces imperioso que se precise tanto el grado de participación como el de culpabilidad, so pena de incurrir en grave afectación del derecho defensivo.

No debe olvidarse que tanto el grado de participación, como el de culpabilidad tienen gran trascendencia tanto en el proceso de adecuación típica, como en el de individualización de la pena. En tales circunstancias al no existir precisión o claridad sobre aspectos de tanta importancia, el derecho a la defensa se podría obstaculizar, de la misma manera que el juez en el momento de la determinación de la responsabilidad o en el de la tasación de la pena podría enfrentar graves y posiblemente insolubles problemas.

o) Por no responderse a las argumentaciones defensivas del abogado.

El derecho constitucionalmente consagrado no es puramente formal, pues la defensa tiene que ser real, técnica, adecuada, lógica y permanente durante la etapa de investigación preliminar, y el juzgamiento.

Es por lo anterior que cuando el abogado incumple sus deberes asumiendo una posición omisiva y negligente en cuanto a su actividad defensiva se incurre en nulidad por la afectación de éste derecho.

De la misma manera que se viola, cuando inexiste materialmente el defensor.

Y es claro que si el abogado ha sido formalmente designado, si éste actúa cabalmente en el cumplimiento de sus deberes profesionales, pero sus alegatos son olímpicamente desconocidos por los funcionarios judiciales que ni siquiera lo mencionan, ni hacen una síntesis de sus argumentaciones y menos aún se toman el trabajo de contestarlas bien para rebatirlas en caso de desacuerdo, o para corroborarlas en caso de coincidencia. En esta hipótesis se ha de concluir que es la misma situación de cuando el defensor no es designado, o cuando siéndolo abandona su gestión, traiciona su encargo, puesto que de nada ha de servir su esfuerzo defensivo, si sus argumentos son desconocidos de manera total por el funcionario que toma la decisión.

Afirmamos que a pesar de tratarse de diversas hipótesis las consecuencias son exactamente las mismas, porque cuando al sindicado se lo procesa sin que tenga abogado, el derecho defensivo es inexistente por total vulneración del mismo; pero igual¬mente el sindicado carece de defensa y por tanto se vulnera el derecho constitucional cuando teniendo defensor éste abandona su encargo, puesto que el sindicado finalmente deberá enfrentar la actividad de la justicia de manera solitaria; e igual sucede y las consecuencias son las mismas, cuando teniendo abogado defensor, cuando éste cumple cabalmente con su encargo, pero sus argumentos son totalmente ignorados y desconocidos por el funcionario judicial respectivo, en este último caso es claro que el sindicado ha quedado igualmente solitario y abandonado, no

por el profesional que lo defiende, sino por el funcionario judicial irresponsable que desconoce la labor jurídica del defensor.

Ha de precisarse que en este caso la violación del derecho deviene directamente del Estado, quien por intermedio de un funcionario irresponsable ignora los alegatos defensivos y no los contesta para mostrar su conformidad o inconformidad con los mismos.

Se trata de una omisión grave en el cumplimiento de los deberes legalmente impuestos y de una clara vulneración del principio constitucional en estudio, razón por la cual consideramos que la conducta omisiva del funcionario se ubica dentro de los lineamientos disciplinarios y penales que regulan las obligaciones y deberes de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional del poder Público. Y si éste pensamiento es compartido por los señores magistrados comedidamente solicito se compulsen las copias que sean necesarias para que las Corporaciones competentes determinen si es del caso abrir las correspondientes investigaciones disciplinarias y penales.

La omisión en el cumplimiento de los deberes es grave, porque como ya se demostró anteriormente con la cita de las disposiciones constitucionales que nos llevan por deducción a la conclusión que las decisiones judiciales deben ser motivadas, y con las legales que les imponen a los funcionarios judiciales el deber de dar respuesta a los alegatos de las partes.

Cuando la justicia actúa inmotivadamente, cuando las decisiones se toman en virtud de la fuerza que proporciona la investidura y nó en la fuerza de las razones, debidamente fundamentadas en la propia norma legal, en la doctrina y la jurisprudencia, estamos es en realidad en presencia de una injusticia y en definitiva frente a una dictadura y a un claro desconocimiento de lo que debe ser un Estado, social y democrático de derecho. Es la más aberrante y la peor de todas las dictaduras: la de los jueces.

p) Nulidades por el desarrollo irregular de la versión

Ha existido discrepancia entre los procesalistas en relación con la naturaleza de la indagatoria, porque mientras algunos la ven como un medio de prueba, otros, la consideran como un medio de defensa y la verdad es que la polémica es bastante bizantina, porque la realidad es que tiene de lo uno y de lo otro, porque se trata ante todo de un testimonio, rendido sin la gravedad del juramento, pro testimonio al fin y al cabo que debe ser analizado, y conjugado con los demás medios de prueba y finalmente analizado dentro de los parámetros que señala la sana crítica ; y es un medio de defensa porque es el momento que el Estado ofrece a quien ha sindicado

en un proceso penal para que se defienda de los cargos que hasta ese momento le aparecen, porque en el desarrollo de tal diligencia puede presentar todos los descargos que considere pertinentes y porque tiene el derecho de hacer todas las citas que crea le pueden favorecer; y es tan medio de defensa que entre las advertencias que el funcionario le debe hacer a la persona indagada en caso de que sea renuente a rendirla es la obligación que tiene el: "....el funcionario le advertirá que su actitud la podrá privar de este medio de defensa (Art. 337); y dentro de tal perspectiva es el derecho que tiene toda persona al tener conocimiento de que se adelanta una actuación en la que le aparecen imputaciones a solicitar que se le reciba esta diligencia (art 334);[106] y es el derecho que se consagra en favor del sindicado de solicitar las ampliaciones de indagatoria que considere necesarias sin necesidad de tener que motivar la petición;[107] y el derecho de hacer constar cuanto tenga por conveniente para su defensa o para la explicación de los hechos y se verificarán las citas y demás diligencias que propusiere para comprobar sus aseveraciones;[108] la prohibición de indagar sin la presencia de un defensor; y el derecho de recurrir la decisión que niega la vinculación de autores o partícipes (art 335)[109] y las exigencias de validez de la confesión, esto es que haya sido hecha ante funcionario judicial, que el sindicado se encuentre asistido de un defensor, que haya sido informada del derecho que tiene a no declarar contra sí mismo y que se haya hecho de manera consciente y libre (art 280).[110]

---

106 -ART. 334.—Derecho a solicitar su propia indagatoria. Quien tenga noticia de la existencia de una actuación en la cual obren imputaciones penales en su contra, tiene derecho a solicitar que se le reciba indagatoria.

107 - ART. 342.—Ampliación de indagatoria. Se podrá ampliar la indagatoria, de oficio o a petición del sindicado o de su defensor, cuando se considere conveniente y sin necesidad de motivación alguna. Aquella se recibirá dentro del menor tiempo posible y observando los requisitos pertinentes.

También se ampliará la indagatoria cuando aparezcan fundamentos para modificar la imputación jurídica provisional.

108 - ART. 338.—Formalidades de la indagatoria. El funcionario judicial iniciará la diligencia interrogando al procesado por su nombre y apellidos, apodos si los tuviere, documentos de identificación y su origen, los nombres de sus padres, edad, lugar de nacimiento, estado civil, nombre de su cónyuge o compañero permanente y de sus hijos suministrando la edad de los mismos y su ocupación; domicilio o residencia; establecimientos donde ha estudiado y duración de los respectivos recursos; lugares o establecimientos donde ha trabajado con indicación de las épocas respectivas y el sueldo o salario que devenga actualmente y las obligaciones patrimoniales que tiene; los bienes muebles o inmuebles que posea; sus antecedentes penales y contravencionales, con indicación del despacho que conoció del proceso.

Igualmente, el funcionario judicial dejará constancia de las características morfológicas del indagado.

A continuación se le interrogará sobre los hechos que originaron su vinculación y se le pondrá de presente la imputación jurídica provisional.

Únicamente podrá interrogar el funcionario judicial. La intervención del defensor no le dará derecho para insinuarle las respuestas que debe dar, pero podrá objetar al funcionario las preguntas que no haga en forma legal y correcta.

El indagado tiene derecho de hacer constar en el acta todos los aspectos que considere pertinentes para su defensa o para la explicación de los hechos.

El funcionario judicial ordenará las pruebas necesarias para verificar las citas, comprobar las aseveraciones del imputado y las que requiera para la definición de la situación jurídica del sindicado, además de las pedidas por los sujetos procesales intervinientes. (La parte destacada fue declarada inexequible por sentencia del 18 de julio de 2001).

109 - ART. 335.—Recursos procedentes contra la providencia que niega la vinculación. Contra la providencia que niega la vinculación de autores o partícipes, proceden los recursos de ley.

110 - ART. 280.—Requisitos.La confesión deberá reunir los siguientes requisitos:

1. Que sea hecha ante funcionario judicial.

Las disposiciones citadas en precedencia son de la ley 600, que bien sabemos está derogada, pero pese a ello son derechos que pese a no estar contemplados normativamente, pueden ser ejercidos como es el hecho de solicitar se le reciba versión al enterarse de que se le está adelantando una investigación disciplinaria; Sin que podemos olvidar que los medios de convicción no son taxativos, de tal manera que pueden utilizarse no solo los consagrados legalmente, sino cualquier otro, como sería en éste caso la confesión y los indicios que no están previstos en la Ley 906.

Yesid Reyes A. comentando la codificación procesal de 1987 afirmó que la indagatoria es un medio de defensa puesto que el código no la enumeraba entre los medios de prueba,[111] pero la verdad es que antes en la anterior codificación y en la Ley 600, la confesión si aparece como un medio de prueba y es obvio que la misma solo puede hacerse en la indagatoria y en el art 282 se señalan los criterio para la apreciación de esta diligencia donde se estipula que:

" Para apreciar cualquier clase de confesión y determinar su mérito probatorio el funcionario judicial tendrá en cuenta las reglas de la sana crítica y los criterios para apreciar el testimonio ".

Son muchas las irregularidades que se pueden presentar en la diligencia de indagatoria y una de ellas es cuando se recibe sin la debida presencia de un defensor que genera inexistencia de la diligencia por expresa disposición del art 305 al preceptuar:

"Se consideran inexistentes para todos los efectos procesales, las diligencias practicadas con la asistencia e intervención del imputado sin la de su defensor".

Serían graves irregularidades si el funcionario recurre a formas prohibidas de interrogación que de cualquier manera vulnerasen la conciencia y libertad en que debe ser rendida la misma; dentro de tales formas ilícitas de interrogatorio estarían las preguntas sugestivas o la formulación de las que sean capciosas o cualquier forma de interrogatorio que suponga la utilización de cualquier forma de violencia física o psíquica o de medios tecnológicos físicos, químicos, electrónicos o sicológicos que de alguna manera afectasen la libertad y la voluntariedad que debe caracterizar esta diligencia.

---

2. Que la persona esté asistida por defensor.
3. Que la persona haya sido informada del derecho a no declarar contra sí misma.
4. Que se haga en forma consciente y libre.
111 - Citado por Bernal y Montealegre. Ob Cit. pág 295.

Se afectaría igualmente la legalidad de la indagatoria cuando se limitase el derecho que tiene el sindicado de dejar todas las constancias y citas que considere pertinentes, o cuando se omitiere interrogarlo sobre la totalidad de los delitos que son motivo de investigación, o sobre la integridad de las circunstancias genéricas y específicas del hecho delictivo que se investiga, porque al no hacerse se le estaría privando de defenderse en relación con los hechos delictivos o con las circunstancias sobre las que no se lo interrogó.

De la misma manera se violaría el derecho a la defensa si no confrontan las citas que formule el indagado en esta diligencia, siempre y cuando que se trata de citas verificables en cuanto a su realidad y racionalidad y en cuanto se proporcionen todos los datos que sean necesarios para que ello pueda hacerse, y que sean trascendentes para la defensa del procesado.

Capítulo XII
DERECHOS DE LAS PERSONAS.

Para poder entender los derechos que asisten a las personas y que el Estado respalda en la mayor parte de sus acciones, es menester estudiar algunas definiciones jurídicas que se encuentran consagradas en la Ley.

DERECHO SUBJETIVO

(Facultas agendi, o facultad para actuar) hace referencia a la facultad humana de hacer, dentro de las normas establecidas, aquellas cosas que sirvan para realizar sus fines vitales o satisfacer sus necesidades. Es decir, el conjunto de facultades que tienen las personas respecto de sus semejantes o con relación a un objeto. Es un poder interno o subjetivo para actuar y hacer cumplir los propios derechos.

Desde otro punto de vista, puede ser planteada como la facultad moral inviolable de una persona, de hacer, no hacer, tener o exigir algo. Es decir, la facultad de obrar dentro de la norma, para poder hacer todo aquello que no se encuentre expresamente prohibido en los mandatos legales, conocidos también como el plejo jurídico.

¿Que implica cada parte de esta definición?

Facultad es la capacidad de hacer algo. Deriva de facere, o hacer. Facultad de caminar, de pensar, de amar, etc).

Moral es un término referente a las costumbres permitidas por el derecho Inviolable quiere decir que, si algo es permitido, no me lo pueden impedir hacer es la acción de llevar a cabo eso que está permitido no hacer es no llevar a efectos lo que no está mandado Exigir es reclamar un derecho que se encuentra en manos de otro

En resumen, se ejerce el derecho subjetivo siempre y cuando esté consagrado en la norma o derecho objetivo. El derecho subjetivo es el ejercicio del derecho objetivo. Si la norma no consagra un derecho, no puede ejercerlo aquel que lo pretende. Por ejemplo, los islámicos consagran la tetrarquía, o posibilidad de tener cuatro mujeres en la medida en que el individuo las pueda mantener.

¿Cuáles son los elementos del derecho subjetivo? En primer lugar el SUJETO ACTIVO, que es el dueño del derecho. Asimismo, el SUJETO PASIVO, o sea el grupo de personas que debe respetar el derecho. Los dos giran alrededor de un OBJETO, que es aquello sobre lo cual recae el derecho. Por último un TITULO, que es un término que hace referencia a lo que hace acreedor al derecho, es decir, la razón en que se funda

Ejemplo, el derecho a la vida. El sujeto activo es toda persona natural o con el potencial para serlo, como en el caso del embrión humano y del feto que se encuentran aún en el vientre materno (en este caso, ese embrión o ese feto no tienen la denominación de persona, el cual es un término que invoca a quien posee vida propia y, por lo tanto, puede ser sujeto de derechos y obligaciones cuando ya tiene uso de razón y se considera capaz de ejercer sus propios derechos). El sujeto o sujetos pasivos son el resto de la humanidad (en latín se denomina erga omnes). El objeto es conservar y defender la vida. Y el título o razón, el derecho natural implícito en toda persona, por el solo hecho de ser persona, sea considerado por quienes hablan de un derecho natural (la propia naturaleza lo exige) o de una norma escrita que así lo ordena.

Cuando el sujeto pasivo es una persona o varias personas determinadas, se llama Derecho PERSONAL, derecho de CRÉDITO. Es decir, que se le puede exigir a una persona determinada.

Los DERECHOS REALES son aquellos que recaen directamente sobre una cosa (Cosa en latín es “res” o real; entonces, es lo que se refiere a las cosas. Diferente a lo que se deriva de Rex, que es lo que pertenece al rey que también se llama real en castellano). El sujeto pasivo es toda la humanidad.

CARACTERÍSTICAS O PROPIEDADES DEL DERECHO SUBJETIVO

1-INVIOLABILIDAD. Violar deriva de vis (fuerza). Cuando alguien utiliza la fuerza contra alguien, se dice que está violando el derecho. El derecho es inviolable, pues si los demás tuvieran derecho a transgredirlo, no existiría una regulación o ley protegida por el mismo Estado.

2-BILATERALIDAD. Se refiere a que, al derecho de una persona corresponde un deber de otra u otras. Es decir, el derecho de alguien debe ser respetado por otros.

3-COACTIVIDAD. Quien tiene un derecho puede defenderlo, aún por la fuerza. De lo contrario, ese derecho sería vulnerable y la existencia de las leyes no tendría fuerza. Lógicamente los derechos de alguien tienen limitaciones. Por ejemplo, el derecho a la vida, como en el caso de una agresión injusta, de una guerra defensiva justa o de la pena de muerte en el caso de los países que la consagran en sus normas, por lo cual se considera justa en lo que a esos estados se refiere.

En el caso de la defensa personal, para matar a un agresor injusto, se necesitan varios elementos: que la agresión sea actual, es decir, inmediata; que ella sea injusta, o no amparada por el derecho; que no exista otro medio de proteger los bienes que sean parte del patrimonio de quien es agredido y que la defensa sea proporcional a la agresión.

No debe confundirse el término coactividad con coacción. Coactividad es el empleo del derecho (obligatoriedad de las personas para respetarlo y ejercerlo. Coacción es el uso de la fuerza para obtener algo. Pero es apenas lógico que el derecho es coactivo (obligatorio) y que, en caso de no ser respetado por alguien, el Estado puede ejercer coacción para hacerlo efectivo.

4-LIMITACION. El derecho de una persona llega hasta donde empieza el derecho de la otra. Ejemplo, una persona puede hablar, pero uno de los límites es el uso de las palabras para ofender (tipificados en el código penal como delitos de calumnia e inuria).

5-SUBORDINACION. Cuando se enfrentan dos derechos, alguno de ellos prevalece sobre el otro. Por ejemplo, los derechos de los niños priman sobre el resto de los derechos.

Repasados los anteriores elementos, los derechos de las personas hacen mención a los que goza la persona humana. Se denominan también derechos individuales,

públicos, derechos del hombre y del ciudadano y derechos públicos subjetivos. Los más importantes son los relacionados con la personalidad e incluyen los derechos a la vida, la integridad física, la intimidad, la libertad y la identidad personal entre un número enorme de otros derechos. Entonces, el derecho subjetivo es la facultad o poder concedido a una persona por las normas jurídicas, para exigir de las demás una determinada conducta en relación con la suya.

Los derechos subjetivos pueden ser divididos de varias maneras. Una de ellas los considera en dos aspectos:

• Absolutos. Son aquellos derechos que constitucional y legalmente se pueden hacer valer frente a todas las personas. Ej: Derechos políticos, civiles, etc. A partir de su consagración en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, y a partir de la ideología del denominado estado gendarme o estado policía, que solo implicaba la protección de los derechos individuales, el concepto ha ido evolucionando de tal manera que, hoy en día, la protección de los derechos y su efectividad conlleva la posibilidad de que el ciudadano los exija frente al Estado, siempre y cuando no se opongan al bienestar colectivo. De otra parte, al Estado no solo le compete (Esto es fundamental) garantizar que no se vulneren los derechos subjetivos absolutos, sino además procurar su efectividad bajo la concepción del Estado social de Derecho.

• Relativos: Son aquellos derechos que solo se pueden hacer valer frente a determinada persona, como los derechos personales o crediticios, como en el caso de exigir la devolución de un dinero que se ha prestado.

Desde otro punto de vista, pueden considerarse, teniendo en cuenta los requisitos exigidos para su reforma, como:

• Derechos que poseen una protección superior (plus), es decir, derechos fundamentales (priman sobre cualquier otro derecho), como el derecho a la vida, trabajo, libertad, etc. Es decir los que van del artículo 11 al artículo 41 de la Constitución de 1991. Quiere esto decir que, si se desea llevar a cabo una reforma sobre estas materias se deberá someter a referendo y no a una reforma por otros medios.

• Derechos que se pueden reformar por un procedimiento ordinario consagrado en la misma Carta Política o Constitución Nacional. Son aquellos que se encuentran entre los artículos 42 a 82 de la misma

De acuerdo con los mecanismos consagrados para su protección, pueden subdividirse en:

• Derechos fundamentales o sustanciales, los cuales son inherentes a la persona. Son naturales, es decir, que así no existieran gobiernos ni leyes, deben ser respetados para la supervivencia de la raza humana. Ellos son imprescriptibles (no pierden su efectividad por el simple paso del tiempo) e inalienables (no se pueden ceder, transferir o enajenar), por ejemplo, los derechos a la vida, a la libertad, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, al debido proceso, etc. La consagración constitucional de esos derechos fundamentales o sustanciales no es taxativa (específicamente señalada) en nuestra Carta Política. Por ejemplo, el articulo 44, que se refiere a los derechos de los niños, debería estar en el grupo de Derechos Fundamentales. Sin embargo, el artículo 94 dice que: "La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos." Los criterios principales para considerar un derecho como fundamental son dos: La persona humana y su reconocimiento expreso. Corresponde a los jueces determinar cuáles son los derechos fundamentales, pues no todos están taxativamente descritos en la Constitución. La más importante acción para protegerlos es la Acción de Tutela

• Derechos no fundamentales (colectivos o derechos sociales). Son los que tienen que ver con la comunidad, es decir, aquellos que el ciudadano le exige al Estado y que este debe procurarlos para su efectividad y protegerlos, no tanto como individuo, sino como miembro de una colectividad. En otras palabras, los derechos no fundamentales son los derechos NO individuales. Son los derechos sociales, económicos y culturales. Pueden ser protegidos por otras acciones legales.

Analizados desde otro lado, cuando se mira la historia de la humanidad, los derechos pueden ser agrupados de acuerdo con su generación en:

PRIMERA GENERACIÓN (Libertad)

Son los Derechos Individuales consagrados en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Han sido llamados libertades públicas.

Ejemplos: Libertad, Propiedad, Seguridad, obediencia a la Ley, debido proceso, presunción de inocencia, libertad de conciencia, libertad de expresión, petición de cuentas a los funcionarios, propiedad, etc.

En las CN de 1886 comienzan a vislumbrarse elementos del Estado Social de Derecho: El interés general vence al particular.

CN de 1991: Capítulo I Titulo I

SEGUNDA GENERACIÓN (Igualdad)

Acto Legislativo N 1 de 1936: Se consagra el Estado Social de Derecho. Se consagran allí los derechos de segunda generación. Son de carácter social y económico: Seguridad social, educación, cultura, etc.

Nacieron con las revoluciones socialistas. Aunque estos fueron consagrados en la CN Mexicana de 1917, la de Weimar de 1919 y la española de 1927 y en Colombia en 1936, se tiene que la fundación universal de los derechos de Segunda generación tuvo lugar con la declaración universal de los Derechos Humanos del 10 de Diciembre de 1948

CN de 1991: Capítulo II del Título II

TERCERA GENERACIÓN (Solidaridad)

En la medida en que la sociedad se va haciendo más compleja aparecen los derechos de Tercera generación, que se llaman derechos Colectivos de la Humanidad. Ej: Derecho a la Paz, al Medio Ambiente, Espacio Público

Comienzan a consagrarse a partir de 1970 en las constituciones.
CN de 1991: Capítulo III del Título II Art 78 al 92

4- DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SU EFECTIVIDAD

A- FORMALES

Son los que están formalmente consagrados en la CN y las leyes

B- REALES

Debe hacerse referencia a la clasificación de Lowenstein y Jean Bodino y Ferdinando Lasalle sobre el pseudoconstitucionalismo

Son aquellos que se garantizan efectivamente en un Estado. Los gozan las personas porque existen condiciones que los hacen posibles.

Es decir, no solo están consagrados en la CN y la Ley, sino que el Estado garantiza que no ocurra una vulneración de los mismos en la vida real

5-DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SU ORIGEN

A-DERECHOS SUBJETIVOS CONSTITUCIONALES

B- DERECHOS SUBJETIVOS LEGALES

C- DERECHOS SUBJETIVOS CONSAGRADOS EN CONVENCIONES INTERNACIONALES

D-DERECHOS SUBJETIVOS CONTRACTUALES

6-DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SI SE EXIGE O NO UN DESARROLLO LEGAL PARA SU APLICACIÓN

A-DERECHOS DE APLICACIÓN INMEDIATA

Son los expresamente consagrados en el artículo 85 de la CN (11 al 40)

B- DERECHOS SUBORDINADOS AL DESARROLLO LEGAL

Son los Derechos sociales, económicos y colectivos.

7-DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LOS REQUISITOS EXIGIDOS PARA SU EJERCICIO

A- POLÍTICOS

En ellos se encuentra implícita la Soberanía. No solamente se ejercen en el ámbito electoral. Va más allá: Ejercicio de cargos públicos, participación en mecanismos de participación ciudadana.

Son solo para los nacionales que posean la calidad de ciudadanos. Por excepción y de manera restringida, pueden ser concedidos a los extranjeros: Art 100 de la CN. A estos solo se les permite participar en los procesos electorales a nivel municipal como electores. Pero en lo que hace a Plebiscito, este se contempla a nivel nacional. Por lo tanto el extranjero no puede participar en un plebiscito.

B- PÚBLICOS

Son prácticamente las mismas garantías constitucionales para la protección de los derechos subjetivos para todos los nacionales del Estado Colombiano. Incluyen el derecho al reconocimiento de la personalidad, el de ingresar al territorio y el derecho a las libertades públicas.

En cuanto a los extranjeros, excepto por los derechos políticos, se les garantiza con restricciones, en particular en materia de la libertad de prensa. Respecto a esta se les prohíbe a los extranjeros ser directores de medios de comunicación, de periódicos, de noticieros, etc.

C- CIVILES O PRIVADOS

Emanan de la naturaleza misma de la persona.

Derecho a adquirir bienes, a contraer matrimonio, al comercio, etc. Se les garantiza a los nacionales y a los extranjeros. Pero de acuerdo con el artículo 100 de la CN pueden ser limitados por el Estado

LOS EXTRANJEROS EN COLOMBIA

Constitución 1991: art 100. los extranjeros. disfrutan en Colombia de los mismos derechos civiles. la ley puede limitarlos. tienen las mismas garantías salvo la constitución y las leyes. no tienen derechos políticos, pero pueden votar los residentes en las elecciones municipales y distritales.

DERECHOS Y LIMITACIONES DE LOS EXTRANJEROS EN COLOMBIA:

1-No pueden desempeñar empleos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción art. 241
2-No pueden ser árbitros. art 8 dec 2279 cpm de 1989.
3-Pueden ser apoderados si tienen derecho de postulación art 40 cp.
4-Pueden ser testigos y guardadores art 213 cpc.
5-Pueden ser tutores o curadores si se encuentran domiciliados en Colombia art. 586 cc.
6-Pueden ejercer el derecho de asociación, pero no pueden ocupar cargos directivos dentro de sindicatos.
7-No puede ser director o gerente o propietario de periódicos que se ocupen de política nacional.

8-Los gobiernos ext. pueden adquirir locales destinados a sus dependencias diplomáticas y consulares con dos requisitos:

a. celebración de un contrato con el ministerio de relaciones exteriores determinando los lugares en donde sea permitido.
b. que Colombia goce del derecho de reciprocidad reconocido en las leyes del paìs de que se trata y asegurado por el correspondiente gobierno.

El extranjero puede ingresar en las siguientes condiciones

a. diplomático
b. oficial
c. de cortesía
d. ser temporal y residente
e. ordinaria.
f. de negocios.

Ley 43/1993 los colombianos por adopción que hubieren adquirido nacionalidad extranjera, podrán solicitar visa de residente como familiar de nacional colombiano para fijar domicilio en Colombia un año antes de solicitar la recuperación de la nacionalidad colombiana.

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS

Los mecanismos que protegen en nuestro medio los derechos de las personas son:

- Acción de inconstitucionalidad
- Acciones contencioso-administrativas
- Acciones penales y civiles
- Acción de Tutela
- Acciones populares

ACCIÓN DE TUTELA

Es la posibilidad de acudir a los jueces sin mayor formalidad para obtener, mediante procedimiento sumario, la protección directa e inmediata de un derecho fundamental frente a situaciones de hecho que amenazan con vulnerarlo. Es una acción subsidiaria, pues se utiliza solamente cuando no existen otros medios de defensa. Es también inmediata, pues no es un proceso sino un medio urgente que protege el derecho amenazado.

Sus titulares son las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, mayores o menores de edad, que se encuentren en el territorio nacional.

No procede la acción en los siguientes casos:

- Cuando existe otros medios de defensa judicial
- En casos de Habeas Corpus
- Cuando se pretenda defender derechos colectivos
- Cuando el daño está consumado, a no ser que la violación continúe
- En actos impersonales y abstractos

En casos de tutelas contra particulares, esta procede en los siguientes casos:

- Servicio público de educación
- Servicio Público de Salud
- Servicios públicos domiciliarios
- Cuando el solicitante esté en situación de indefensión o subordinación
- Violación el artículo 17 de la CN: Esclavitud, servidumbre y trata de seres humanos
- Habeas data
- Rectificación de informaciones erróneas
- Ejercicio de funciones públicas
- Tutela de la vida

Todo juez de la República es competente para conocer de tutela
No es necesario que se indique la norma violada en la solicitud
Puede ejercerse verbalmente
Tiene trámite preferencial
Puede tutelarse el derecho fundamental prescindiendo de averiguaciones en casos de grave violación del mismo.
Deberá proferirse el fallo dentro de los siguientes diez días a partir de la solicitud

Los recursos contra el fallo de tutela son:

- Impugnación. Dentro de los siguientes tres días a la notificación del fallo, sin perjuicio de su cumplimiento. El juez de Segunda Instancia deberá proferir fallo en los siguientes veinte días de recibido el expediente.

- Revisión. Por parte de la CCC

Algunas características de la Acción de Tutela son:

• Es una acción privada interpuesta por la persona amenazada en sus derechos fundamentales, bien sea por sí misma o por representante.
• Es imprescriptible (se puede ejercer todo el tiempo)
• La sentencia tiene efecto inter partes
• El fallo es de inmediato cumplimiento

ACCIONES POPULARES

Son la que se conceden a todas las personas para efectos de proteger derechos e intereses colectivos.

Son titulares de las acciones populares:

• Todas las personas mencionadas en la tutela
• Procurador
• Defensor del Pueblo

Derechos que amparan las acciones populares

• Patrimonio público
• Espacio público
• Seguridad pública
• Salubridad pública
• Moral administrativa
• Ambiente
• Libre competencia económica

Proceden contra toda acción u omisión de autoridades públicas o de particulares cuando se vulneren o amenacen vulnerarse derechos colectivos.

No se señala cuáles son los funcionarios competentes en general, ni tampoco su procedimiento general.

ACCIONES DE GRUPO

Nacen de los daños ocasionados a un grupo plural de personas, sea que vulneren derechos individuales o colectivos, sin perjuicio del ejercicio de la acción popular por parte de cualquiera de los miembros de ese grupo.

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

Toda persona puede acudir ante las autoridades judiciales para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo Cualquier persona puede ejercerla, pero su efectividad está ligada a factores económicos del Estado.

DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS

JACOBO PEREZ clasifica los derechos de las personas en trece grupos:

- **DERECHO A LA VIDA**
- **DERECHO A LA IGUALDAD**
- **DERECHO A LA LIBERTAD**
- **DERECHO A LA SEGURIDAD**
- **DERECHO DE LA FAMILIA**
- **DERECHO A LA EDUCACIÓN**
- **DERECHO A LA CULTURA**
- **DERECHO AL TRABAJO**
- **DERECHO A LA SALUD**
- **DERECHO A VIVIENDA DIGNA**
- **DERECHO A LA RECREACIÓN**
- **DERECHO A LA PROPIEDAD**
- **DERECHO DE PETICIÓN**
- **DERECHOS COLECTIVOS**

CAPÍTULO XIII
LA CULPA EN MEDICINA

I- INTRODUCCIÓN

Para que exista responsabilidad jurídica civil se requiere de tres elementos: Daño, Culpa y Nexo causal entre ellos.[1]

El hecho dañoso consiste en la modificación de una situación previa con menoscabo de un bien jurídicamente protegido, que causa una lesión patrimonial o moral. Cuando nos referimos al daño en materia penal, hablamos de delito, el cual, debió haberse generado por dolo, culpa o preterintención. En tratándose del ámbito civil, hablamos de responsabilidad civil y consecuente indemnización de perjuicios, debiendo ser el hecho generador del daño cometido con culpa.

De manera simple podemos decir que la culpa se puede definir como una infracción u omisión a una obligación adquirida. Al respecto, la Honorable Corte Suprema de Justicia ha dicho:

"... Hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos o cuando a pesar de haberlos previsto confió imprudentemente en poderlos evitar... De los expuestos se deduce que la capacidad de prever no se relaciona de los conocimientos individuales de cada persona sino con los conocimientos que son exigidos en el estado actual de la civilización para desempeñar determinados oficios o profesiones..."[2]

1 - El daño es la lesión que se actualiza en el patrimonio o en la persona misma. La culpa es transgresión al deber de cuidado. Nexo causal es el enlace necesario entre los dos para poder endilgar responsabilidad civil.
2 - Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Junio 2 de 1958.

Como los contratos celebrados entre medico y paciente son la expresión fiel de la voluntad de las partes, el incumplimiento de lo querido y lo acordado genera responsabilidad contractual, si hay culpa.

Esta responsabilidad por incumplimiento si se contrato un resultado, genera una de dos obligaciones a cargo del medico: La de cumplir lo acordado o la de indemnizar al paciente. Si no se ejecuta el contrato, se indemnizaran los daños y perjuicios causados

Si no se contrató un resultado, es decir, en los casos en que el contrato genere únicamente obligaciones de medio, su incumplimiento culpable produce en contra del medico responsabilidad que lo condena al pago de los perjuicios.

Respecto del dolo, el articulo 63 del CC lo define como:

"...la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro..."

En otras palabras, es cualquier pretensión de alcanzar un resultado contrario al derecho, caracterizado por la conciencia de quebrantar una obligación o de vulnerar un interés jurídico ajeno. De acuerdo a esto, el dolo conlleva una intención maliciosa, en tanto que la culpa se configura sobre bases completamente diferentes (Falta de diligencia, imprevisión, negligencia e imprudencia)

La responsabilidad civil contempla dos aspectos: contractual y extracontractual.

La responsabilidad contractual surge del incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato o del cumplimiento imperfecto de estas, generando así una responsabilidad objetiva en el incumplido.[3 4]

En el evento en que la obligación derive de un contrato, el hecho de probar el incumplimiento de éste por parte del médico no necesariamente hará surgir en su contra la obligación de reparar, particularmente si la obligación se ha contratado como de medio y no de resultado y el médico se ha atenido al ejercicio dentro de las normas de la Lex Artis[5].

La responsabilidad extracontractual, aparece cuando se produce un hecho que causa daño a otro, el cual debe haber sido cometido con culpa y debe igualmente existir una relación íntima entre el hecho y el daño, la cual llamamos nexo causal[6].

En este tipo de responsabilidad las obligaciones surgidas por fuera de los límites de un contrato de prestación de servicios, el médico deberá indemnizar si el demandante prueba que ha incurrido en culpa, de cualquier entidad que esta sea.

Algunos tratadistas hacen una separación especifica entre el acto medico, el acto paramédico y el acto extramédico. [7] [8]

II- EL PRINCIPIO DE CONFIANZA SOCIAL AL MÉDICO

El principio de confianza es conferirle al médico un voto de apoyo a su acción profesional, siempre y cuando obre dentro de los limites de prudencia, diligencia, pericia y la ausencia de creación de riesgos no permitidos (imputación objetiva).

Una profesión consiste en la práctica de una determinada actividad que sirve a los demás y que se escoge por voluntad propia siguiendo una vocación, con el objeto de realizarse como persona a través de un trabajo. La profesión médica puede definirse como el arte de conservar y restaurar la salud para hacer la vida más fácil y segura a

---

6 - Guzmán F. Obligaciones de medio y resultado en medicina. Carta Quirúrgica 2002; No. 29 Pág 7

7 - Así las cosas, la obligación médico – hospitalaria tiene origen en diversos actos relacionados con el servicio de atención en salud, según los lineamientos del profesor José Manuel Fernández Hierro, citado por el tratadista Alberto Bueres, en los siguientes términos:

"(...) Savatier hablaba de actos médicos y de actos hospitalarios (que se correspondían, respectivamente, con los que en el párrafo anterior identificamos como médicos y paramédicos). Sin embargo, en los últimos años, Fernández Hierro ha ensayado una clasificación que parece más completa. De tal suerte, se distinguen estos supuestos:

"1. Actos puramente médicos.- que son los de profesión realizados por el facultativo;

"2.- Actos paramédicos.- que vienen a ser las acciones preparatorias del acto médico y las posteriores a éste; por lo común, son llevadas a cabo por personal auxiliar para ejecutar órdenes del propio médico y para controlar al paciente (por ejemplo suministrar suero, inyectar calmantes o antibióticos –o proporcionarlos por vía oral–, controlar la tensión arterial, etcétera). También en esta categoría queda emplazada la obligación de seguridad que va referida al suministro de medicamentos en óptimas condiciones y el buen estado en que deben encontrarse los instrumentos y aparatos médicos;

"3. Actos extramédicos.- están constituidos por los servicios de hostelería (alojamiento, manutención, etcétera), y por los que obedecen al cumplimiento del deber de seguridad de preservar la integridad física de los pacientes."

"De todas formas, es bueno aclarar que la zona límite entre un acto médico y un acto paramédico constituye una quaestio facti, de donde la clasificación mencionada es de cierto modo elástica e indefinida. La palabra para es un prefijo que significa "junto a", "al lado de" o "a un lado de", vale decir que lo paramédico concerniría a los servicios que se prestan junto a los médicos o al lado (o a un lado) de ellos. La latitud de la expresión paramédico podría depender en ciertos casos no sólo de los hechos sino también de las interpretaciones.

"Comoquiera que sea, nos parece que la clasificación tripartita de Fernández Hierro, más allá de cualquier dificultad –que, por lo demás, siempre va a presentar toda división de especies– es completa y entonces merece ser aceptada."

8 - BUERES, Alberto J. "Responsabilidad de los Médicos", Ed. Hammurabi, Tomo I, pág. 424 y 425.

la comunidad. Sus pilares son dos: oficio-arte y tecnología-ciencia. La medicina es el brazo de la civilización en su lucha contra la enfermedad.

Sin embargo, el ejercicio de la medicina puede lesionar bienes jurídicos individuales protegidos por la ley. La práctica quirúrgica en particular puede llevar al empeoramiento de las condiciones de salud de un enfermo y a su ulterior deceso, los cuales son justificables solamente a la luz del ejercicio por parte de profesionales idóneos que actúen dentro de normas universalmente establecidas y que procedan con la debida diligencia en el cuidado de los pacientes[9].

Por eso no es de aceptación que un médico general que ha tomado algunos cursitos, diplomados, seminarios y otros, que lo hagan sentir "respaldado" en el ejercicio de lo que no sabe realmente, actúe en reemplazo de un verdadero especialista, quien ha invertido muchísimos años de estudios serios, supervisados y calificados[10].

III- EL DEBER DE CUIDADO EN MEDICINA[11]

A través de toda la historia social, se ha juzgado la actuación de las personas, cuando se produce un daño no intencional, estableciendo comparación con un acto similar, en circunstancias similares, pero que normalmente no produzca ninguna lesión en las personas

Antiguamente se decía que el modelo de conducta era la que hubiera tenido un pater familiae en condiciones y entorno similar.

Este patrón de conducta ha cambiado en la época actual. Hoy en día se evalúa el hecho dañoso, comparándolo con una acción similar que hubiera llevado a cabo una persona de condiciones equivalentes, tanto fácticas como conductuales, es decir, por lo que se denomina "par"

Todos tenemos en la sociedad un deber de cuidado. En el ámbito externo el derecho se encarga de señalar las pautas dentro de las que los asociados pueden moverse libremente, señalando como limite el derecho del otro. Esa conducta externa debe ser observada racionalmente y así el derecho castiga el error que produce daño. La ignorancia, en cambio, cuando no ha podido ser vencida por el sujeto que causa la agresión, es excusada.

---

9 - Como puede inferirse, no basta con exhibir un título genérico de idoneidad, cuando las circunstancias habrían ameritado y permitido que el paciente fuera puesto en manos de un especialista.

10 - Jamás será igual un médico general adiestrado en el empirismo de un ejercicio no calificado a un verdadero especialista en Cirugía Plástica, Estética y Reconstructiva, por ejemplo

11 - Tribunal Nacional de Ética Medica. Providencia 99-2014-Magistrado ponente: Fernando Guzmán Mora

El deber de cuidado interno hace referencia a la conciencia de las propias limitaciones y capacidades antes de emprender un acto médico[12].

Ha cambiado en nuestro medio el significado de lo que es excepción para convertirse en regla general. En las páginas de los periódicos, haciendo gala de la libertad de expresión, se anuncia toda una caterva de charlatanes que ofrecen curas milagrosas y tratamientos infalibles para los males que la ciencia considera hasta hoy como incurables. Son 'especialistas' en hacer milagros y prometen lograr lo que la medicina no ha podido en siglos de trabajo serio; engañan así a los incautos, los enredan en una maraña de términos incomprensibles y luego los despojan de sus recursos económicos.

No es cuestión de descalificar ninguna forma de saber. No se niega la posibilidad de otro conocimiento. No se discute la existencia o efectividad ocasional de diversas formas de sanar. Se defiende el derecho del enfermo de no ser abusado; se predica la necesidad de una ética afincada en el supremo valor de la honestidad médico-científica, para no vender milagros, para no garantizar resultados, para no decir con el fin de conseguir, mientras interiormente se sabe que ese decir es falso e improbable.

Por lo tanto, el primer paso en la aceptación de las limitaciones es no irrumpir en campos en los cuales la experiencia no se posee o se ha adquirido sin la norma universitaria de la denominada 'escuela'[13].

IV- DEFINICIÓN DE CULPA

La base de la responsabilidad en medicina es la culpa, la cual se define desde un punto de vista general como el resultado de una conducta no acorde con la norma jurídica y que por lo tanto es susceptible de reproche por parte de la sociedad.

En otras palabras, se trata de un error de conducta, a causa del cual se produce un daño patrimonial a otra persona. En el caso de la culpa civil medica, el análisis del error se ubica en la actuación del medico en si misma y no en el resultado concreto de

---

12 - Este punto es de suma importancia en nuestro país: De acuerdo con la ley, el solo hecho de poseer la licencia para ejercer medicina acredita, en teoría, para efectuar actos médicos de cualquier tipo en cualquier paciente, lo que, dadas las circunstancias actuales del conocimiento, es absurdo. Esto ha constituido una especie de coraza para que médicos sin experiencia aceptable y sin escuela de ninguna clase, se aventuren en procedimientos que deben ser parte de un entrenamiento formal en hospitales autorizados y con profesores calificados.

13 - Por eso, la denominación de "médico estético", por ejemplo, es sospechosa cuando no se refiere a un cirujano plástico de escuela. Y quien se ampara en el escudo de "el titulo de médico me da autoridad para ejercer cualquier rama de la medicina" se encuentra profundamente equivocado, pues desconoce la verdadera experiencia de la escuela científica profesional, los dictados de la Lex Artis Ad Hoc y la inteligencia misma de los jueces, a quienes tratan de engañar con sus falsos argumentos.

la misma. Como se verá, el contrato de servicios médicos compromete una obligación de medios y no de resultados en la mayor parte de los actos profesionales[14].

La prueba de culpa en el profesional es uno de los aspectos mas importantes en la determinación de esta responsabilidad, cuyo concepto general definimos inicialmente.

La culpa se puede definir como una infracción u omisión a una obligación adquirida. El nexo causal es la relación directa entre el hecho dañoso y la culpa[15].

La doctrina jurídica dice: "...Hay culpa cuando el agente no previo los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poderlos evitar...De los expuesto se deduce que la capacidad de prever no se relaciona con los conocimientos individuales de cada persona, sino con los conocimientos que son exigidos en el estado actual de la civilización para desempeñar determinados oficios o profesiones..."[16]

Cuando se obra con falta de cuidado y no se prevé lo que puede suceder, es decir, se actúa con negligencia, imprudencia e impericia. Es toda conducta humana que viola una norma de derecho o un deber jurídico. Según Mazeaud la culpa es un error de conducta que produce daño, en el que no hubiera incurrido una persona prudente y diligente.[17] [18]

A este respecto de gradación de la culpa, se ha clasificado en tres grupos (art 63 del CC):

"...La ley distingue tres especies de culpa y descuido:

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

---

14 - En Francia se considero que si se juzgaba el acto medico con los mismos parámetros con que se hacia para otras actividades, se corría el riesgo de coartar el ejercicio de una buena medicina, debido a la posición defensiva de los médicos que, presionados por la parte legal, no tomarían bajo su cuidado pacientes graves o de alto riesgo. Por lo tanto, solo se juzgaban aquellos casos en que se demostraba un error demasiado evidente.

15 - Guzmán F, Franco E, Rodríguez G. Responsabilidad civil médica. Algunas consideraciones sobre los aspectos probatorios. Rev Col Respons Médico Legal 1998; 4: 13-26

16 - Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Junio 2 de 1958

17 - Franco E, Guzmán F, La imprudencia como causal de inculpación en medicina. Memorando de Derecho Publico 1995; 4:23-36

18 - Guzmán F. , Franco E., Morales AR. Negligencia en Medicina. Acta Med Col 1996; 21:87-92.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado..."

Según el articulo 1604 del Código Civil, el deudor responde de culpa lata en los contratos que se celebren en beneficio del acreedor (deposito); de culpa leve en los que por su naturaleza son útiles a ambas partes (compraventa) y de culpa levísima en aquellas en que el deudor es el único beneficiario (comodato)[19].

Las causales de culpa pueden esquematizarse en la siguiente forma:

- Impericia
- Negligencia
- Imprudencia
- Falta de seguimiento de reglamentos o guías de manejo

V- IMPERICIA[20]

Hay impericia cuando faltan la capacidad, habilidad, experiencia y conocimiento de quien emprende un tratamiento, particularmente cuando estos no han sido certificadas por alguna institución reconocida legalmente.

En el aspecto de tratamientos invasivos, concretamente de tipo quirúrgico u operatorio, se deben tener en cuenta el riesgo de la intervención, el diagnostico preoperatorio, la técnica utilizada, el conocimiento de las variaciones anatómicas, la experiencia con variedades o anormalidades anatómicas y el manejo postoperatorio, entre muchos otros[21].

---

19 - CULPA Guzmán F, Franco E. Derecho Médico Colombiano. Tomo I. Responsabilidad Civil Médica. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín. 2004.
20 - BUSCAR REF FGM IMPERICIA
21 - Tribunal Nacional de Ética Medica. Providencia

Es necesario mencionar el concepto de error medico. Este puede evaluarse en dos aspectos: El que surge de simple ignorancia, en cuyo caso se deben examinar las condiciones que llevaron a su ocurrencia. Una de ellas es el denominado "Estado de necesidad", que obliga a intervenir a un paciente en estado de muerte inminente. (Ejemplo: El medico general en el área rural que debe intervenir el abdomen de un herido por arma de fuego en muy mal estado y que al ingresar a la cavidad abdominal pasa por alto alguna lesión de difícil diagnostico intraoperatorio).

La otra es la ignorancia atrevida (Como acontece en casos de otro medico general no calificado para intervenir cirugía ginecológica y que, movido por un afán puramente económico, se aventura en una operación que requiere de gran experiencia y en la que se produce una lesión en la paciente)[22].

VI- NEGLIGENCIA[23]

Se habla de negligencia cuando, a pesar del conocimiento de lo que debe hacerse, no se aplica y por lo tanto se produce un daño. Equivale a descuido u omisión. Aquí entran gran numero de posibilidades, entre las que se incluyen todos los registros defectuosos en las historias clínicas[24].

Se parte de la idea de que se comporta con negligencia quien viola un deber de atención. El articulo 2356 del CC señala:

"...por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta..."

En el caso de los médicos, la negligencia ha sido el medio para determinar la responsabilidad, generadora frecuente de culpa profesional[25]. La Corte Suprema de Justicia manifiesta a este respecto:

"...el medico 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 en la salud de aquellos incurre en una conducta ilícita que será calificada por el juez según su magnitud..."[26]

---

22 - Tribunal Nacional de Ética Medica Providencia 99-14. Magistrado Ponente Dr Fernando Guzmán Mora
23 - NEGLIGENCIA Guzmán F, Franco E. Derecho Médico Colombiano. Tomo I. Responsabilidad Civil Médica. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín. 2004.
24 - Caro M, Guzmán F, Franco E, Morales AR. Negligencia en medicina. En: Guzmán F, Franco E, Rosselli D. La Práctica de la Medicina y la Ley. Biblioteca Jurídica Diké.1 Edición. Medellín, 1996
25 - Tribunal Nacional de Ética Medica. Providencia 02-15. Magistrado Ponente: Dr Fernando Guzman Mora
26 - (Jurisprudencia y Doctrina. Legis. Tomo XVI. 184. P 322. Abril/87)

VII- IMPRUDENCIA[27]

La imprudencia consiste en una acción temeraria que se efectúa a pesar de haberse previsto el resultado adverso que ocasiona el daño en el enfermo. Esto equivale a efectuar un acto medico sin las debidas precauciones. Es la conducta opuesta a la que aconsejarían la experiencia y el buen sentido de un especialista en determinado aspecto de la medicina[28].

De acuerdo con algunos autores jurídicos, la culpa ocupa un lugar intermedio entre el dolo (intención de dañar) y el caso fortuito (inimputabilidad total).

Como se ve, hay dos conceptos implícitos en la culpa: imputabilidad y responsabilidad[29].

VIII- FALTA DE SEGUIMIENTO DE REGLAMENTOS

No debe hablarse de "protocolos médicos". Este término hace referencia a líneas de conducta rígidas, de las cuales no es posible apartarse so pena de ser un grave elemento en contra en caso de producirse un daño con la acción medica.

Se habla, en cambio, de "guías de manejo", es decir, de indicaciones que orientan una conducta en varios sentidos, porque la medicina es una ciencia que se encuentra gobernada por el azar. Y este elemento aleatorio hace que no obedezca a matemática lineal rígida e inamovible, sino a un tipo de matemática caótica a la cual solamente es posible acercarse a través de elementos estadísticos complejos.

Las guías de manejo son indicadores de ruta que guían las decisiones médicos de manera general. Pero ni pueden contemplar todas las situaciones posibles en el curso del tratamiento de una enfermedad, ni son camisas de fuerza para ordenar seguir de manera rígida una dirección diagnostica o terapéutica.

---

27 - Guzmán F, Franco E, Daza L, Caro M. La imprudencia como causal de inculpación médica. En: Guzmán F, Franco E, Rosselli D. La Práctica de la Medicina y la Ley. Biblioteca Jurídica Diké. 1 Edición. Medellín, 1996

28 - Guzmán F, Franco E, Daza L. La imprudencia como causal de inculpación en medicina. FEPASDE 1996; 2: 27-33

29 - El medico no se compromete a curar, sino a proceder de acuerdo con las reglas propias de su ciencia. Este tema lo ha examinado la Corte así: "...el medico debe actuar con prudencia, teniendo en cuenta los riesgos. Si ha procedido con la corrección que el caso requiere, el fracaso involuntario no se le puede imputar. Su obligación es disponer de los medios adecuados para la consecución del fin. Cuando no llega el resultado apetecido, no obstante el esfuerzo, la diligencia, el cuidado y la prudencia prestada, ninguna culpa le es imputable y ninguna responsabilidad puede exigírsele. La jurisprudencia colombiana se ha manifestado en contra del medico cuando este actúa con ligereza e ignorancia de las cosas que debe conocer..." (Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Sentencia 14-03-42)

IX- INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

No hay obligación sin causa. Nadie esta "ligado" civilmente a otra persona sino por una razón determinada (razones que en nuestro sistema jurídico se enumeran como: contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito y ley). Las personas que vivimos en esta sociedad somos libres y no tenemos mas obligaciones que las nacidas de esas fuentes.

La mayoría de las legislaciones admiten que la culpa no se presume. Nuestra ley es congruente en el sentido de obligar a responder solamente a quien haya causado daño y con la condición de que, quien demanda, pruebe la responsabilidad del demandado. Como única excepción a esta regla, como se ha mencionado, se consagra la presunción de culpa en contra de quien ejecuta una "actividad peligrosa".

Los fallos del Consejo de Estado de julio 30 y agosto 24 de 1992 trasladan la carga de la prueba al medico con el objeto de acreditar su desempeño profesional y por consiguiente la ausencia de culpa en su ejercicio técnico científico.

El Consejo de Estado, después de recordar que "Por norma general le corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda", gira en una forma intempestiva al invertir la carga de la prueba, trasladándole es onus probando al actor, encarnado en un representante del Estado

La carga de la prueba es diferente según el tipo de obligación que se haya adquirido.

"...En las obligaciones determinadas el exclusivo hecho de que no se haya logrado el resultado por las partes...permite presumir la culpa del deudor; corresponde a este, para liberarse, demostrar que un caso de fuerza mayor le ha impedido, aunque haya puesto por su parte la diligencia que debía, obtener el resultado querido. En las obligaciones generales de prudencia y diligencia, por el contrario, es sabido que el resultado anhelado por las partes permanece exterior a la obligación; el hecho de que no se haya obtenido no puede justificar, pues, una presunción de responsabilidad, y pertenece al acreedor demostrar que el deudor ha faltado a su obligación..."

Vallejo[30] quien considera que la carga de la prueba debe ser obligación del medico. Este mismo autor, al preguntarse sobre cual es la prueba del "pago" para un médico expresa:

---

30 - VALLEJO, Felipe. "La responsabilidad civil médica". En: Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, mayo - noviembre 1.993, p.62. (No 300 – 301)

"...demostrar que ejecuto la prestación a su cargo, esto es la serie de actos (llámenselos "medios", si se quiere) previstos por la ciencia y el arte médicos para el tratamiento del caso que el paciente le confió; que estudio la historia y particularidades del paciente; que en presencia de los síntomas consultados y percibidos y hecha la evaluación de su estado de salud, ordeno los exámenes previos a su intervención para precisar el diagnostico, si no acertado por lo menos consecuente en esas circunstancias, y determino la terapéutica correspondiente; que preparo al paciente con las drogas e indicaciones para la intervención quirúrgica; que se rodeo del personal auxiliar especializado y experimentado; que recluyo al enfermo oportunamente en un hospital; que disponía y utilizo los equipos adecuados; que practico las incisiones e hizo las operaciones requeridas y en la forma prevista por su técnica; que controlo los síntomas vitales del operado; que intervino al paciente en condiciones de asepsia; que dio las ordenes y las instrucciones apropiadas para el control post-operatorio; que explico al paciente o a su familia los efectos y las precauciones a ser tomadas durante este periodo; que mantuvo un control y vigilancia sobre el enfermo, su progreso, etc..."

El "invertir" la carga de la prueba y presumir la culpa del medico o de la institución asistencial, con el argumento de que al particular le resulta difícil probar la impericia, negligencia o imprudencia del facultativo, es asimilar la responsabilidad medica a la objetiva y dejar a los profesionales de la medicina en condiciones desventajosas .

Desafortunadamente, no existe una posición unánime y el desacuerdo existente entre jueces, incluso de la misma escuela, es notorio. Sin embargo, existe una fuerte tendencia a invertir la carga de la prueba, o al menos a distribuirla entre las partes en lo que se ha denominado "carga dinámica de la prueba"[31]

X- RESPONSABILIDADES ASOCIADAS

Cuando se demuestra una deficiente prestación por parte de los profesionales de la medicina, con participación de las entidades aseguradoras y hospitalarias, la responsabilidad es compartida, tal como lo expresa la jurisprudencia de nuestra más alta corte de casación ordinaria.

---

31 - Bermúdez, Martín. El futuro de la carga de la prueba en materia de responsabilidad, en: Revista Temas Jurídicos. N° 11, Colombia, 1997, Pág. 16.

"…En tratándose de la responsabilidad directa de las referidas instituciones, con ocasión del cumplimiento del acto médico en sentido estricto, es necesario puntualizar que ellas se verán comprometidas cuando lo ejecutan mediante sus órganos, dependientes, subordinados o, en general, mediando la intervención de médicos que, dada la naturaleza jurídica de la relación que los vincule, las comprometa. En ese orden de ideas, los centros clínicos u hospitalarios incurrirán en responsabilidad en tanto y cuanto se demuestre que los profesionales a ellos vinculados incurrieron en culpa en el diagnóstico, en el tratamiento o en la intervención quirúrgica del paciente. Por supuesto que, si bien el pacto de prestación del servicio médico puede generar diversas obligaciones a cargo del profesional que lo asume, y que atendiendo a la naturaleza de éstas dependerá, igualmente, su responsabilidad, no es menos cierto que, en tratándose de la ejecución del acto médico propiamente dicho, deberá indemnizar, en línea de principio y dejando a salvo algunas excepciones, los perjuicios que ocasione mediando culpa, en particular la llamada culpa profesional, o dolo, cuya carga probatoria asume el demandante, sin que sea admisible un principio general encaminado a establecer de manera absoluta una presunción de culpa de los facultativos…"[32]

Y en similar providencia:

"…No obstante, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que cuando se demanda a la persona jurídica –E.P.S, I.P.S– para el pago de los perjuicios causados con ocasión a un servicio médico, por el hecho culposo de sus subalternos, responde directamente por los actos de sus dependientes a la luz de los artículos 1738 o 2347 C.C. Lo anterior, no implica que en el ejercicio de la prestación del servicio médico, el profesional de la salud no responda por su no actuar con pericia, cuidado y diligencia, propios de la profesión…"[33]

XI- EXCULPACIÓN JURÍDICA

La culpa, probada o presunta, es elemento indispensable para que pueda reclamarse responsabilidad civil.

Pero, según el caso, la carga de la prueba (onus probandi) será distinta: En un contrato que contenga obligaciones de resultado, el incumplimiento genera "responsabilidad objetiva". Así, si el medico no obtiene el resultado prometido, deberá indemnizar.

32 - Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 22 de julio de 2010, exp. 41001 3103 004 - 2000 00042 01, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena

33 - Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia del 20 de abril de 1993 y reiterada en decisiones posteriores, entre ellas las emitidas el 30 de mayo de 1994 y 25 de marzo de 1999

El paciente que demande debe probar el perjuicio. La culpa del profesional de la medicina y la relación causal se dan por existentes.

En cambio, en las obligaciones contratadas como "de medio", el medico adquiere una "responsabilidad subjetiva" y responderá por los danos y perjuicios si el paciente le prueba, además de la culpa, el hecho dañoso y la relación causal. Es decir, la prueba de la falta de cuidado, diligencia o previsión esta a cargo del paciente. El médico se liberará a su vez, si en el proceso demuestra que actuó con la diligencia y cuidado debidos para el caso (Lex Artis ad-hoc).

En las obligaciones surgidas por fuera de los limites de un contrato de prestación de servicios médicos (responsabilidad extracontractual), el medico deberá indemnizar si el demandante prueba que ha incurrido en culpa.

En general corresponde al acusador probar que el profesional actuó en forma errónea e incurrió en alguna de las causales de culpa. Si se parte de esta base, el medico es inocente mientras no se demuestre lo contrario.

Las disposiciones especiales de las leyes son, tratándose de responsabilidad civil, las que contienen el mismo Código Civil y el Código de Procedimiento Civil que, al desarrollar el principio de "onus probandi incumbit actori", disponen:

"Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta" (C Civil Art. 1757)

Lo anterior quiere decir que, tratándose de un contrato del que han nacido obligaciones para las partes, la responsabilidad del medico por su inejecución defectuosa se genera si el paciente demandante prueba los tres elementos (Daño, culpa y relación de causalidad entre uno y otra)[34].

La excepción a la regla la constituye la prueba en las llamadas "actividades peligrosas", de las cuales vamos a ocuparnos mas adelante[35].

---

34 - Ante una demanda , es natural que el medico se oponga a las pretensiones de su paciente y quiera exonerarse; puede hacerlo mediante la prueba de la diligencia y cuidado o del caso fortuito (si esto es lo que alega). De todas formas, si el paciente no prueba la responsabilidad que endilga al demandado, este será absuelto, porque otro principio del derecho probatorio reza desde antiguo: "Actore non probante, reus absolvitur"

35 - El Consejo de Estado ha negado que el ejercicio de la actividad medica constituya una actividad peligrosa (Sala Contencioso Administrativa. Sección III. Agosto 24/92. Magistrado Dr. Carlos Betancurt).

A ese respecto debe precisarse que unas son las causales de exoneración de responsabilidad y otras son las causales de justificación del hecho. Que ambas eviten la responsabilidad del agente, es otra cosa.

Las primeras, es decir, las causales exonerativas, son: el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho de un tercero y la intervención de la víctima. Las segundas, o sea, las causales de justificación del hecho son: el estricto cumplimiento de un deber legal, el cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales, el legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público, la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión (legítima defensa), la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, no evitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar (estado de necesidad).

XII- FUERZA MAYOR

Es frecuente encontrar que los conceptos de fuerza mayor y causa extraña se utilizan como sinónimos, pero, la realidad es que la segunda es el género y la primera una especie de ésta.

Los elementos primarios para demostrar la inocencia del galeno incluyen la demostración de diligencia, pericia y prudencia. Pero, adicionalmente, el medico no será civilmente responsable si demuestra que el daño se ha presentado por otro grupo de causales de exculpación: fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa exclusiva del paciente. Lo anterior, siempre y cuando pruebe que empleo la diligencia o cuidado para hacer posible la ejecución de su obligación

Debe aclararse entonces, que solamente los elementos de la causa extraña adquieren relevancia cuando el demandado realmente ha cometido el daño, es decir, que para que tenga aplicación cualquiera de estos conceptos, es necesario haber establecido que el agente sí ocasionó el daño que se reclama, solo que, éste se produjo en presencia de uno cualquiera de los elementos exonerativos de responsabilidad.

La Fuerza mayor se entiende como un hecho sobreviviente que no había podido calcularse y que resulta imposible de evitar. Jurisprudencialmente se ha delimitado como el ocasionado por hechos de la naturaleza, es decir, tiene la condición de irresistibilidad.

XIII- CASO FORTUITO

Desde el punto de vista legal, solamente encontramos una definición de caso fortuito en el artículo 34 de la Ley 95 de 1890, el cual expresa:

"Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc".

Como puede observarse, la cita legal hace referencia a la fuerza mayor y al caso fortuito como conceptos sinónimos.

Caso se define como un suceso o acontecimiento, como un problema que se plantea, o aquella manifestación individual de determinados hechos o situaciones.

Fortuito es un vocablo que designa algo que sucede inopinada y casualmente.

Luego de diversos estudios y análisis de diferentes tratadistas, algunos aceptan que entre el caso fortuito y la fuerza mayor existe una diferencia consistente en que el tema de la fuerza mayor nos ubica en el campo de la irresistibilidad del hecho generador del daño y, cuando de caso fortuito se trata, el asunto mira hacia la imprevisibilidad del mismo. Así pues, hablamos de eventos irresistibles e imprevisibles, siendo cualquiera de estos exonerativo de responsabilidad, salvo en los casos de responsabilidad derivada del ejercicio de una actividad peligrosa, pues en estos, el caso fortuito no exonera, según ha dicho la Corte[36].

La referencia al caso fortuito implica una idea de algo causal o aleatoria que, unido a la acción de un sujeto (en este caso el médico) produce un daño. Sin embargo, como se menciona en otro capítulo de este libro, la normal previsión de las cosas en un médico bien calificado, no alcanza a cubrir la aparición de un azar que produzca un fracaso en el tratamiento.

---

36 - "...La fuerza mayor exonera siempre de responsabilidad, pero no sucede lo mismo con el caso fortuito, porque cuando el accidente ha podido o debido ser previsto por quien ejercita la actividad peligrosa, el caso fortuito que motiva el accidente, por lo mismo que era previsible, no causa exoneración de responsabilidad..." (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación. Noviembre 18 de 1.940)

XIV- HECHO EXCLUSIVO DE LA VICTIMA

Otro de los aspectos de exoneración de responsabilidad lo constituye el hecho de la víctima. Aquí se estudian los casos en los cuales interviene el propio ofendido para producir el resultado dañoso, ya sea causando el daño en su totalidad o agravando su situación.

Un ejemplo claro de esta causal lo constituye la conducta del paciente que no sigue las instrucciones del médico o que abandona por completo el tratamiento. Aquí se incluye el enfermo que acude a los servicios de otro médico combinando tratamientos de acuerdo a su propio criterio[37].

XV- HECHO DE UN TERCERO

Al igual que la causal estudiada anteriormente, el hecho de un tercero invocado como tema de exoneración de responsabilidad debe llenar ciertos requisitos para su viabilidad.

Aun cuando no existe unanimidad sobre las características propias de esta causal exonerativa, la gran mayoría de los autores coinciden en por lo menos las siguientes: causalidad entre el hecho y el daño (nexo causal) y, que sea un hecho ajeno al ofensor y a la víctima.

El primer requisito, la causalidad, consiste en que el hecho realizado por el tercero, debe ser concurrente con la producción del daño, ligándose a éste por una relación causal, al punto en que de no existir el hecho del tercero, el daño se hubiera producido, es decir, que de no mediar tal hecho no es posible invocarlo como causal exonerativa de responsabilidad.

En cuanto al segundo elemento, es evidente que el hecho del tercero no debe ser consecuencia de un acto anterior del agresor, pues de ser así, no habría lugar a interponer tal hecho como defensa, ya que el resultado obedeció a un estímulo cuyo origen fue el actor y por ello, solamente será éste último el directo responsable. El hecho a que se refiere esta causal exonerativa, debe tener plena independencia del obrar del demandado y de la víctima.

---

37 - En un hospital de Bogotá una auxiliar de enfermería del servicio de Cirugía Vascular Periférica recomendaba a los pacientes en postoperatorio inmediato de injertos protésicos en miembros inferiores, aplicar "sangre de drago" en la herida. Varios de ellos se infectaron severamente y uno falleció a consecuencia de la sepsis

XVI- OBLIGACIONES DE MEDIO Y DE RESULTADO

El análisis del tipo de actividad médica ha ocupado a nuestras cortes desde hace muchísimos años.

El Consejo de Estado, cuyas providencias en materia de responsabilidad médica han sido (por decir lo menos) erráticas, expresó lo siguiente:

"…Se sostiene que el ejercicio de las denominadas profesiones liberales comporta únicamente la asunción por el deudor de obligaciones de medio o de mera actividad, queriéndose significar con ello que el médico o, mas genéricamente, los profesionales de la salud solo están obligados a observar una conducta diligente, en virtud de la cual han de procurar la obtención de la curación, sin que el resultado- mejoría del paciente – haga parte del alcance débito prestacional.

Sin embargo, analizados integralmente la totalidad de la conducta médica, esto es, involucradas todas las fases o etapas que hacen parte del amplio programa prestacional, es evidente que la obligación de prestar asistencia médica configura una relación jurídica compleja.

Esa relación está compuesta por una pluralidad de deberes obligaciones; así lo destaca la doctrina al enunciar dentro de la pluralidad del contenido prestacional médico unos deberes principales y otros secundarios.

Respecto de los deberes principales están, por lo general, los de ejecución, de diligencia en la ejecución, de información y de guarda del secreto médico. Ya en el acto médico propiamente dicho, aparecen los denominados deberes secundarios de conducta como son atinentes a la elaboración del diagnostico, de información y de elaboración de la historia clínica, la práctica adecuada y cuidadosa de los correspondientes interrogatorios y la constancia escrita de los datos relevantes expresados por el paciente, la obtención de su identidad, si ello es posible, el no abandono del paciente o del tratamiento y su custodia hasta que sea dado de alta.

Estos deberes secundarios son, entre muchos, los que integran el contenido prestacional médico complejo…"[38]

---

38 - Consejo de Estado. Sentencia de Octubre 7 de 1999, exp. 12.655, Consejera Ponente María Elena Giraldo Gómez

XVII- LAS ACTIVIDADES PELIGROSAS

En las actividades peligrosas, el agente debe exonerarse de la presunción de culpa que milita en su contra: quien esgrime un arma blanca realiza una actividad que entraña peligro, en la misma forma en que lo hace quien conduce un vehículo. Por lo tanto se presume que tuvo la culpa del resultado producido y le corresponde desvirtuar esa culpa presunta, demostrando que el hecho dañoso ocurrió por culpa exclusiva de la victima, por fuerza mayor o por error de un tercero.

El ejercicio de la medicina no constituye una "actividad peligrosa". Si se parte de la base que la medicina es esencialmente una vocación y una profesión de servicio, el daño que se puede producir en el organismo del enfermo es consecuencia del objetivo mismo del acto medico: restablecer la salud del paciente, aliviar los efectos de la enfermedad, prevenir complicaciones de la misma, luchar contra la muerte o rehabilitar los efectos de las lesiones de cualquier tipo[39].

A lo largo de la historia la sociedad ha aceptado la existencia del médico y el ejercicio de su actividad como un beneficio. Los seres humanos no sabrían qué hacer si en la comunidad no contaran con el precioso recurso de la medicina. Las personas dedicadas a la profesión médica han sido siempre tratadas con especial consideración y aprecio, porque se reconoce en ellas su dedicación, su voluntad de servicio, su idoneidad y eficiencia. Y es esa aceptación social, debida en buena parte al altruismo y la responsabilidad inherentes a la práctica médica, la que la distingue de lo que, incluso para la sociedad, se denominan actividades peligrosas.

Efectivamente, mientras en la medicina el riesgo calculado es una forma normal y necesaria de desarrollar los principios más caros de solidaridad, bien común y ayuda al prójimo, en las actividades peligrosas el ejecutor mira generalmente sólo su propio beneficio

Cualquier tratamiento médico y quirúrgico es potencial causa de daño a la integridad del paciente. Ni la efectiva y humilde aspirina escapa a esta afirmación, pues ella puede producir la activación de una úlcera gástrica que lleve a hemorragia masiva, o puede ocasionar una reacción orgánica letal en algunos niños, que se conoce como el síndrome de Reyé. Su ingesta excesiva es la principal causa de intoxicación en niños, en quienes produce una severa acidosis metabólica.

---

39 - Guzmán F, Franco E, Morales MC. La medicina no es, jurídicamente, una actividad peligrosa. Rev Col de Responsabilidad Médicolegal. 1997; 3 (2): 35-43

Todo acto médico tiene un fundamento humano y científico. La medicina, como parte de las ciencias de la naturaleza y la sociedad se caracteriza por su racionalidad y su objetividad. Esta racionalidad está constituida por conceptos, juicios y raciocinios, y no solamente por sensaciones, imágenes o pautas estereotipadas de conducta; sus ideas son capaces de combinarse de acuerdo con algún conjunto de reglas lógicas, con el fin de producir nuevas ideas. Éstas, a su vez, no se amontonan caótica o cronológicamente, sino que se organizan en sistemas de ideas, esto es, en conjuntos ordenados de proposiciones (teorías)[40].

De acuerdo con Jackobs: "un comportamiento que genera un riesgo permitido se considera socialmente normal; por lo tanto, los comportamientos que crean un riesgo permitido no son comportamientos que hayan de ser justificados."

El Estado se encarga, entonces, de dar el espaldarazo a la decisión de la comunidad y acepta al médico como un integrante que, lejos de ser peligroso, es benéfico para la sociedad. Obviamente se regula su actividad y se le exige un nivel de competencia que el mismo Estado certifica (título universitario); pero una vez que el médico se encuentra ejerciendo legalmente, su actividad queda regulada en esencia por su criterio personal y profesional, pero actuando dentro de los parámetros de las normas de convivencia social: El deber de cuidado, el principio de confianza, la posición de garante y la no elevación del riesgo aceptado, y la observancia de la Lex Artis, entre otros[41].

El Consejo de Estado ha negado que el ejercicio de la actividad médica constituya una actividad peligrosa. "[...] si bien el ejercicio de la medicina en sí no puede calificarse como una actividad peligrosa, sí puede representar un gran riesgo para los pacientes por los imponderables que la rodean, por lo que significa para la integridad física y mental de las personas usuarias del servicio."[42]

Es decir, algunas de sus ejecutorias pueden constituir un peligro para médicos y pacientes. Los primeros, por el riesgo de contaminarse con enfermedades de cualquier tipo, y los segundos por las lesiones que pueden sufrir en el curso de un tratamiento. Como todo acto médico implica un riesgo, para que este riesgo no sea considerado una agresión, su finalidad debe ser de ayuda al organismo enfermo y debe basarse en ciertas normas: licitud, ejecución típica, seguimiento de normas científicas universalmente aceptadas y profesionalismo.

---

40 - Guzmán, Franco, E, Morales, MC, Mendoza, J. EL ACTO MEDICO: IMPLICACIONES ÉTICAS Y LEGALES. Foro Col 1994; 297:203-221

41 - Guzmán F, Franco E, Morales MC. El Riesgo en Medicina. En Guzmán F, Franco E, Rosselli D. La Práctica de la Medicina y la Ley. Biblioteca Jurídica Diké.l Edición. Medellín, 1996

42 - Sala Contencioso Administrativa. Sección III. Agosto 24/92. Magistrado Dr. Carlos Betancurt.

Pero debe enfatizarse en un elemento diferencial: Actividad peligrosa es un término jurídico que involucra una elevación del riesgo normal en una actividad lícita, cuya acción solamente beneficia al actor de la misma. Es decir, la elevación del riesgo se encuentra en los linderos de una actividad legalmente aceptada (como manejar un automóvil), que puede ocasionar daños a otra persona por efectos de dicha elevación. Y el que eleva el riesgo normal y, a consecuencia de ello produce un daño, debe responder por él e indemnizarlo[43].

Esto es diferente al riesgo inherente al ejercicio de una profesión dentro de los límites del riesgo previsto. Y la profesión médica tiene riesgos en ambos sentidos, pero NO es jurídicamente una actividad peligrosa.

Cosa diferente es la actuación impregnada de imprudencia, elemento integral de las causales de culpa en el acto médico.

Este aspecto de las actividades peligrosas y la sustracción de la medicina de este acápite, hay algunos aspectos adicionales a considerar.

Desde hace ochenta años se ha planteado que la actividad peligrosa se asocia casi de inmediato a una presunción de culpa[44].

En 1959, la Corte Suprema de Justicia volvió a encuadrar la actividad médica en el contexto de actividad peligrosa[45].

---

43 - Pronunciamiento de la Federación Medica Colombiana frente a la Sentencia SP8759-2016 (Radicación N° 41245. Aprobado acta N° 194, junio 29 de 2016.
La CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (SALA DE CASACIÓN PENAL), con ponencia del Magistrado JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO, emitió la Sentencia SP8759-2016 (Radicación N° 41245. Aprobado acta N° 194, junio 29 de 2016), donde condena al médico patólogo JOSÉ EDGAR DUQUE ECHEVERRI a las penas principales de 10,meses de prisión, multa equivalente al valor de 6,932 salarios mínimos legales mensuales vigentes, así como a las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal y privación del derecho a ejercer la profesión por término de 24 meses
44 - La teoría del riesgo, según la cual a quien lo crea se le tiene por responsable, mira principalmente ciertas actividades por los peligros que implican, inevitablemente anexos a ellas y mira a la dificultad, que suele llegar a imposibilidad, de levantar las respectivas probanzas los damnificados por hechos ocurridos en razón o con motivo o con ocasión del ejercicio de esas actividades. Un depósito de sustancias inflamables, una fábrica de explosivos, así como un ferrocarril o un automóvil, por ejemplo, llevan consigo o tiene de suyo extraordinaria peligrosidad de que generalmente los particulares no pueden escapar con su sola prudencia. De ahí que los daños de esa clase se presuman en esta teoría, causados por el agente respectivo, como sería en esos ejemplos el autista, el maquinista, la empresa ferroviaria, etc. Y de ahí también que tal agente o autor no se exonere de la indemnización, sea en parte en algunas ocasiones, sea en el todo otras veces, sino en cuanto demuestre caso fortuito, fuerza mayor o intervención de un elemento extraño.
45 - CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de octubre de 1959. Gaceta Judicial, Tomo XCI, pág. 758 y ss.

En Consejo de Estado, por aquel entonces y en ponencia de quien fuera años después Rector del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y primer Fiscal General de la Nación, Doctor Gustavo de Greiff Restrepo, se apartó en varios aspectos de este concepto [46].

Si se incluyera la medicina dentro del grupo de "actividades peligrosas", la esencia del ejercicio médico se acabaría por completo. Y, lo más grave, los galenos dejarían de tomar en sus manos el manejo y tratamiento de casos de alto riesgo médico y quirúrgico, por el riesgo de ser demandados y condenados con lo que se ha denominado "sevicia jurídica", como en caso reciente de condena por parte de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. [47] [48]

46 - CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 24 de octubre de 1990. Consejero Ponente: Dr. Gustavo de Greiff Restrepo. (Sentencia Número 5902). (...) el artículo 2356 en su primer inciso expresa: "Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta " (...). No surge de la norma, como lo pretende la jurisprudencia, una presunción de responsabilidad (ya se dijo que más tarde precisó que era de culpabilidad) porque sólo exige que el daño pueda imputarse. Que del hecho de la imputación del daño resulte una presunción de culpabilidad es una conclusión que no corresponde a la lógica, pues si uno se pregunta cuándo (según la misma norma), puede imputarse culpa al autor de un perjuicio, tendrá que contestarse, usando las palabras del mismo artículo que eso sólo será posible cuando se haya actuado con negligencia o con malicia (en cuyo caso habrá dolo). Y si se sigue con la lectura de la norma se observará que no todo el que ejercita la actividad peligrosa de disparar un arma de fuego y causar con ello un daño, no por ese solo hecho podría reputarse o presumiese que actuó culposamente porque la norma habla es de quien dispara "imprudentemente"

47 - Sentencia SP8759-2016 (Radicación N° 41245. Aprobado acta N° 194, junio 29 de 2016.

48 - Guzmán F. UNA SENTENCIA QUE TERMINA CON EL EJERCICIO MEDICO. (Propuesta de un Decálogo de Protección, como parte de una medicina defensiva). Enviado Rev Cirugía. Colombia. 2016

CAPÍTULO XIV
LAS PRUEBAS EN EL PROCESO ÉTICO DISCIPLINARIO

La prueba sirve para acusar y condenar y para absolver a las personas. Está presente en la vida del ser humano desde que nace y aún hasta después de su muerte. La prueba jurídica es el todo mientras que la prueba judicial es una de las especies del universo llamado prueba jurídica.

Las personas, las cosas, los bienes, las huellas, los rastros, los vestigios puede inferir el funcionario judicial la plena certeza o al menos un principio. El testimonio, la confesión, dictamen pericial, inspección judicial, el documento, juramento, indicio.

El tema de la prueba en cada proceso son los hechos que constituyen el requisito sine qua non para argumentar cualquier pretensión. Son el relato histórico de lo que ha ocurrido.

Diferentes medios de prueba aceptados en derecho por vía de enumeración el legislador colombiano ha nominado los siguientes:

1- La declaración de terceros (prueba testimonial).
2- Confesión
3- Inspección judicial o diligencia de reconocimiento
4- Documentos públicos o privados
5- Dictamen pericial
6- Indicios

PRINCIPIOS DEL DERECHO PROBATORIO

Permiten a cualquier administrador de justicia o abogado litigante sabiéndolos manejar el pleno éxito de sus actividades, porque son guías o directrices para manejar los medios de prueba:

PRINCIPIO DE LA NECESIDAD DE LA PRUEBA

Toda decisión judicial debe basarse, estructurarse en las pruebas allegadas oportunamente al proceso o solicitadas su práctica para que hagan parte del proceso.

PRINCIPIO DE LA UNIDAD DE LA PRUEBA

El Magistrado está en la obligación de analizar cada una de las pruebas, debe confrontar testimonio con testimonio, documento con documento y al final llegar a una conclusión, a una sentencia. A través de los medios de prueba se debe hacer una idea clara y real para conocer la verdad. Puede decretar pruebas de oficio.

PRINCIPIO DE LA EFICACIA JURÍDICA Y LEGAL DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

Se basa en el artículo 29 de la Constitución Nacional que establece el debido proceso, a través de la prueba legal que produce efecto jurídico. Si no es constitucional, la prueba es nula y por lo tanto inaplicable. Todo medio de prueba tiene eficacia constitucional (ART. 29 CN), si una ley es contraria a la Constitución Nacional se aplica la excepción de inconstitucionalidad. La prueba jurídica produce el efecto que la ley determina.

PRINCIPIO DE LA COMUNIDAD O DE LA ADQUISICIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

Las pruebas decretadas en un proceso ya hacen parte del proceso. Es decir todas las pruebas incorporadas, decretadas, valoradas, solicitadas hacen parte del proceso y no del que las aportó o solicitó.

Si las pruebas son tachadas de falsas en un documento, pueden solicitarse no tenerse en cuenta en el proceso, pero el funcionario debe compulsar copias para iniciar un proceso penal.

PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

Es la facultad que tienen las partes que intervienen en un proceso de controvertir cualquier medio de prueba. Si la prueba no ha sido controvertida, se llama prueba sumaria.

PRINCIPIO DE LA LIBERTAD EN LA SELECCIÓN DEL MEDIO DE PRUEBA

La escogencia del medio de prueba no es limitada, tiene que estar ceñida a la conducencia, pertinencia y utilidad del medio de prueba. Es un condicionamiento. Por ejemplo: No se puede probar el derecho de propiedad con un testimonio, necesariamente debe hacerse mediante escritura pública; en derecho penal y en derecho disciplinario, la confesión no sirve para probar el dicho del acusado, si no cumple con ciertos requisitos. Todas las partes del proceso pueden escoger su medio de prueba que le sea más útil, pero debe ser útil, pertinente y conducente.

1. Conducencia: Aptitud legal, jurídica y constitucional de un medio de prueba para llevar al funcionario judicial a la certeza y pleno conocimiento que el contrato, convención, hecho jurídico o negocio jurídico existe o no existe. Admite casación. Está ligado el principio de la eficacia.

2. Pertinencia: Cuestión de hecho no de derecho, como si lo es la conducencia. Es la relación causal entre el hecho que se investiga en cualquier proceso y lo que comunica el medio de prueba. No admite casación. En materia de casación cuando hay error de derecho (conducencia) no cuando hay error de hecho (pertinencia).

3. Utilidad: La prueba no sirve para nada mientras la útil sirve para probar uno o varios hechos.

PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN

Esta relacionado con otros principios: principio de imparcialidad (decreto y práctica de pruebas), dirección y valoración de los medios de prueba. Consiste la inmediación en que el funcionario judicial está en relación directa con las partes que intervienen en el proceso (sujetos procesales que piden o aportan pruebas, como las partes en la confesión y declaración de parte, peritos, testigos) y con los órganos de prueba.

PRINCIPIO DE LA LEALTAD O VERACIDAD

Tiene que ver con el principio de la buena fe. Aportando documentos legales y veraces. No debe llevar documentos falsos, testigos arreglados, que no haya ninguna clase de prebendas.

ETAPAS DE PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA:

Todo medio de prueba sin excepción tiene un recorrido o trayectoria y a medida que se van agotando ese recorrido se van agotando las etapas previas de la producción de la prueba hasta llegar al agotamiento de la prueba.

Son la secuencia o itinerario que va desde la solicitud de la prueba en la oportunidad que indique el legislador hasta la producción de la prueba, pasando por la admisión, el decreto, la producción, la asunción, la contradicción de la prueba.

PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA

Se integra de:

1. Averiguación o investigación. De hechos:

Se deben tener en cuenta los requisitos intrínsecos o endógenos de cada medio de prueba:

a. Conducencia de la prueba
b. Pertinencia: Relación de hecho que debe existir entre la prueba y lo que estamos probando, lo que comunican el hecho con la prueba.
c. La utilidad de la prueba: Cuando no sobra
d. Que la ley no prohíba investigar el hecho (el amante no puede alegar paternidad

Además debe tener los requisitos extrínsecos:

a. Oportunidad procesal o ausencia de preclusión dentro de los términos, para solicitarla.
b. Legitimación del funcionario judicial que conduce ese proceso en cualquier rama del derecho. El rector del proceso jurisdicción y competencia.
c. Las formalidades de tiempo, modo y lugar.
d. Legitimación de los sujetos de la actividad probatoria. Capacidad de los sujetos de la actividad probatoria.

e. Capacidad de los órganos que producen la prueba (mayor de 12 años a excepción de penal, donde puede declarar menores de doce años).
f. El funcionario judicial debe estar sano mentalmente.

Cualquier falencia de los requisitos extrínsecos o intrínsecos afectan la producción de la prueba.

2. Protección de los medios de prueba o aseguramiento o defensa del medio de prueba, todo medio de prueba sin excepción debe asegurarse y protegerse. Si no se hace, la investigación no conduce a ningún resultado, o se pierda el medio de prueba.

HECHOS EXENTOS DE PRUEBA

en materia civil, de acuerdo con las disposiciones del código procesal, están exentos los siguientes:

1. Hechos admitidos o confesados por ambas partes ART. 177-186-201
2. Hechos presumidos legalmente ART. 176
3. Hechos cuya prueba prohíbe la ley por efectos de moralidad ART. 178
4. Hechos materia de cosa juzgada o decisión en firme, excepto cosa juzgada formal.
5. Hechos impertinentes o relevantes ART. 178
6. Negaciones o afirmaciones indefinidas ART. 177
7. Hechos notorios
8. Leyes de carácter nacional.

MEDIOS ESPECÍFICOS DE PRUEBA

1- DECLARACIÓN DE PARTE:

En Derecho Penal (y por consiguiente en Derecho Disciplinario y Éti Disciplinario) no es la declaración del denunciante o la del acusado, un medio de prueba por sí mismo, como sí lo es en el proceso civil. La declaración de parte debe involucrar una confesión, es decir, la aceptación de un hecho que perjudique jurídicamente al declarante. Es un medio de prueba personal, histórico y es de declaración de conocimiento o de ciencia. Tiene que conjugar determinados requisitos para su existencia, validez, mérito, eficacia o valor probatorio. Es porque necesariamente lo hemos pedido en la demanda civil. Esta lleva implícita (como dijimos) la confesión, la cual puede ser: Provocada porque surge en un interrogatorio. Espontánea. Judicial, ante un funcionario en ejercicio del cargo. Extrajudicial. Expresa. Ficta o presunta. Entre otras.

Requisitos de existencia de la declaración de parte (confesión):

1. Debe ser una declaración de parte (demandante, demandado y terceros intervinientes). Los terceros intervinientes pueden ser:
2. Que sea personal a menos que exista autorización legal o convencional para que se haga a nombre de otra persona legal (la ley autoriza a la madre para que represente a su menor hijo, el curador representa a su pupilo, por convención el representante legal de una sociedad y constitucionalmente el alcalde es representante constitucional del municipio pero jamás puede someterlo a declaración de parte). Que sea constitucional, es decir lo establezca la Constitución Nacional.
3. Que verse sobre hechos.
4. Que los hechos sobre los cuales se le pregunte, y conteste el absolvente frente a una pregunta le sean adversos, desfavorables, perjudiciales o que beneficien a la contraparte estaríamos frente a la confesión.
5. Que los hechos sobre los cuales se le pregunta sean personales o el conocimiento de hechos de un tercero o de la naturaleza.
6. Que verse sobre hechos personales.

La confesión puede ser:

1. Provocada: Aquella que ha sido a través de un interrogatorio de parte, ya sea formulado por la contraparte o en forma oficiosa por el juzgador.
2. Espontánea: Se da con la presentación de la demanda, con la contestación de la demanda, con la demanda de reconvención, en su traslado en presentación de un incidente al descorrer el traslado de los incidentes, con el llamado en garantía, con la denuncia del pleito y en general con la intervención de terceros.
3. Expresa o escrita: Hace relación a lo manifestado en la confesión espontánea.
4. Tácita: Cuando existe allanamiento a la demanda en cuanto al silencio se presume que el demandado acepta los hechos y pretensiones de la demanda (se puede dictar sentencia sin oposición).
5. Simple: Aquella que no modifica ninguna situación, ni el grado de responsabilidad civil en el sujeto a cambio de la confesión calificada.
6. Calificada: Aquella que modifica el grado de responsabilidad civil y penal del procesado o demandado.

Requisitos de la confesión judicial:

1. El confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de la confesión (capacidad de obligarse que no provenga de un tercero).

2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que le favorezcan a la contraparte.
3. Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba.
4. Que sea expresa, consciente y libre.
5. Que verse sobre hechos personales del confesante o que tenga conocimiento.
6. Que se encuentre debidamente probada la confesión, para tenerse como tal, si fuere judicial o extrajudicial.

2- TESTIMONIO

Testigo es la persona física o natural (únicamente el ser humano) que relata o expone los hechos que son materia de la prueba. Testimonio es relato exposición que hace sobre los hechos que son materia de la prueba. Testigo presencial es aquel que estuvo presente en los hechos materia de prueba. El testigo técnico, es la persona que tiene un respaldo académico en determinada categoría. El Testigo científico, esta avalado por un diploma.

EXCEPCIONES AL DEBER DE TESTIMONIAR (INHABILIDADES RELATIVAS)

1. Los Ministros de cualquier culto admitido en la República.
2. Los abogados, médico, enfermeros, laboratoristas, contadores en relación con el sigilo profesional
3. Cualquier otra persona que por disposición de la ley deba guarda el secreto profesional ART. 37 numeral 5 empleados judiciales
4. Las personas que al momento de declarar sufran algún tipo de enfermedad mental, trauma psicológico, embriaguez, sustancias alucinógenas, a juicio del juez.
5. Las demás personas que a juicio del juzgador considere inhabilidades para testimoniar en un momento determinado cumpliendo las reglas de la sana crítica.
6. Condenados.

INHABILIDADES ABSOLUTAS AL DEBER DE TESTIMONIAR:

1. Los menores de doce años, en penal militar menores de 7 años.
2. Los que se hallen bajo interdicción por causa de demencia.
3. Los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito o por sistema convencional.
4. Los que hayan sido condenados por perjurio o falso testimonio.

TESTIGOS SOSPECHOSOS EN DERECHO CIVIL ART. 217 Y 228 CPC

1. Parientes de las partes.
2. Dependientes de alguna de las partes.
3. Los que de alguna u otra manera tengan un grado de consanguinidad, afinidad o parentesco civil con las partes.
4. Quienes hayan sido subordinados por situación laboral de alguna de las partes.

- La tacha de testigo sospechoso se puede solicitar antes o después de la audiencia en que se recibe el testimonio.
- El juramento no es medio de prueba en materia penal
- No es lo mismo la tacha de sospecha a la tacha de testimonio falso.
- En la práctica solo se da en la audiencia.
- El juez puede limitar los testimonios en materia probatoria, en materia laboral no se admite más de cuatro testigos por parte, en civil es más laxo.

EXCEPCIONES AL DEBER DE COMPARECER A TESTIMONIAR

1. Se les recibe:

a. Por la dignidad del cargo
b. Por enfermedad o impedimento físico
c. Por el lugar de residencia del testigo
d. Por incapacidad por enfermedad.

Presidente, ministros, contralor, gobernadores, senadores y representantes, ministros de cualquier culto, consejeros de Estado, fiscales, procuradores, arzobispos y obispos, agentes diplomáticos, magistrados, jueces, fiscales y procuradores delegados están exentos de rendir testimonio ante autoridades de menor jerarquía y la podrán hacer mediante carta certificada.

REQUISITOS PARA LA EFICACIA DEL TESTIGO

1. Que el testigo sea conducente.
2. Que sea pertinente: Impertinente tiene relación con los hechos pero no sirve para nada.
3. Ausencia de perturbación psicológica en el testigo de tal suerte que no alcance a constituir incapacidad.
4. Que se perciba una utilidad en el testimonio, si el juez considera una prueba inútil, ni siguiera la considera.
5. Capacidad memorativa normal

6. Ausencia de interés personal o familiar en el testigo.
7. Que tenga razón del dicho (justificar la negación o la aceptación).
8. Que la versión del testigo no parezca improbable.
9. Que no haya contradicciones en su dicho.
10. Que el dicho del testigo tenga absoluta claridad (que no sea ambiguo, dudoso).
11. Que no exista una situación de cosa juzgada material ni una presunción de derecho en contrario legalmente aprobada.
12. Que se haya cumplido todas las formalidades de ley para la recepción del testimonio.
13. Que el testigo tenga capacidad.

CRONOLOGÍA RECEPCIÓN DEL TESTIMONIO

•Decretó la prueba
• Quedó en firme el auto
• Se citó
• Llegó el testigo llegó con o sin abogado.
• Se procede a la solemnidad del juramento.
• Generales de ley.
• Se le concede el uso de la palabra al abogado.
• Sobre la objeción se tiene un recorrido.
• Contra la decisión cabe el recurso de reposición.
• Luego el juez decide (no hay recurso de apelación ART. 351 CPC)
• El abogado tiene la facultad de contrainterrogar.
• Firma del acta.

3- DOCUMENTOS:

Son esenciales en el proceso ético disciplinario. Y tienen mayor trascendencia la Historia Clínica en todos sus apartes, los certificados médicos y similares.

DOCUMENTO PÚBLICO: Es aquel que ha sido expedido por funcionario público en ejercicio de sus funciones y en ejercicio del cargo. Ejemplo: Carnet de la Universidad. Lo que no existe en el expediente no existe para el proceso.

DOCUMENTO PRIVADO: Es aquel suscrito por los particulares todas las personas tienen facultad de suscribir documentos privados. El documento se clasifica por su origen y no por la aplicación o ámbito que tengan.

DOCUMENTO AUTÉNTICO: Es aquel en que se tiene la certeza de donde proviene y quien o quienes han sido sus suscriptores. Desde luego admite prueba en contrario.

4- INSPECCIÓN JUDICIAL

Es un medio de prueba y es la prueba directa por excelencia. Hoy la más creíble de todas las pruebas, la de mayor certeza. Es directa porque es la percepción que tiene el juzgador de los hechos, objetos o cosas del lugar que se inspecciona, es la existencia real de algo que sirve para el esclarecimiento de los hechos en un proceso para confirmar lo sucedido o desvirtuar las conductas atribuidas a ciertas personas. La inspección puede ser decretada de oficio o a petición de parte (ART. 180 CPC), si ya se practicó el juez la puede volver a practicar. El auto que decreta pruebas de oficio no admite recurso porque se está decretando una prueba a favor del proceso.

5- DICTAMEN PERICIAL

La palabra 'perito', del latín peritus, significa doctor, experimentado, práctico en una ciencia o arte. En forma general y desde el punto de vista jurídico, designa a la persona que poseyendo determinados conocimientos científicos, técnicos, artísticos o simplemente prácticos, es requerida para dictaminar sobre hechos cuya apreciación no puede ser llevada a cabo sino por quienes, como él, son poseedores de conocimientos especializados.

6- INDICIOS

A pesar de ser un medio de prueba en el fondo no constituye una verdadera prueba. Porque a partir del indicio se infieren otros medios de prueba reales.

Con un solo indicio no se puede condenar. Pero con dos indicios graves, la Fiscalía puede dictar medida de aseguramiento mas no condenar. Con el indicio se busca la prueba real.

FORMAS DE CONTROVERTIR LAS PRUEBAS

CÓMO SE CONTROVIERTE LA DECLARACIÓN DE PARTE

La declaración de parte se controvierte objetando la pregunta:

1. Por inconducente, inútil, impertinente o superflua la pregunta.
2. Por sugestiva, capciosa o conducente la pregunta.

La declaración de parte se hace sin juramento, cuando versa sobre un delito, es como si fuera una indagatoria y el absolvente no esta en la obligación de contestar.

CÓMO SE CONTROVIERTE EL TESTIMONIO

Se contradice objetando la pregunta

1. Por inconducente, por impertinente, por inútil o por superflua.
2. Por sugestiva, capciosa o conductiva.

Cada pregunta debe versar un hecho. Si la pregunta contiene varios hechos, objeto la pregunta, el funcionario judicial dirá separe los hechos o se los separará el funcionario judicial.

CÓMO SE CONTROVIERTEN LOS DOCUMENTOS

Sólo hay una forma de controvertirlos, tachándolos de falsedad a través de incidente de tacha de falsedad o una denuncia penal de falsedad.

CÓMO SE CONTROVIERTE EL DICTAMEN PERICIAL

Solicitando:

1. Aclaración
2. Adición
3. Complementación
4. Objetarlo por error grave.

CÓMO SE CONTROVIERTEN LOS INDICIOS

El indicio es un hecho que tiene que estar plenamente probado en el proceso que es un hecho básico o indicador (hecho conocido), con un hecho que se investiga y la relación entre causa y efecto entre estos dos aspectos. Se controvierte a través de los medios de impugnación, a excepción de la reposición: Apelación, queja, revisión.

CAPÍTULO XV
LAS PRUEBAS EN LAS DISTINTAS ETAPAS PROCESALES

1- LA PRUEBA EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

La prueba anticipada es una excepción al principio de inmediación porque se forma antes del juicio oral.

De acuerdo con la doctrina enseñada a los defensores públicos, esta tiene varias características:

a- Oportunidad La prueba anticipada se puede practicar durante la investigación y hasta antes de la instalación del juicio oral.

b- Iniciativa. Puede ser solicitada por la Fiscalía, la Defensa o el Ministerio Público. En este último caso cuando ejerza o haya ejercido funciones como Policía Judicial (Art 112).

" Cabe señalar que la prueba no solo se encuentra condicionada al cumplimiento de los requisitos de carácter formal para su aducción, que son los mismos a que aludió el Constituyente en el séptimo debate como requisitos de validez, sino además al cumplimiento de requisitos materiales que exigen que la prueba sea obtenida con pleno respeto de normas procésales y sustanciales de todo rango.

c- Elementos de procedibilidad de la prueba anticipada

• Pertinencia. La prueba solicitada debe orientarse a probar hechos o circunstancias relacionadas con la existencia del delito y con la responsabilidad del defendido.

• Admisibilidad. Debe realizarse un doble juicio de admisibilidad, uno positivo y otro negativo (arts 284 y 373 CPP).

El positivo:

aa- El solicitante debe acreditar que existan motivos fundados y de extrema necesidad para la práctica de la prueba antes del juicio oral y
bb- que la prueba se practica para evitar su pérdida o alteración.

El negativo:

La prueba anticipada solicitada a pesar de su urgencia y necesidad no debe cumplir ninguno de los requisitos negativos que determina el art. 376 CPP:

aa- No deber causar grave perjuicio indebido,
bb- Ni generar confusión,
cc- Ni exhibir escaso valor probatorio,
dd- Ni ser dilatoria del procedimiento.

d- Práctica de la prueba anticipada Admitida la prueba anticipada por el juez, su práctica es igual a la de la prueba en audiencia pública del juicio (Art. 284 CPP). Está sujeta a los principios de contradicción, oralidad y concentración. Por lo tanto no pueden existir como en el anterior sistema pruebas a espaldas de la defensa.

2- LA PRUEBA EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN FORMAL

En ésta etapa el Magistrado Investigador señala los objetivos o metas que debe cumplir dentro del proceso

• Si se ha infringido la ley de Ética Médica
• Quienes o quien son los autores del hecho.
• Motivos determinantes y demás factores que influyeron en la violación
• Circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se realizó el hecho.
• Las condiciones sociales, familiares o individuales que caracterizan la personalidad del imputado, su conducta anterior y sus antecedentes procesales

Una vez allegadas las pruebas al expediente, como ya se ha mencionado, se toma una de dos decisiones:

1. Preclusión de la investigación. Equivale a una sentencia absolutoria. Se dicta cuando no se tenga certeza de que la conducta la cometió el procesado; cuando el proceso no pueda proseguirse. O cuando se tenga certeza de que el hecho no existió

2. Resolución de acusación o Formulación de Pliego de Cargos. Sus requisitos sustanciales incluyen: Que esté establecida la comisión del ilícito. Que exista prueba que comprometa seriamente la responsabilidad del procesado, es decir que de la prueba se deduzca la responsabilidad del procesado. (No se necesita plena prueba que se puede obtener de: confesión, indicios, testimonios, documentos, peritación, inspección judicial).

Son requisitos formales de la resolución de acusación o pliego de cargos

1. La narración sucinta de la conducta investigada, con todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que la especifiquen.
2. La indicación y evaluación de las pruebas allegadas a la investigación.
3. La calificación jurídica provisional: Tiene que encuadrar las circunstancias de tiempo, modo y lugar dentro de una norma jurídica.
4. Las razones por las cuales comparte o no, los alegatos de los sujetos procesales.

Es entonces una resolución:

- Interlocutoria
- Motivada
- Notificable personalmente: es una notificación especial: al defensor y al procesado, se les citará por el medio más eficaz, a la última dirección conocida en el proceso; por comunicación emitida a más tardar el día siguiente hábil a la fecha de la providencia. Trascurridos 8 días a la fecha de la comunicación sin que comparecieren, sin que se presentará excusa válida del defensor para seguir actuando o exista renuencia a comparecer, se le designará un defensor de oficio con quien se continuará la actuación. Notificada personalmente la resolución de acusación al procesado o a su defensor; los demás sujetos procesales se notificarán por estado.
- Debe ser clara, se debe establecer la identificación e individualización plena del procesado o sindicado.
- La motivación no puede ser anfibológica, confusa: debe ser clara en los cargos, un ejemplo de una motivación anfibológica es que haya una indeterminación de la modalidad delictiva.

• Debe contener la Imputación Fáctica: que significa que el hecho o hechos constitutivos de la infracción deben estar plenamente señalados, precisados, de tal manera que el procesado sepa a qué atenerse, junto con las circunstancias genéricas de agravación o atenuación.
• Imputación Jurídica: el Magistrado al calificar debe hacer juicio valorativo de los hechos que constituyen la conducta típica para precisar en qué artículo de la norma estarían consagrados.

3. PRUEBAS EN EL JUICIO.

En el juicio penal, El descubrimiento de evidencia es el deber que se impone a la Fiscalía en la audiencia de formulación de acusación (344) y a la Defensa en la audiencia preparatoria (356) de dar a conocer de manera integra la evidencia que presentarán en el juicio. Este deber es manifestación del principio de igualdad de las partes, del de contradicción y el de lealtad procesal. Como atribución propia de la defensa (125, #3), y deber del acusador (142,#2) el defensor debe conocer, por intermedio del juez todos los medios de conocimiento en poder de la Fiscalía, en el momento de realizar la acusación.

Esta etapa, previa al juicio oral debe ser aprovechada por el defensor con dos propósitos: El primero conocer el contenido de toda evidencia incriminatoria en contra de su defendido y así anticipar la teoría del caso del acusador y ajustar la de la defensa. Para ello debe ser muy acucioso en solicitar toda la evidencia de la Fiscalía, con el mayor detalle posible, que le permita identificar las fallas en el proceso previo de formación de la prueba con miras a la confrontación en el juicio. El segundo propósito es utilizar el conocimiento de los medios descubiertos en la audiencia preparatoria, para oponerse a la admisibilidad de evidencia ofrecida por la Fiscalía. Del uso debido de las oposiciones en esta audiencia podrá lograr el rechazo, la exclusión o la inadmisibilidad de medios de conocimiento relevantes de la Fiscalía que no llegarán al juicio oral y que debilitan sustancialmente su teoría del caso.

Características del descubrimiento

1. El descubrimiento debe ser total Esto significa que deben entregarse o exhibirse todos los medios de conocimiento que se tengan en poder: evidencia material, documental, entrevistas, declaraciones, deposiciones, interrogatorios, informe base de la opinión pericial, etc.
Significa además que los medios cognoscitivos deben entregarse completos no parcialmente, ni mutilados o transcritos fragmentariamente de cualquier manera que limiten el conocimiento pleno del adversario sobre su estado y contenido.

2. El descubrimiento debe ser oportuno. El deber de lealtad procesal exige que la parte ante la que se descubre la prueba tenga la oportunidad de preparar la contradicción de la evidencia que se le pone de presente.

Por lo tanto la ley fija una oportunidad para la Fiscalía (344) y otra para la defensa (356) a fin de que descubran la evidencia que llevarán a juicio.

II- PERTINENCIA, ADMISIBILIDAD Y AUTENTICACIÓN DE LA PRUEBA

En reciente providencia de este Tribunal Nacional (Prov 28-2015. Magistrado ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora.) se expresó, refiriéndose al módulo IV para defensores públicos respecto de la pertinencia, admisibilidad y autenticación de la prueba:

A fin de respetar el tiempo del juez, la evidencia no será oída a menos que primero se demuestre su relevancia y admisibilidad. .

Tres aspectos esenciales debe la evidencia demostrar para ser aceptada:

(1) pertinencia.
(2) autenticidad.
(3) admisibilidad.

1. Pertinencia

Es la correspondencia directa o indirecta entre la evidencia ofrecida y los hechos controvertidos en el proceso. La evidencia debe pasar dos test (sic) para ser pertinente:

El primero relativo a la ley sustancial impone que la evidencia se refiera directa o indirectamente a:

- Los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, y
- A la identidad o la responsabilidad penal del acusado.

El segundo ordenado por la lógica, la experiencia y el comportamiento humano debe tender a demostrar que los hechos controvertidos sean más o menos probables.

La relevancia de la mayoría de las evidencias es generalmente clara u obvia deducida del contexto del caso, pero ocasionalmente debe ser demostrada con el establecimiento de los hechos que la fundamentan.

La pertinencia debe ponerse de presente ante el juez de conocimiento al hacer la solicitud u ofrecimiento de prueba en la audiencia preparatoria (Art 357 CPP), a fin de que este la admita y pueda practicarse en el juicio oral.

2. Autenticidad.

La autenticidad se refiere a que la evidencia ofrecida es realmente lo que el proponente demanda que es. La evidencia no será admitida hasta que previamente se muestre que ésta es una "cosa real". El juez decide cuando un ítem de evidencia ha sido suficientemente autenticado, y el criterio varía de acuerdo con la naturaleza de la evidencia involucrada.

Generalmente se piensa en la autenticación como aplicable a la evidencia física como documentos, objetos o fotografías. ¿Es este el documento que las partes firmaron? ¿Es este el vehículo que produjo el daño? ¿Muestra la fotografía justa y adecuadamente la escena del accidente? Antes de que cualquier evidencia pueda recibir fundamentación debe ser establecido que adecuadamente cumple con la petición de autenticidad del proponente.

El requerimiento de autenticidad apoya única y exclusivamente la admisibilidad de la evidencia, pero no determina per se su valor probatorio. El oponente puede controvertir su validez, y el juez estimar o no esta evidencia para apoyar su decisión. El requerimiento de autenticidad sin embargo no se limita a objetos tangibles. También es propio de cierta evidencia testimonial. Por ejemplo, un testigo generalmente no puede declarar sobre una conversación telefónica sin primero establecer sus bases para el reconocimiento de la voz de la persona al otro lado de la línea. Esto es que la identidad del otro conversador debe ser autenticada.

3. Admisibilidad

El tercer requisito para aceptar la prueba, es que ésta cumpla con las condiciones de admisibilidad.

La regla general es que toda evidencia pertinente es admisible (Art 376 CPP), y por lo tanto evidencia que no es pertinente no es admisible. O como resume Chiesa "La pertinencia es condición necesaria pero no suficiente para la admisibilidad de todo medio de prueba".

Normas de exclusión:

Así aunque sea pertinente no es admisible la evidencia. El artículo 376 del CPP contempla las siguientes normas de exclusión de evidencia pertinente:

a) Que la evidencia pueda causar grave perjuicio indebido.

La finalidad de presentar evidencia en un proceso adversarial es causar perjuicio a la contraparte, pero se trata de un perjuicio debido, razón mismo, del proceso. El perjuicio indebido a que se hace mención es el que de alguna forma afecte la imparcialidad del juez por tener esa evidencia un valor objetivo menor al que se pretende presentar.

b) Que la evidencia genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto o exhiba escaso valor probatorio. (literal b)).

La probabilidad de confusión de la prueba ofrecida debe observarse frente a los hechos que se pretenden probar, frente al desgaste administrativo que implica de una prueba compleja que cause confusión y frente a la dilación del procedimiento que pueda acarrear.

Esto se presenta mucho en el campo de la prueba pericial, con los dictámenes densos y cargados de terminología científica que siembran confusión en el juzgador. En este caso deben primero cumplirse estrictamente las normas de admisibilidad de la prueba científica y precisarse exactamente el objeto de la prueba que se permite practicar. Al juez puede solicitarse la admisibilidad parcial de la evidencia frente a los puntos centrales de debate en el proceso.

La prueba que exhibe escaso valor probatorio, de otro lado, es por ejemplo la prueba superflua o acumulativa, que ni da ni quita al proceso, que es innecesaria porque ya se practicaron en el proceso suficientes pruebas para dar certeza sobre un hecho determinado.

c) Que sea injustamente dilatoria del procedimiento.

Como criterio de eficiencia en el proceso, el juez debe analizar si el proceso de formación y práctica de la prueba se compensa con el valor probatorio de la misma, o si su valor es inferior al tiempo que demora la práctica de ésta. Por ejemplo, la petición de la Fiscalía al juez para que otorgue más tiempo a fin de ubicar un testigo de cargo, frente al perjuicio que se ocasiona por la prolongación de la detención preventiva

del acusado afectando sus derechos fundamentales, y el principio de eficiencia del proceso penal.

También es dilatoria del procedimiento la prueba superflua o acumulativa, es decir la que no agrega nada al proceso, es innecesaria porque lo que se pretende probar ya se tiene con otros medios de conocimiento. Ejemplo solicitar cinco testimonios sobre un hecho.

III- LA SANA CRITICA PROBATORIA

El juez no solamente es perito de peritos, sino que es quien se encuentra a cargo de la valoración integral probatoria para tomar una decisión en derecho y en justicia.
Por eso el concepto de sana crítica es de trascendental importancia, pues es quien le confiere a cada una de las pruebas y a cada extremo probatorio su valor para determinar dicha decisión

Este Tribunal Nacional ha expresado en numerosas sentencias lo siguiente:

"…Hugo Alsina dice que "Las reglas de la sana crítica, no son otras que las que prescribe la lógica y derivan de la experiencia, las primeras con carácter permanente y las segundas, variables en el tiempo y en el espacio.

Por su parte Couture define las reglas de la sana critica como "las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia.

Explayándose en el tema nos enseña que las reglas de la sana crítica configuran una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba. Las reglas de la sana crítica son, para él ante todo, *"las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de los casos. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento".*

Couture destaca la diferencia entre la sana crítica y la libre convicción pues este último es *"aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios de información que pueden ser fiscalizado por las partes. Dentro de este método el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba de autos". El juez -continúa- no está obligado a apoyarse en hechos probados, sino también en circunstancias que le consten aun por su saber privado; y "no es menester, tampoco, que la construcción lógica sea perfecta y susceptible de ser controlada a posteriori; basta en esos casos con que el magistrado afirme que tiene la convicción moral de que los hechos han ocurrido de tal manera, sin que se vea en la necesidad de desarrollar lógicamente las razones que le conducen a la conclusión establecida".*

Respecto de la relación entre la sana crítica y la lógica, Couture hace ver que las reglas de la sana crítica consisten en su sentido formal en una operación lógica. Existen algunos principios de lógica que no podrán ser nunca desoídos por el juez. Así, dice, nadie dudaría del error lógico de una sentencia en la cual se razonará de la siguiente manera: los testigos declaran que presenciaron un préstamo en monedas de oro; como las monedas de oro son iguales a las monedas de plata, condeno a devolver monedas de plata. Evidentemente, está infringido el principio lógico de identidad, según el cual una cosa solo es igual a sí misma. Las monedas de oro solo son iguales a las monedas de oro, y no a las monedas de plata. De la misma manera, habría error lógico en la sentencia que quebrantara el principio del tercero excluido, de falta de razón suficiente o el de contradicción. Pero -agrega- es evidente que la corrección lógica no basta para convalidar la sentencia. La elaboración del juez puede ser correcta en su sentido lógico formal y la sentencia ser errónea. Por ejemplo, un fallo razona de la siguiente manera: todos los testigos de este pueblo son mentirosos; este testigo es de este pueblo; en consecuencia, ha dicho la verdad. El error lógico es manifiesto, pero desde el punto de vista jurídico la solución puede ser justa si el testigo realmente ha dicho la verdad. Pero puede ocurrir otra suposición inversa. Dice el juez: todos los testigos de este pueblo son mentirosos; este testigo es de este pueblo; en consecuencia es mentiroso. En este último supuesto los principios lógicos han sido respetados ya que el desenvolvimiento del silogismo ha sido correcto. Pero la sentencia sería injusta si hubiera fallado una de las premisas: si todos los hombres del pueblo no fueran mentirosos, o si el testigo no fuera hombre de ese pueblo.

Igual importancia asigna a los principios de la lógica y a las reglas de la experiencia en la tarea de valoración de la prueba ya que el juez no es una máquina de razonar, sino, esencialmente, un hombre que toma conocimiento del mundo que le rodea y le conoce a través de sus procesos sensibles e intelectuales. La sana crítica es, además de lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo

hombre se sirve en la vida. Esas conclusiones no tienen la estrictez de los principios lógicos tradicionales, sino que son contingentes y variables con relación al tiempo y al lugar. El progreso de la ciencia está hecho de una serie de máximas de experiencia derogadas por otras más exactas; y aun frente a los principios de la lógica tradicional, la lógica moderna muestra cómo el pensamiento humano se halla en constante progreso en la manera de razonar. Lo anterior lo lleva a concluir que es necesario considerar en la valoración de la prueba el carácter forzosamente variable de la experiencia humana, tanto como la necesidad de mantener con el rigor posible los principios de lógica en que el derecho se apoya. Las llamadas *máximas de experiencia* Couture las define como *"normas de valor general, independientes del caso específico, pero como se extraen de la observación de lo que generalmente ocurre en numerosos casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de la misma especie"*.

Para Friedrich Stein, a quien se debe la introducción en el derecho procesal del concepto *máximas de experiencia, estas "son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos"*.

Calamendrei, por su parte, las define como aquellas *"...extraídas de su patrimonio intelectual (del juez) y de la conciencia pública..."* y destaca su utilidad pues *"las máximas de experiencia poseídas por él, por lo general, le servirán de premisa mayor para sus silogismos (por ejemplo, la máxima de que la edad avanzada produce en general un debilitamiento de la memoria, le hará considerar en concreto la deposición de un testigo viejo menos digna de crédito que la de un testigo todavía joven).*

Empero, cualquiera que sea el concepto que se dé sobre las máximas de la experiencia, es posible encontrar ciertos elementos que les son comunes y tales son, según un autor los siguientes:

1° Son juicios, esto es, valoraciones que no están referidas a los hechos que son materia del proceso, sino que poseen un contenido general. Tienen un valor propio e independiente, lo que permite darle a la valoración un carácter lógico;

2° Estos juicios tienen vida propia, se generan de hechos particulares y reiterativos, se nutren de la vida en sociedad, aflorando por el proceso inductivo del juez que los aplica;

3° No nacen ni fenecen con los hechos, sino que se prolongan más allá de los mismos, y van a tener validez para otros nuevos;

4° Son razones inductivas acreditadas en la regularidad o normalidad de la vida, y, por lo mismo, implican una regla, susceptible de ser utilizada por el juez para un hecho similar;

5° Las máximas carecen de universalidad. Están restringidas al medio físico en que actúa el juez, puesto que ellas nacen de las relaciones de la vida y comprenden todo lo que el juez tenga como experiencia propia.

Digamos, finalmente, que por sus propias características a las máximas de experiencia no les rige la prohibición común de no admitir otros hechos que los probados en el juicio. La máxima *quod non est in actis non est in mundo* no es aplicable totalmente a ellas ya que implicaría rechazar juicios o razones que por su generalidad, notoriedad, reiteración y permanencia en el tiempo se tienen generalmente por aceptados por la sociedad.

Nuestros tribunales se han pronunciado en forma bastante uniforme sobre qué debe entenderse por sana crítica. Así, han sostenido: *"Que, según la doctrina, la `sana crítica', es aquella que nos conduce al descubrimiento de la verdad por los medios que aconseja la razón y el criterio racional, puesto en juicio. De acuerdo con su acepción gramatical puede decirse que es el analizar sinceramente y sin malicia las opiniones expuestas acerca de cualquier asunto"*

Otra sentencia dijo: *"Que en conciencia, significa, según el Diccionario de la Lengua Española, arreglado a la conciencia, es decir, con arreglo al conocimiento interior del bien que debemos hacer y del mal que debemos evitar, términos que en el lenguaje vulgar significan lo mismo; pues cuando se apela a la conciencia de una persona o se le dice que proceda en conciencia, se invoca un noble sentimiento que se ejerce para hacer el bien y para evitar el mal, que es el primer principio de moral;... Que en manera alguna la ley ha querido, con entregar la apreciación de las pruebas a la conciencia, dejarlas al azar, al capricho o a la arbitrariedad. El concepto de la conciencia no es nuevo en las leyes y siempre ha tenido la acepción de una regla de bondad y de justicia y no de maldad o abuso... Cuando la ley habla de que se proceda discrecionalmente o con prudente criterio, tampoco abre las puertas al desorden y a la licencia, ni se hacía esto conforme a las viejas fórmulas `según su leal saber y entender' o `a verdad sabida y buena fe guardada', que siempre han impulsado a tener la voluntad firme y constante de dar a cada uno lo que le pertenece".*

En resumen *"...en el sistema de la sana crítica, el tribunal debe asesorarse por sus conocimientos técnicos, su experiencia personal, la lógica, el sentido común, el buen juicio, y la recta intención".*

De lo afirmado por la doctrina, jurisprudencia y normas legales sobre la sana crítica podemos extraer varias cosas.

Lo primero es que el sistema de la sana crítica solo se refiere a la "valoración de la prueba", luego es claro que esa fórmula legal mantiene subsistentes, vigentes, en la respectiva materia, las demás normas sustantivas probatorias, denominadas reglas reguladoras de la prueba como las que señalan cuáles son los medios de prueba, las que establecen su admisibilidad, la forma de rendir la prueba o las que distribuyen el peso de ella. Disponiendo la ley que el juez apreciará la prueba en conciencia, debe este, sin embargo, respetar estas otras normas reguladoras que nada tienen que ver con su apreciación.

En segundo lugar el concepto mismo de sana crítica se ha ido decantando sustancialmente a través del tiempo, no habiendo hoy en día prácticamente discusión en cuanto a que son dos fundamentalmente los elementos que la componen: i) la lógica con sus principios de identidad (una cosa solo puede ser igual a sí misma); de contradicción (una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias entre sí); de razón suficiente (las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia); del tercero excluido (si una cosa únicamente puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a las dos precedentes) y ii) las máximas de experiencia o "reglas de la vida", a las que el juzgador consciente o inconscientemente recurre, ya tratadas. A ello agregaríamos iii) los conocimientos científicamente afianzados (según exigen los preceptos legales nacionales citados), y iv) la obligación de fundamentar la sentencia, rasgo que distingue a este sistema de la libre ó íntima convicción, que luego analizaremos.

De manera que el juez llamado a valorar la prueba en conciencia no tiene libertad para valorar, sino que debe atenerse en su labor de sentenciador necesariamente, por lo menos, a los dos primeros referentes. Si no los respeta se abre paso a la arbitrariedad judicial y a la incertidumbre de las partes que son las principales objeciones a este sistema de la sana crítica. En efecto se dice que existe "peligro de la arbitrariedad, de que no puede preverse el resultado del proceso ni tenerse una seguridad probatoria, y de que una incógnita (la sentencia) queda dependiendo de otra incógnita (la convicción íntima)", y lleva la incertidumbre a las partes que intervienen en el proceso; pues, con el sistema tarifario, cada parte conocerá de antemano el valor de la prueba que va a aportar al proceso.

Otro aspecto relevante es que lo que informa o inspira la sana crítica es la racionalidad. La apreciación o persuasión en este sistema debe ser racional, lo que la diferencia

totalmente del convencimiento que resulta del sentimentalismo, de la emotividad, de la impresión. Los razonamientos que haga el juez deben encadenarse de tal manera que conduzcan sin violencia, "sin salto brusco", a la conclusión establecida y sus juicios deben ser susceptibles de confrontación con las normas de la razón…"

a- EDUARDO JAUCHEN.

Libre convicción (sana crítica)

Entre los criterios extremistas que imponen los sistemas de la prueba tasada y de la íntima convicción, según los cuales el juzgador valora la prueba conforme a lo estrictamente tabulado en la ley o a lo que le indica su conciencia respectivamente, sé alza un tercer sistema que, procurando compatibilizar todas las garantías posibles, presupone la libre valoración de los elementos producidos, en tanto la ley no le pre establece valor alguno, y, a su vez, la libertad de escoger los medios probatorios: para verificar el hecho.

Para no incurrir en errores que obedecen a una mera diferencia terminológica de un mismo concepto es preciso señalar que algunos autores (Couture) denominan como "libre convicción" al sistema que en realidad es el de la "íntima convicción", como se lo designa en la doctrina europea. Las características fundamentales de éste sistema son: la inexistencia absoluta de dogmas legales sobre la forma en que se deben probar los hechos y sobre el valor acreditante que debe otorgársele a cada prueba, de modo que el juez puede admitir cualquier medio de prueba que estime útil y pertinente para comprobar el objeto de conocimiento. Pero ello no implica de ninguna manera un arbitrio absoluto del juzgador, pues fuera de aquella amplitud referida al principio de la libertad probatoria, se le impone su valoración conforme a los principios de la sana crítica racional, o sea que debe apreciar la prueba y fundar su decisión basándose no en su íntimo convencimiento, sino objetivamente en los más genuinos lineamientos que indica la psicología, la experiencia común y las reglas de la lógica y el recto entendimiento humano. Surge de ello que el sistema va mucho más allá de la "sana crítica", lo cual sólo alude a una de sus características referente al modo de apreciar el mérito de la prueba, que alcanza también al principio de la libertad de la prueba, según el cual todo se puede probar y por cualquier medio y al principio de la debida fundamentación de la resolución judicial, expresando las razones que motivan la decisión de ahí su denominación global de "libre convicción" y solamente sana crítica que sólo involucra un aspecto del sistema.

Es imprescindible entonces tener presente la consecuente imposición que trae el sistema en lo relativo a la debida fundamentación de la sentencia. En ella el

magistrado debe imperativamente expresar cuáles son las razones que, surgidas sólo de las pruebas, determinan la decisión adoptada, ir cando cuál fue el camino deductivo seguido para llegar a conclusión y no sólo el resultado de la operación mental. Esto impide que el órgano jurisdiccional pueda decidir basado solo en su capricho, en simples conjeturas o en su íntimo convencimiento. Así, es menester que esas razones se extraigan solo y directamente de las pruebas producidas en la causa y en el conocimiento privado del juez o en constancias no introducidas regularmente al proceso. A su vez, el recorrido cada razonamiento debe estar claramente sustentado en principios de la lógica, la experiencia común, la psicología y el recto entendimiento humano.

b- ERIC PÉREZ SARMIENTO.

El sistema de la sana crítica o de la libre convicción razona donde el juzgador aprecia la prueba de conformidad con las reglas de la lógica y de conformidad con máximas de experiencia; con el deber de expresar en sus decisiones, la forma en que se ha formado su convicción. El sistema de la sana crítica es, por tanto, el más completo y garantista de cuanto existe, ya que cuando el juez expresa en sus decisiones la forma ha valorado todas y cada una de las pruebas, en forma particular conjunto, las partes tiene la posibilidad de recurrir por razones de apreciación de la prueba, por silencio en el pronunciamiento sobre un medio determinado, o falta absoluta de análisis de prueba (inmotivación) tal manera, en el sistema de la sana crítica; la fundamentación del tribunal acerca de la valoración de la prueba constituye un elemento eso motivación de las decisiones.

En el proceso penal acusatorio la valoración de la prueba fundamentalmente por los sistemas de íntima convicción y de sana critica. El sistema de íntima convicción se usa fundamentalmente en los países la decisión de los juicios penales se produce por jurados populares lo por lo que se refiere a la decisión de fondo que debe recaer en pues en las decisiones interlocutorias referidas, a la existencia de méritos para incoar la causa, o para resolver una excepción o para aceptar o no la acusación, suele usarse el método de la sana crítica, toda vez que esas son decisiones que debe adoptar un juez profesional. En otros países, y esto Alemania es líder, todas las decisiones, incluida la sentencia definitiva deben ser motivadas en cuanto a la valoración de la prueba.

(…)

E. Las máximas de experiencia, las reglas de la lógica y los conocimientos científicos como núcleo esencial de la libre valoración razonada de la prueba.

El sistema de libre valoración razonada de la prueba o si sana crítica, como ya hemos visto, no implica una mera y libérrima declaración de voluntad del juzgador acerca de cuáles hechos considera y cuáles no, sino por el contrario, una declaración fundada en razonamientos, que si bien son el producto de la convicción personal de los jueces, deben ser susceptibles de valoración por terceros conforme racionales emanados de la probabilidades, de la experiencia general, o de las relaciones estables y constantes entre diversos hechos, establecidas por la ciencia. De tal manera, la apreciación de la prueba conforme a la sana crítica está acotada por las máximas de experiencia, las reglas de la lógica y los conocimientos científicos.

Las máximas de experiencia son reglas generales, extraídas de la experiencia cotidiana como producto de la observación continua de la conducta humana y de los fenómenos naturales, que nos permiten predecir que determinados estados de hechos conocidos y comprobados, pueden ser la causa o la consecuencia de otros desconocidos pero que pudieran ser sus antecedentes lógicos y probabilísticos. Esa determinación o afirmación de hecho, a partir de una regla de probabilidad lógica, a partir de la regla que la máxima de experiencia comporta, es lo que denominarnos juicio de hecho. El maestro alemán Leo Rosenberg consideraba al juicio de hecho como una conclusión obtenida mediante subsunción de lo percibido en ciertos conceptos generales o máximas de experiencia como proposición mayor y formado, por tanto, mediante reglas lógicas.

El maestro Friedrich Stein define las máximas de experiencia como:

"definiciones o juicios hipotéticos de contenido general; desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos…".

Sin embargo, no podemos estar de acuerdo con el contenido de esa definición en cuanto a que el juicio hipotético que la máxima de experiencia comporta esté desligado de los hechos concretos del proceso, pues la vinculación lógica entre, unos y otros es lo que le da sentido a la máxima de experiencia, en tanto baremo de valoración de la prueba.

La máxima de experiencia está íntimamente ligada a las reglas de la lógica, pues, en la práctica, la valoración de ta prueba se comporta coma un silogismo, en el cual la máxima de experiencia actúa como premisa mayor, la fuente de prueba concreta que se analiza en el proceso juega el papel de premisa menor, y el valor que se confiera al medio probatorio sería la conclusión o síntesis. En este sentido, la máxima de

experiencia actúa corno factor de; validación o invalidación del medio probatorio y su fuente.

Sin embargo, la enorme dificultad de las máximas de experiencia, cuya existencia algunos incluso han negado, reside en que no pueden ser controvertidas en reglas legales, pues se convertirían en tarifas de prueba, quedando así sustituido el criterio valorativo del juez por el del legislador. Por esta razón, es tanto más que imperativo, que los tribunales motiven sus decisiones en punto a la prueba y su valoración, para que los sujeto de sus miembros puedan apreciar cómo han interpretado los jueces las máximas de experiencia. Por eso se dice que un sistema de prueba libre no puede funcionar sin un sistema de libre valoración razonada que exteriorice convicción del tribunal a través de la motivación hasta el punto tal que pueda da convencer incluso a aquellos que no presenciaron el juzgamiento.

Por tanto, la máxima de experiencia es una regla promedio de la razón humana respecto a un estado general de las cosas, que, empero, cada juzgador viene obligado a interpretar para cada caso concreto. Es decir, el juez tendrá que explicarnos si en el caso específico que le toca decidir, se dan todas aquellas circunstancias de hecho que hacen valedera esa regla promedio o no.

(…)

Finalmente, los conocimientos científicos son fundamento de la sana crítica, cuando el resultado de la práctica de la prueba es una consecuencia de alta probabilidad respecto a los hechos que se intentan demostrar, que se basa en rigurosas relaciones causales establecidas por, la ciencia, siempre y cuando la relación entre ambos fenómenos haya sido establecida correctamente.

Por ejemplo, la ciencia forense ha establecido con toda exactitud que la deflagración de la pólvora por disparo de arma de fuego provoca emanaciones de partículas de plomo, antimonio y bario que se proyectan en torno al arma, de tal manera la presencia de estas partículas en la mano ducha de una persona,. constatadas a través de una prueba de análisis de trazas de disparó (ATD), puede ofrecer gran certeza de que esa persona ha disparado un arma de fuego a mano limpia dentro de las setenta y dos horas anteriores a la toma de la muestra. Eso nos viene dado por la relación que la ciencia ha establecido entre el acto de disparar y la impregnación de los residuos de la pólvora en la mano de quien dispara. Sin embargo, el resultado de esa prueba se reduciría a la nada, si se probara que la persona a ella sometida trabaja con sustancias que pudieran producir resultados similares, o que estuvo manipulando artilugios pirotécnicos, o, simplemente, que la muestra fue tomada violando las reglas de la

cadena de custodia de la evidencia (con el kit de pines abierto y sin la presencia de los defensores de las personas incriminadas o de los testigos instrumentales de ley).

c- TIBERIO QUINTERO OSPINA.

c) Sistema de la persuasión racional o de la sana crítica en el cual lo que cuenta no es ya sólo la prueba libremente apreciada por el juez, sino su búsqueda y receptación en forma técnica y científica y su apreciación en conciencia, con sujeción, por lo tanto, a la lógica, a la experiencia, a las normas de la sana crítica, a la responsabilidad moral del juez. Parte del principio de que lo que importa es la certeza personal, la comprobación de la verdad por parte del funcionario, debiéndose allegar las pruebas, de otra parte, según las formalidades legales. Dentro de este sistema, el juez no está forzosamente sometido a sistema alguno previamente establecido por el legislador, sino que puede investigar de una manera libre todo aquello que sea útil y que tenga relación con el hecho principal, procedimiento luego libre, pero racionalmente, a valorar los resultados de su investigación.

En este sistema, como lo dicen NICETO ALCALA ZAMORA y RICARDO LEVENE (hijo), "ya no basta con que el juez se convenza, o a lo manifieste, sino que ha de cuidarse de convencer de su propia convicción a los demás, es decir, tanto a las partes en concreto como a la comunidad de los justiciables en abstracto".

Este es el procedimiento seguido en nuestra justicia civil (C. de P.C art. 187) y penal (art. 254).

Dentro de este sistema sobra que la ley hable de prueba plena completa y prueba incompleta, con lo cual no estamos adhiriendo a quienes opinen que el juez, al valorar la prueba, no tenga en cuenta esta distinción. El hecho probado lleva ínsita la idea de certeza. Un hecho se entiende probado, cuando ha llevado al conocimiento la convicción de que es verdadero. La prueba, para que exprese una verdad, debe ser plena completa, sin necesidad de agregarle estos calificativos. Vista a través de uno o varios medios probatorios, para que fundamente una sentencia condenatoria, la prueba debe conducir a la certeza del objeto del proceso. De donde resulta obvio que si ese medio o esos medios probatorios no conducen a establecer esa certeza, no interpretan una verdad, y se los puede llamar, por parte del juzgador, prueba incompleta, con la cual habría que dictar sentencia absolutoria. Es más. Un medio probatorio puede constituir prueba incompleta de un hecho, pero unido a otro u otros medios probatorios, constituir la prueba completa necesaria para condenar. Por otra parte, los medios probatorios no sólo se utilizan para dictar sentencia (fin de la prueba), sino también para recepcionar indagatorias, dictar medidas de

aseguramiento, prosecución de la investigación, decretar secuestros y embargos, etc., y en estos casos dichos medios, por sí solos o tomados en conjunto, pueden indicar sólo pruebas incompletas, porque todavía no conducen -ni pueden conducir- a formar certeza sobre los hechos investigados. De modo que las pruebas pueden encerrar un mérito para que el juzgador las considere como suficientes y dar por demostrada la existencia o inexistencia del hecho, o para dudar de la existencia de éste, o con independencia de la certeza o duda a que conduzcan, para que el juzgador pueda tomar ciertas medidas durante la existencia del proceso.

A este respecto la doctrina es muy diciente. Dice MITTERMAIER que la prueba completa o perfecta da certeza sobre el hecho de probar.

DEVIS ECHANDIA, que prefiere darle a la certeza el nombre de convicción, hace al respecto esta importante distinción, siguiendo las enseñanzas de

CARNELUTTI:

"Hemos visto que no es lo mismo el fin de la prueba que su resultado; aquél es siempre llevarle al juez la convicción sobre los hechos del proceso; éste puede ser en algunos casos tal convicción, pero en otro no alcanzará a suministrarla. Por consiguiente, teniendo en cuenta que el resultado de un solo medio probatorio puede ser darle al juez esa convicción o, por el contrario, únicamente elementos o motivos para llegar a ello con el auxilio de otros medios que lo complementan, es posible clasificar las pruebas en plenas, perfectas o completas (en el primer caso) y en imperfectas o incompletas (en el segundo)"

Y agrega luego con mucha precisión:

"Algunos autores como COUTURE, FLORIAN y SILVA MELERO consideran que esta clasificación sólo se justifica en un sistema de tarifa legal, pero no en uno de libre valoración. Estamos en desacuerdo con ese concepto, porque en ambos sistemas es posible que el juez se de o no por convencido con un medio de prueba o con todos [os allegados al proceso. Otra cosa es que para llegar a ese resultado deba aceptar la calificación dada imperativamente por la ley o recurrir a su propia valoración, es decir, las pruebas pueden ser plenas o incompletas por mandato legal o por la libre conclusión a que e[juez [legue, pero en ambos existen las dos especies bien definidas".
Por eso nos parece muy puesto en razón lo dicho por Sánchez Méndez:

"En el fondo toda prueba debe ser plena, pues de lo contrario carecería de relevancia. Lo que ocurre es que la plena prueba se forma, en la inmensa mayoría de los casos de

pruebas semiplenas, pero entre los cuales haya u relación tal que le permita formarse al juzgador la convicción, o mejor, certeza sobre el hecho que trata de probar. El proceso penal no es ni puede ser camino recto entre una hipótesis o tema de la prueba y el resultado final. Es un conjunto de ejercicios tendientes a la demostración de muchos hechos principales o accesorios más o menos relevantes como hitos marcando un camino y que van siendo unidos por los permanentes procesos de inferencia o búsqueda de relaciones que permiten al juez hallar u: verdad por encima de toda duda, es decir, la certeza judicial sobre el ter central. La prueba plena, puede decirse, se halla a la postre en la mente del juez"

Analizando las consecuencias prácticas que la implantación de este sistema de la sana crítica trajo para el procedimiento civil con [a reforma de 1970 (perfectamente aplicable a nuestro Código de Procedimiento Penal), escribe DEVIS ECHANDIA (transcribimos únicamente lo pertinente a la naturaleza de este último estatuto):

"¿Con este sistema se podrá acusar una sentencia en casación por error de derecho en las pruebas?

"Como ustedes verán cuando lleguemos al punto de los recursos, lo único que sucede es que queda un poco restringido el error de derecho porque donde hay muchas normas de tarifa legal es lógico que el error de derecho es amplio, pues la violación de cualquiera de ellas lo configura; pero en este sistema de la sana crítica, de todas maneras quedan algunos, tipos de errores de derecho, por ejemplo:

"1.....

"3. Cuando el tribunal le de valor a una prueba que ha sido practicada sin las formalidades procesales que el Código establece.

"4. Cuando el tribunal diga que una prueba carece de valor porque le faltó alguna formalidad procesal y el Código no exija tal formalidad.

"Como ven ustedes, existen varias maneras de acusar por error de derecho en casación, aún durante la vigencia del nuevo Código.

"Naturalmente, el sistema de [a sana crítica no impide que se conserven las disposiciones que le dan fe al documento público en cuanto a lo que el funcionario dice haber hecho y a lo que él dé fe de haber percibido con sus sentidos, como el hecho de haber concurrido las partes ante él..... y de que las partes hicieron las declaraciones que constan en el documento o que aprobaron éstas cuando les fue leído.

"Cosa distinta es el valor probatorio del contenido de [as declaraciones de las partes, que con el nuevo sistema podrá ser impugnado libremente con toda clase de pruebas, entre ellas la indiciara y la testimonial.....

"Tampoco impide [a sana crítica que se de fe a[acta de las inspecciones judiciales, en las cuales el juez deja constancia de lo que él percibió con sus sentidos, para reconocerles valor de plena prueba mientras no se demuestre [o contrario. Naturalmente, si el juez agrega además consideraciones valorativas, por ejemplo, si no se limita a decir que encontró determinadas circunstancias indiciarias, sino que concluye diciendo que de esas circunstancias se deduce la existencia del hecho indicador, en esa parte la declaración del juez no tiene valor probatorio de ninguna naturaleza, porque se tratará de una simple opinión suya, de la cual el mismo juez podrá separarse en el momento de dictar sentencia y con mayor razón otro juez que lo sustituya en ésa instancia o, el superior en la segunda (o la Corte en casación si encuentra que hubo error manifiesto, porque nosotros tenemos casación por errores de hecho en la apreciación de la prueba, a condición de que ellos sean manifiestos o protuberantes). "Hecha la explicación de estos dos pilares fundamentales del nuevo instituto de la prueba, es importante tener en cuenta que aún cuando en el sistema de la libre valoración de la prueba o sistema de valoración, de acuerdo con las reglas de [a sana crítica (que, como ustedes saben, para mí es lo mismo) se dice que el juez tiene libertad para valorarlas, hay que subentender que es de acuerdo con esas reglas de la sana crítica, no de acuerdo con la arbitrariedad o el capricho.

Por esta razón opino que la única clasificación valedera podría ser la de valoración de acuerdo con las reglas de la sana crítica con motivaciones, y valoración de acuerdo con [as reglas de [a sana crítica sin motivaciones; el segundo sistema corresponde a los jurados de conciencia. Algunos hablan de una valoración en conciencia, en el sistema de la íntima persuasión, pero yo considero que cuando el juez de derecho valora las pruebas según [as reglas de la sana crítica, también lo está haciendo en conciencia, y también es una apreciación íntima, porque éstas no significan que, al menos en principio, quien aprecia así las pruebas, ya sea un ignorante jurado o un sabio juez, no deba utilizar la lógica y esa serie de reglas que da la experiencia y que constituyen las reglas de la sana crítica.

Lo que sucede es que en el caso del jurado no se puede controlar si usó o no la lógica y las reglas generales de [a experiencia y cómo las usó, por [a sencilla razón de que no da explicaciones, al paso que el juez sí las da. Me separo en esto del concepto de algunos juristas, por ejemplo, del doctor ALVARO PEREZ VIVES en su libro sobre la casación, según el cual, no existe libertad de valoración por el hecho de verse obligado el juez a motivar su decisión, a explicar como llega a la conclusión adoptada.

De ninguna manera. Esa motivación no libertad de convencerse de acuerdo con [as reglas de la sana critica; son dos cuestiones completamente distintas".

Por último, bien vale la pena reproducir el siguiente importante comentario de los autores GARCÍA AGUDELO Y TORRES CALERO:

"La apreciación de la prueba en materia criminal no puede hacerse a través de un elaborado catálogo de testimonios, peritajes y documentos que puedan aparecer contradictorios entre sí. El análisis objetivo de cada uno de ellos tampoco está sujeto al criterio libre pensador del funcionario sino a "las reglas de la sana crítica", que rigen tanto en lo indiciario y documental como testimonial y que demandan un examen de "conjunto", tratando de ubicar su armonía y coherencia.

"Son, pues, equivocadas aquellas estrategias por muy habilidosas e inteligentes que parezcan- dirigidas a aislar determinadas prueba para atacarlas y destruirlas con argumentaciones o sofismas más o meno jurídicos, más o menos ponderados, porque se colocan por fuera de las exigencias legislativas que hablan de un análisis regido por la apreciación de conjunto que, desde luego, no por tal debe dejar de ser prolijo, porque necesita serlo, para que de esa visión panorámica del proceso no surjan conclusiones equivocadas, lesivas de las garantías que asisten a quienes han intervenido en él o de los procedimientos anejos a las formas propias del juicio en que tanto insiste el art. 29 de la Constitución Nacional y desarrolla el art. lo. de este estatuto.

"No había especificado el art. 253 del decreto 50 de 1987, como lo hace ahora el art. 254 del nuevo Código Procesal, que el funcionario expusiera, «razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba», lo cual resulta vital dentro del proceso analítico que antecede a una decisión de fondo. Ha sido práctica constante la de elaborar un listado de las probanzas recaudadas para -con base en el precepto que obliga a hacer el «análisis de conjunto»- pasar de largo ante e[examen minucioso que en muchas ocasiones ameritan la fi-ase de un testigo, las palabras literales de un procesado durante su injurada, los términos casi imperceptibles utilizados por el experto para fundamentar una conclusión, o la tesis central del defensor o del representante de la parte civil.

"Es necesario, pues, que a cada prueba se haga su análisis breve y separado para identificar su verdadero valor probatorio respecto de los demás elementos de juicio. De esta manera, individualizado su valor, será fácil relacionarla con otros, sin necesidad de sacrificar la calidad de los razonamientos por la extensión de su contenido".

d- JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ.

LAS REGLAS DE LA EXPERIENCIA

Hemos dicho que el juez hará la evaluación de las pruebas y que en ello ejerce un papel primordial el manejo de las reglas de la experiencia, a las informaciones que brindan las ciencias y las técnicas.

Pues bien, él sistema de valoración dé pruebas, conocido como la sana crítica, es aquel que le permite al juez, fundado en su libertad y auto hacer él estudio y ponderación de las pruebas, liberado de las ataduras de la tarifa legal, para formar su libre convicción y obtener la certeza que le permita llegar a la verdad, pero en forma crítica, no solo por la utilización de las reglas de la lógica y el sentido común, sino con base en las reglas de experiencia, conjugadas además con el soporte que brinda el conocimiento derivado de las artes, las ciencias y las técnicas.

CONCEPTO

La regla de la experiencia o también llamada "máxima de la experiencia", obedece a la formación que el juez como hombre tiene de lo que ha vivido y debido soportar; es el bagaje que pesa sobre sus espaldas por la experiencia personal y que aplica en la valoración o raciocinio de las cosas. La experiencia, por tanto, comprende la cultura teórica del juez y las vivencias en una sociedad, formando un complejo total que incluye no sólo el conocimiento, sino además el sometimiento a las normas, las creencias, el arte, la moral, las pasiones, los hábitos y las aptitudes adquiridos por el hombre en tanto que forma parte de esa sociedad. Ellas, las reglas de la experiencia, le permiten al juez, en el mundo de la valoración probatoria, llegar a un raciocinio adecuado. Como dice el profesor PARRA QUIJANO "Las máximas que no son del manejo común de la sociedad, hay que introducirlas al proceso por medio de la prueba pericial"

En este sentido, la sala civil de la Corte Suprema de justicia define -las reglas de la experiencia como

"... aquellos juicios hipotéticos de carácter general, formulados a partir del acontecer humano, que le permiten al juez determinar los alcances y la eficiencia de las pruebas aportadas al proceso".

Y precisa la jurisprudencia en que consisten:

"Las máximas de la experiencia son enunciados que registran la inmediatez del conocimiento perceptivo. Constituyen protocolos de observaciones inmediatas. Se refieren a lo dado, a` los datos sensoriales. Pero: lo que define su perfil de regla de la experiencia (o `cláusula protocolaria, como la denominan los especialistas), es que ese dato inicial, o base empírica, pueda ser sometido a contraste y soporte las contrastaciones. Una afirmación que no sea contrastable, debido a su forma lógica, sólo sugiere una situación incierta... La ambigüedad de su base empírica impide elevarla a la categoría de regla de experiencia".

NECESIDAD DE UTILIZARLAS

Ahora bien, las reglas de la experiencia, debe utilizarlas el juzgador en la valoración de los medios probatorios, pues ellas le permiten fundamentar su discurso al punto de otorgarle garantía de racionalidad, ya que su juicio debe dar cuenta de las razones por las cuales decidió en uno u otro sentido, permitir a otros entender el objetivo y encontrar el sentido de su decisión, motivación traslucen las reglas de la experiencia. El juez como representante que es de la sociedad, no sólo debe las reglas de la experiencia en determinados asuntos, sino también tratar de auscultarlas, pues tiene la obligación de conocer y de aplicar las máximas de la experiencia imperantes en ella. Si no conoce las reglas de la experiencia lo menos debe adquirir información sobre ellas, para cumplir con su obligación, atendiendo a que en muchos casos la norma no puede ser puesta en práctica en concreto, si no es refiriéndose a tales reglas que sirven para la declaración de certeza y la valoración de los hechos de la causa. Las reglas de la experiencia le indican al juez que un desplazamiento normal en la ciudad de Bogotá de un sitio a otro, cuya distancia supere las cien cuadras, demora una hora, lo cual le permitirá medir el efecto del tiempo en la realización una conducta para deducir si la información es correcta.

EL CUIDADO AL UTILIZARLAS

El juez debe ser muy cuidadoso al trabajar con las reglas de la experiencia, a fin de evitar incurrir en errores y conjeturas al momento de apreciar y valorar el asunto cuando va a hacer su ponderación; se hace necesario de su parte, el repaso y verificación de las reglas, para determinar si siguen siendo válidas al momento de emitir su decisión final, de conformidad con la realidad que analiza, porque a medida que pasa el tiempo suelen estratificarse de tal manera que pueden perder todo vínculo con la realidad imperante en el momento en que dicte la sentencia.

Si se aplica indebidamente una regla de la experiencia al momento de valorar la prueba, se entra en el campo del error por falso raciocinio, y se corre el riesgo de declarar una verdad distinta de la que obra en el proceso.

(…)

SISTEMA DE LA SANA CRÍTICA

La sana crítica, llamada también apreciación racional de la prueba o libre convicción, es el sistema de valoración de la prueba en el cual el juez llega a formar su convicción con base en el estudio de todas y cada una de las pruebas recaudadas, previo el sometimiento a todas las disciplinas auxiliares, como la sociología, psicología, antropología, la historia, y en especial la lógica, apoyada en las reglas de la experiencia, conjugación que permite al juez llegar a la verdad que plasmará en su decisión.

Es un trabajo intelectual, dirigido por la lógica y apoyado en la experiencia que le permite al juez formarse una convicción libre, pero fundamentada en esos medios, razón por la cual, la sentencia requiere de especial motivación. El sistema de la sana crítica fue introducido en Colombia en el artículo 187 del C. de PC donde se estableció:

"Artículo 187. Apreciación de las pruebas. - Las pruebas deberán ser, apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

"El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba".
Así mismo, el artículo 238 del C. de PR señala:

"Artículo 238. Apreciación de las pruebas. - Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

"El funcionario judicial expondrá siempre razonadamente el mérito que, le asigne a cada prueba".

Además, el Código de Procedimiento Laboral, que viene desde 1:949; con las modificaciones que se le han introducido, entre ellas 1a de la ley 712 de 2001, hace, plena claridad entre los dos sistemas para alejar toda duda sobre el sistema que se acoge, pues le ordena al juez que deberá tomar su decisión con base en los principios científicos que informan la sana crítica y le prohíba que pueda hacerlo por el sistema de la tarifa legal. Dispone la norma:

"Artículo 61. Libre formación del convencimiento. El juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes. Sin embargo, cuando la ley exija determinada solemnidad ad substantiam actus, no se podrá admitir su prueba por otro medio.

"En todo caso, en la parte motiva de la sentencia el juez indicará los hechos y circunstancias que causaron su convencimiento".

El Código Disciplinario (ley 734 de 2002) establece:

"Artículo 141 Apreciación integral de las pruebas. - Las pruebas deberán apreciarse conjuntamente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

"En toda decisión motivada deberá exponerse razonadamente el merito de las pruebas en que ésta se fundamenta".

El Código Procesal Agrario (decreto 2303 de 1989) establece en el articulo 16 como obligación del juez la "sana crítica en la apreciación de la prueba".

Así mismo, el Código Contencioso Administrativo, en el artículo 168, acoge el sistema traído por el Código de Procedimiento Civil, lo cual no permite concluir que, indudablemente, el juez administrativo tiene la obligación de proferir sus decisiones dentro del proceso con base en la libre apreciación de las pruebas o sana critica.

CAPÍTULO XVI
LA DENUNCIA O LA QUEJA

El proceso disciplinario Ético – Médico se inicia con el conocimiento del Tribunal Seccional de Ética Médica, de un hecho que pudiera ser violatorio de las normas de la ley 23 de 1981.

Para conocer el caso, el tribunal seccional solamente tiene dos vías: Mediante una queja instaurada por una entidad pública o privada o de cualquier persona, o de oficio, cuando por conocimiento de cualesquiera de los Miembros del tribunal se consideren violadas las normas de la ley 23 de 1981.

Lo anterior está consignado en el artículo 74 de la ley 23 de 1981 que dice: El proceso disciplinario ético-profesional será instaurado:

a) De oficio, cuando por conocimiento cualesquiera de los miembros del Tribunal se consideren violadas las normas de la presente ley.

b) Por solicitud de una entidad pública o privada o de cualquier persona.

En todo caso deberá presentarse por lo menos, una prueba sumaria del acto que se considere reñido con la Ética Médica.

La queja se entiende como la acusación ante juez o tribunal competente, ejecutando en forma solemne y como parte en el proceso la acción penal contra los responsables de un delito. (1)

"La denuncia, querella o petición se hará verbalmente, o por escrito, o por cualquier medio técnico que permita la identificación del autor, dejando constancia del día y hora de su presentación y contendrá una relación detallada de los hechos que conozca el denunciante. Este deberá manifestar, si le consta, que los mismos hechos ya han sido puestos en conocimiento de otro funcionario. Quien la reciba advertirá al denunciante que la falsa denuncia implica responsabilidad penal." (Artículo 69 del Código de procedimiento penal)

La querella, entendida como "el acto por el que el fiscal o un particular ejercen ante un juez o tribunal la acción penal contra quienes estiman responsables de un delito". (2), y contemplada en los artículos 69 a 74 del Código de procedimiento penal, ha sido invocada por la defensa en algunos procesos, dado que la caducidad de la misma, es decir la pérdida de la capacidad del ciudadano para solicitar al Estado el inicio de una investigación penal, por una conducta delictiva que lo afectó en calidad de víctima; ocurre a los 6 meses de acaecido el hecho, no tiene aplicación ni es válida en el proceso disciplinario ético – medico.

En la providencia No. 13-2017 de la sala plena del Tribunal Nacional de Ética Médica, sesión no. 1354 del catorce (14) de febrero del año dos mil diecisiete (2017), se mencionan claramente las razones por las que la querella no tiene cabida en el proceso disciplinario Ético _ Médico, algunos de sus principales apartes son:

"Los delitos querellables, son conductas que afectan derechos eminentemente particulares y de menor trascendencia en la escala axiológica que nos impone la moral y la cultura dominante en la nación colombiana. Tratándose de delitos que solo afectan intereses particulares y de menor importancia, el legislador deja a criterio del ofendido o víctima de la delincuencia, para que solicite al Estado, que se inicie el adelantamiento de la acción penal. Es decir, que si la víctima no incita al Estado para que inicie la respectiva investigación penal, el Estado no puede ejercer el ius puniendi, potestad constitucional otorgada al Estado por el constituyente, como una manifestación de la soberanía interna del mismo. La investigación de estas infracciones a la ley penal depende entonces de manera exclusiva de la voluntad de la víctima.

La vida y la salud son derechos fundamentales consagrados en la Carta Política y tienen una especial trascendencia sobre todos los demás, porque sin estos, es imposible el ejercicio de todos los demás derechos.

Es por lo anterior que en el artículo 11 se consagra el derecho a la vida y más adelante se consagra la salud y la seguridad social como servicios públicos a los que tienen derecho todos los habitantes del territorio nacional.

Con fundamento en las directrices constitucionales anteriores en el proceso disciplinario médico de la misma manera que no existen faltas querellables, tampoco los pacientes ofendidos pueden constituirse parte dentro del proceso para pretender una indemnización por los perjuicios recibidos.

En el proceso disciplinario ético solo se debaten intereses eminentemente sociales y públicos porque el propósito del proceso disciplinario médico es garantizar que la medicina se ejerza dentro de los más estrictos parámetros científicos, técnicos y de la manera más humanizada posible. Es por esta razón que precisamente lo único que interesa es verificar si los disciplinados han cumplido con las exigencias de las lex artis o no, y en caso de que se hubiera producido una vulneración a la ética médica, de manera necesaria se debe producir la correspondiente sanción, mensaje que se dirige a toda la comunidad médica para requerirlos sobre la necesidad de máxima atención, de preparación profesional idónea, dedicación abnegada y sacrificios personales de los médicos para garantizar la vida y la salud de sus pacientes.

Es entonces de la propia Carta Política que nace la oficiosidad de la acción disciplinaria dentro del proceso de ética médica."

La otra forma de conocimiento que tienen los tribunales, es mediante la llamada "Notitia Criminis" o noticia criminal, entendida como "el nombre genérico bajo el cual, tradicionalmente, se han reunido los distintos medios por los cuales podía iniciarse la actividad de la justicia penal, mediante la promoción del proceso. Así, ya sea por la denuncia, ya por la querella, o por la prevención policial o de oficio, se lleva ante la jurisdicción una noticia sobre la comisión de un delito, que opera como "información institucional", sujeta a recaudos específicos impuesto por la ley procesal, capaz de producir efectos jurídicos previamente previstos por la ley. Supera a la mera información. (3)

Para la Fiscalía General de la Nación, la noticia criminal es el conocimiento o la información obtenidos por la policía judicial o la Fiscalía, en relación con la comisión de una o varias conductas que revisten las características de un delito, exteriorizada por medio de distintas formas o fuentes. Puede ser verbal, escrita o formulada valiéndose de cualquier medio técnico que por lo general permite la identificación del autor de la misma. (4) La noticia criminal puede presentarse en cualquier momento, excepto la querella que debe formularse dentro de los seis meses siguientes a la comisión del delito, contados también desde el momento en que desaparezcan las circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito acreditados que impidan al querellante legítimo tener conocimiento oportuno de su ocurrencia.

La queja, para evitar su caducidad, debe presentarse dentro de los cinco años siguientes a la ocurrencia de los hechos.

Teniendo en cuenta lo anterior existen dos tipos de fuentes para que la autoridad tenga conocimiento de un hecho potencialmente delictivo, ellas son las FUENTES FORMALES como la denuncia. Presentada por cualquier persona natural o el representante legal de una persona jurídica afectada, la petición especial del Procurador General de la Nación., o cualquier otro medio de origen oficial como informes de policía o de otra autoridad que haya tenido conocimiento de la ocurrencia de un hecho de probable connotación delictiva.

Y las FUENTES NO FORMALES como Información obtenida por llamadas telefónicas, noticias difundidas por medios de comunicación, anónimos, informantes y correo electrónico.

En todo caso el Tribunal Seccional deberá advertir al denunciante sobre las consecuencias de faltar a la verdad en su manifestación, obtener del denunciante la mayor información posible que permita orientar eficazmente la indagación, verificar el cumplimiento de las condiciones de procedibilidad, es decir, los requisitos necesarios para dar curso a la acción disciplinaria, que no haya operado el fenómeno de caducidad.

Si se trata de escritos anónimos el tribunal dispondrá su archivo, cuando no suministren evidencias o datos concretos que permitan encauzar la investigación.

Ejemplo de fuentes Formales:

A continuación, se transcribe textualmente la queja instaurada por el secretario Departamental de Salud del Quindío Proceso No 1153 del TRIBUNAL SECCIONAL DE ÉTICA MEDICA DE RISARALDA Y QUINDÍO

"Por medio de la presente pongo en su conocimiento el caso encontrado en la visita de verificación

las condiciones de habilitación en salud realizada por el grupo verificador de la Secretaría departamental de Salud del Quindío a la IPS XXXX cabe anotar que dicha visita se realizó atendiendo una queja ciudadana. Esta IPS tiene servicios habilitados de cirugía plástica y estética, medicina general, centros de servicios de estética y sala de procedimientos menores. Durante la verificación de los estándares de habilitación realizada se revisó una muestra aleatoria de 10 historias clínicas

dentro de las cuales se encontramos(sic) que la paciente NNNNN según informe quirúrgico se le realizó el día… lipoescultura utilizado anestesia general siendo el anestesiólogo el Dr YYY PRIMER cirujano el Dr. NNNN (representante legal, que es médico general quien según refiere adelanta estudios de cirugía plástica en Brasil, pero quien aun NO se ha graduado), la hoja del informe quirúrgico está firmada por él y en el consentimiento informado se encuentra que, "autorizo al Dr. NNNN y a los ayudantes que sean seleccionados para realizar el siguiente procedimiento o tratamiento Lipoescultura Láser .. .." Al final firman la paciente, un testigo y el Dr. NNN.

Además de esta irregularidad en el procedimiento también se observa que algunas pacientes son valoradas por el Dr. NNN, él les plantea la cirugía a realizar y los costos, tiene consentimiento informado autorizándolo a él para la realización de la cirugía pero no se encuentra la nota de la misma, lo siguiente que hay en la historia clínica es una valoración postoperatoria, sin notas del procedimiento pues el Dr. NNN refiere que la historia se queda en el sitio donde es operada la paciente (es decir en quirófanos alquilados por el Dr. NNN para realizar los procedimientos).

Por lo anteriormente descrito remito a su despacho este informe continuar con el proceso pertinente.

Ejemplo de fuentes no formales:

Referencia:
Proceso No. 793 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Norte de Santander

El dos (2) de Abril de dos mil trece, el Doctor A practicó a la señora B en su consultorio particular un procedimiento estético en abdomen, denominado láser-lipolisis, sobreviniendo paro cardiorrespiratorio, que motivó el traslado a la Clínica San José, a donde llegó sin signos vitales a las 10:39 de la mañana. No obstante los esfuerzos médicos, no se logró reanimar a la paciente por lo que se declara su muerte. El 25 de Abril de 2013, estos hechos fueron de dominio público, puesto que fueron publicados y difundidos en un periódico local. Con base en esto El Tribunal Seccional de Ética Médica de Norte de Santander inició investigación disciplinaria, ordeno práctica de pruebas, y dispuso oír en versión libre al médico Doctor...

En Resumen, cualquier ciudadano puede presentar una queja en contra de la conducta de un médico, y los tribunales de ética están obligados a recibirla y emprender las acciones pertinentes para darle curso.

BIBLIOGRAFÍA:

1.- Diccionario de la lengua española, vigesimotercera edición 2014.

2.- Diccionario de la lengua española, vigesimotercera edición 2014.

3.- GARRONE, José A., Diccionario Jurídico - Tomo III, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p. 462).

4.- Estructura del Proceso Penal Acusatorio PEDRO ORIOL AVELLA FRANCO fiscalía general de la nación escuela de estudios e investigaciones criminalísticas y ciencias forenses

CAPÍTULO XVII
INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

La investigación preliminar en un instrumento procesal muy útil en el proceso ético disciplinario, de carácter eventual y previo a la etapa de investigación, cuyo objetivo es establecer o averiguar la existencia de un hecho o conducta constitutiva o no de falta ético -disciplinaria, identificando al presunto autor o autores.

Para comprender la naturaleza de la investigación preliminar se trae a colación el concepto de la doctora Gladys León, ex secretaria del Tribunal Seccional de Ética Médica de Cundinamarca.

"…Naturaleza de la Indagación Preliminar

No toda queja necesariamente origina una actuación disciplinaria.

Si hay un autor conocido y existen motivos para investigar la posible 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 y47 .

Dispone la Ley 23 de 1981: En lo no previsto en la presente Ley, se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal.

No obstante que en la Sentencia No. C-259/95 la Corte Constitucional estimó que la remisión que hace el artículo 82 de la Ley 23 de 1981 a las normas del Código de Procedimiento Penal, "en nada quebranta el artículo 29 de la Constitución Política y que al contrario, este precepto, conduce a que toda actuación del Tribunal de Ética Médica esté sometida a la observancia del debido proceso, garantizando de esa manera los derechos del profesional acusado dentro del proceso disciplinario", al expedirse la Ley 906 de 2004 ,el panorama jurídico cambia totalmente y es el momento de determinar sobre el modo de aplicar la norma, en congruencia con el proceso descrito por la Ley 23 de 1981, por cuanto el proceso penal de tipo acusatorio que introduce esta ley con las modificaciones de la Ley 1142 de 2007, no es compatible en todas sus partes, con nuestro actual proceso; aunque es claro que la fase de indagación de investigación preliminar es compatible con nuestro procedimiento, desde el punto de vista de la finalidad buscada en el procedimiento penal, como es la comprobación de si los hechos denunciados y sus circunstancias revisten las características de un delito desde la perspectiva de la tipicidad objetiva de la conducta. Si procede la acción penal y la identificación e individualización de los autores o partícipes de la conducta investigada a partir del recaudo de elementos probatorios.

El término de duración de la indagación preliminar.

La indagación preliminar no puede tener un término indefinido.

La Corte Constitucional en Sentencia C-036/03 que declaró inexequible el término 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, precisó:

"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 determinó el plazo para que la Fiscalía adelantara la indagación preliminar, lo que llevó 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 reformó 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 distingo ninguno, a toda la actuación penal, incluida por supuesto la etapa preprocesal, conocida como investigación previa, indagación preliminar o simplemente indagación".

El objetivo de la investigación es recopilar elementos de convicción que demuestren los hechos constitutivos del delito, lo que determinará la responsabilidad

Según el Artículo 74 de la Ley 23 de 1981 el proceso ético-profesional será instaurado:

a. De oficio, cuando por conocimiento de cualesquiera de los miembros del Tribunal se consideren violadas las normas de la presente ley.

b. Por solicitud de una entidad pública o privada, o de cualquier persona, natural o jurídica.

En todo caso deberá presentarse, por lo menos, una **prueba sumaria** del acto que se considere reñido con la ética médica.

Para comprender el significado de la prueba sumaria nos remitiremos a lo estudiado por la Corte Constitucional en su sentencia C-523 de 2009 de la siguiente manera:

"Aunque la legislación colombiana no define lo que debe entenderse por prueba sumaria, su noción ha sido precisada por la doctrina y la jurisprudencia nacionales. Así, para Antonio Rocha Alvira, la prueba sumaria ***es aquella que aún no ha sido controvertida por aquel a quien puede perjudicar,*** *y de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la prueba sumaria es plena prueba, lo que quiere decir que debe reunir las mismas condiciones de fondo de cualquier prueba, que sea* ***pertinente o conducente,*** *esto es, que sea la adecuada para demostrar un hecho o un acto jurídico concretos. En ese sentido la doctrina ha sido uniforme en señalar que la prueba sumaria* ***suministra al juez la certeza del hecho*** *que se quiere establecer en idénticas condiciones que lo hace la plena prueba, con la diferencia que la prueba sumaria no ha sido sometida a contradicción, ni conocimiento o confrontación por la parte contra quien se quiere hacer valer."*(Subrayado no lo es en el texto)

La prueba sumaria tiene las siguientes características:

Es un medio que nos permite demostrar la existencia de un hecho que no ha sido controvertido por aquel a quien se puede perjudicar.

Se ajusta a la descripción que de ese hecho hace el legislador en la ley o sea la existencia de una acción típica.

Debe ser pertinente y conducente.

Ha de tener la eficacia e idoneidad suficiente para la finalidad perseguida.

No se refiere a presentar una cantidad de documentos para satisfacer el requisito de prueba sumaria.

Lo que se requiere es que el actor, acredite, al menos preliminarmente, que su acusación cuenta con suficiente base fáctica y probatoria, para endilgarle un claro cargo intencional y abusivo.

El mero señalamiento no es determinante para iniciar la investigación ético disciplinar.

Para vincular a una persona al proceso debe haber al menos una prueba sumaria.

Se indica la apertura de una investigación: "*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.*" (Gladys León)

La investigación preliminar no se debe abrir:"*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.*" (Gladys León)

En los casos intermedios procede la investigación preliminar:

1. Con el fin de individualizar e identificar el autor de una posible falta disciplinaria.

2. 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.

3. Para determinar en caso de duda la calidad de médico del acusado, atendiendo al factor subjetivo de competencia de los Tribunales. Con frecuencia se reciben quejas que corresponden a profesionales de otras carreras o a personal auxiliar.

4. Se recaban elementos materiales probatorios, evidencia física e información por medios lícitos. Es importante, durante el análisis de las pruebas determinar que las mismas hayan sido obtenidas de manera lícita.

5. Se deben tener en cuenta que la investigación preliminar no es una etapa obligatoria del proceso ético disciplinario.

La investigación preliminar tiene unos términos para su realización que deben tenerse en cuenta al determinar las estrategias y tiempos dedicados a la investigación.

• *"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" (Corte constitucional Sentencia C-036/03)*

• *duración de la indagación preliminar: se inicia con la noticia criminis y termina cuando se procede a abrir instrucción, o se archivan las diligencias, o se solicita la preclusión de la investigación. (penal)*

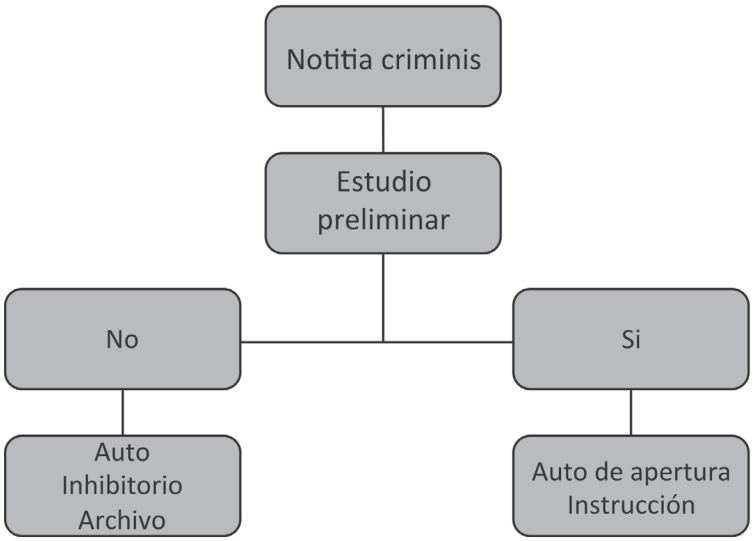
De acuerdo con el artículo 30 de la Ley 734 de 2002, modificado por el artículo 132 de LEY 1474 DE 2011:

• *"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."*

Sobre este tema se remite al lector al Capítulo sobre prescripciones, donde podrá ampliar el tema.

Proceso Ético Disciplinario



Fte: María M. Vásquez

La investigación preliminar tiene la siguientes características:

Es legal: Su forma y procedimiento se encuentran regulados normativamente.

Es objetiva e imparcial: Sus conclusiones deben fundarse en elementos de convicción que sustenten sus proposiciones fácticas, recopilando información de cargo y de descargo.

Es dinámica: Es proactiva al recolectar los elementos de convicción.

Es reservada: Las partes involucradas sólo pueden enterarse de los avances de la investigación de manera directa o por sus abogados.

Es garantista: Deben respetarse los derechos y garantías del imputado y de la víctima.

Es continua: Es un proceso permanente de recopilación de información relevante

Es flexible: En su estrategia es creativa, promueve el trabajo en equipo y se retroalimenta con la información obtenida para fundar lo que será su teoría del caso.

Es eficiente: Busca un adecuado uso de los mecanismos para el logro de sus objetivos. Privilegia las salidas alternativas: Al aplicar el principio de oportunidad, acuerdos y terminación anticipada.

El objetivo de la investigación es recopilar elementos de convicción que demuestren los hechos constitutivos del delito, lo que determinará la responsabilidad o inocencia del imputado. (República del Perú. Escuela del Ministerio Público. Guía de Actuación Fiscal en el Código Procesal Penal, 2013, p.9)

En el momento de valorar las pruebas el magistrado instructor debe verificar que las mismas se hayan obtenido de manera legal, sean pertinentes para el caso, conducentes y suficientes contando con los elementos materiales, evidencias e información por recolectar, probar o descartar su hipótesis de trabajo durante la investigación.

El magistrado definirá la estrategia de investigación, el cual se entiende como un conjunto de actividades que se desarrollan frente a un caso para determinar la manera más eficiente de presentarlo a la Sala; para lo cual verificará el hecho y elaborará su hipótesis de trabajo; empezando por analizar los hechos, la posible vulneración del comportamiento ético, del lex artis o de la norma jurídica y los elementos de convicción.

En caso específico o complejo puede solicitar el apoyo de un perito experto que le permita verificar, reorientar, modificar o abandonar la hipótesis.

La investigación preliminar tiene términos que se deben observar.

Algunas preguntas estratégicas que debe hacerse el magistrado instructor son:

¿Qué sucedió?
¿Quién o quiénes lo hicieron?
¿Cuándo ocurrieron los hechos?
¿Cómo ocurrieron los hechos?
¿Dónde ocurrieron los hechos?
¿A quién o quienes afectaron los hechos y en qué medida?
¿Porqué lo hizo o porqué lo hicieron?

Durante la aclaración de los hechos se debe tener en cuenta los derechos de las personas y del debido proceso. Entre estos derechos los de:

- Garantizar el debido proceso y derecho a la defensa.
- Imparcialidad y principios del arte de juzgar.
- Obligación de comunicarle la existencia de la indagación preliminar para ejercer derecho a la defensa, controvertir pruebas o solicitarlas.
- Escucharlo en Versión libre.
- Ejercer la defensa una vez se entere.

En cuanto al proceso Mario Cadavid Botero propone, en sus conferencias dentro del seminario *"Técnicas del juicio Oral en un Sistema Acusatorio"*, las normas rectoras, tienen un "carácter hermenéutico general", son "orientadoras de la actividad procesal", son "de obligatorio cumplimiento" y de "contenido prevalente".

Se constituyen en el faro que ilumina la interpretación y aplicación de los demás institutos previstos en las restantes normas del Código de Procedimiento Penal, con lo cual ante dificultades hermenéuticas, surgirá impositivo preferir la interpretación que más se ajuste a sus postulados, aun si se trata de divergencias entre normas procesales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, incluso atendiendo la cláusula pro homine, es decir la que favorezca la efectividad de los derechos humanos de los ciudadanos o su mejor ejercicio. (Ver las sentencias y C-406 de 1996 y 14 y C-251 de 1997)

En los casos en que dos principios rectores entren en tensión, el asunto se resolverá

aplicando los test de proporcionalidad, de razonabilidad y de ponderación, conforme lo aclara incluso uno de los postulados más innovadores y trascendentes de la propia Ley 906 de 2004 en su artículo 27.

Finalmente dígase que Cadavid Botero, expone una clasificación de las "normas rectoras" del Código de Procedimiento Penal, que además de facilitar su estudio, explica de manera suficiente y adecuada la naturaleza de las mismas, atendiendo a su contenido deontológico, axiológico y filosófico, así:

1. Normas de Naturaleza o de Contenido fundante

Explican la razón de ser del sistema, de tal forma que su contenido o esencia, independientemente de la estructura externa, permiten afirmar si el mismo se fundamenta en la denominada "Seguridad Nacional" o en la denominada "Seguridad Individual".

Marcan el derrotero filosófico y teleológico del sistema procesal penal, como mecanismo de represión o como herramienta para administrar justicia.

El tratamiento preferente a la dignidad humana, refleja la imposición de sostener a ultranza el carácter antropocéntrico del Estado Social y Democrático de Derecho, cuya razón de ser es precisamente el ser humano, considerado en su esencia y su trascendencia.

Son normas de contenido fundante, las referidas a:

Dignidad Humana(artículo 1o), Libertad(artículo 2º), Prelación de los tratados internacionales (artículo 3o) e Igualdad (artículo 4o)

Restablecimiento del derecho (artículo 22), Principio de imparcialidad (artículo 5o), Principio de Lealtad (artículo 12), Moduladores de la actuación (art. 27)

2. Normas de Naturaleza o de Contenido Garantista

Se constituyen en herramientas eficaces, para que cualquier interviniente pueda no sólo rogar jurisdicción sino igualmente sacar avante su pretensión, dentro del marco de la realización de justicia material y de la tutela judicial efectiva.

Sirven para equilibrar el conflicto intersubjetivo de intereses resistidos. Comportan garantías sustanciales, procesales y de ejecución.

Son normas de contenido garantista:

Legalidad (artículo 6o) y Presunción de inocencia (artículo 7o), Derecho de defensa (artículo 8o), Derecho de las víctimas (artículo 11), Gratuidad (artículo 13), Derecho a la intimidad (artículo 14), Derecho de contradicción (artículo 15), Inmediación (artículo 16), Publicidad (artículo 18), Juez natural(artículo 19), Doble instancia (artículo 20), Cosa Juzgada (artículo 21), Cláusula de exclusión (artículo 23) y Ámbito de la Jurisdicción común (artículo 24)

3. Normas de Naturaleza o de Contenido funcional

Son normas de contenido técnico, que permiten el normal desarrollo de la actuación. Se relacionan con el principio de estricta legalidad de las formas; pero además comportan igualmente, referentes obligatorios de respeto a los valores superiores y los derechos fundamentales, en tanto obligan al acatamiento de los ritos procesales, pero no por una mera genuflexión al procesalismo, esto es del cumplimiento de la forma por la forma misma, sino en la medida en que hagan efectivos los fines ónticos de los respectivos institutos procesales, es decir, su razón de ser, conforme lo exigen la fases históricas del procedimentalismo y de la jurisdicción.

Son normas de contenido funcional. Actuación Procesal (artículo 10), Concentración (artículo 17) y Oralidad (artículo 9o)

Todo así, se impone reiterar que el sistema de enjuiciamiento penal adoptado por la Ley 906 de 2004, propugna por ajustarse de mejor manera a los contenidos garantistas a que aspira el Estado Social y Democrático de Derecho que pregona la Constitución Política de 1991. (Avella F., Pedro O. Principios rectores y garantías procesales, p. 48-51)

Bibliografía

1. Vásquez, M.M.; Inducción sobre el proceso ético disciplinario para Magistrados. Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá.

2. León, G. Naturaleza de la investigación preliminar. Tribunal Seccional de Ética Médica de Cundinamarca.

3. República del Perú. Escuela del Ministerio Público. Guía de Actuación Fiscal en el Código Procesal Penal, 2013, p.9

4. Avella F., Pedro O. Principios rectores y garantías procesales,© FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, 2007, p. 48-51. ISBN 978-958-8374-03-1 ©

5. Lago B., Gabriel. Ponencia Denuncia. Aceptación de la Investigación Preliminar Encuentro de Tribunales, Bogotá, Julio 1ª, 2017

CAPÍTULO XVIII
INVESTIGACIÓN FORMAL

La investigación formal es la etapa del proceso ético – disciplinario que sigue a la investigación preliminar. Al finalizar la etapa de investigación preliminar el juez tiene dos alternativas: 1. Declarar que no existe mérito para abrir investigación formal y archivar el proceso (sentencia inhibitoria) y 2. Abrir investigación formal, teniendo en cuenta que existen dudas razonables sobre la actuación del inculpado que ameritan ser aclaradas, en beneficio de las dos partes.

Si la decisión tomada es la primera (archivo o sentencia inhibitoria), contra la misma proceden los recursos de reposición ante el mismo tribunal de primera instancia y apelación ante la segunda instancia que en el caso del proceso ético médico disciplinario le corresponde al Tribunal Nacional.

Aunque en la Ley 23 de 1981 (Código de Ética Médica) no se expresa de manera clara y precisa la separación entre la investigación preliminar y la investigación formal, en aras de preservar el debido proceso y estar acorde con las normas de procedimiento penal y disciplinario vigentes, deberá cumplirse con las mencionadas etapas. La misma ley, en su artículo 82 establece que, para lo no previsto en la misma, se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal (CPP).

El Proceso ético médico disciplinario, como lo es la Constitución Nacional colombiana, es garantista y preserva las facultades procesales del quejoso; el Tribunal Nacional de Ética Médica en reiteradas ocasiones se ha pronunciado al respecto, por lo que es importante transcribir textualmente parte de la providencia No. 32 de

2010, con ponencia del magistrado Fernando Guzmán Mora, en donde se anota la jurisprudencia actual que permite tener claridad al respecto:

"Las facultades procesales del quejoso.

En el sistema procesal de la ley 600, el quejoso solo podía interponer el recurso de apelación contra el auto inhibitorio, porque cuando se abría formalmente proceso, el denunciante al no ser sujeto procesal le estaba vedada su participación dentro del proceso y por tanto no podía interponer recursos en el transcurso del mismo.

Hoy la situación es diferente, porque en el sistema procesal acusatorio, Ley 906 de 2004, la víctima tiene derecho de participación en el proceso.

Así se dispone:

ARTÍCULO 11. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS. El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia, en los términos establecidos en este código.

En desarrollo de lo anterior, las víctimas tendrán derecho:

a) A recibir, durante todo el procedimiento, un trato humano y digno;

b) A la protección de su intimidad, a la garantía de su seguridad, y a la de sus familiares y testigos a favor;

c) A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código;

d) A SER OÍDAS Y A QUE SE LES FACILITE EL APORTE DE PRUEBAS;

e) A RECIBIR DESDE EL PRIMER CONTACTO CON LAS AUTORIDADES Y EN LOS TÉRMINOS ESTABLECIDOS EN ESTE CÓDIGO, INFORMACIÓN PERTINENTE PARA LA PROTECCIÓN DE SUS INTERESES Y A CONOCER LA VERDAD DE LOS HECHOS QUE CONFORMAN LAS CIRCUNSTANCIAS DEL INJUSTO DEL CUAL HAN SIDO VÍCTIMAS;

f) A QUE SE CONSIDEREN SUS INTERESES AL ADOPTAR UNA DECISIÓN DISCRECIONAL SOBRE EL EJERCICIO DE LA PERSECUCIÓN DEL INJUSTO;
g) A SER INFORMADAS SOBRE LA DECISIÓN DEFINITIVA RELATIVA A LA PERSECUCIÓN PENAL; A ACUDIR, EN LO PERTINENTE, ANTE EL JUEZ DE

CONTROL DE GARANTÍAS, Y A INTERPONER LOS RECURSOS ANTE EL JUEZ DE CONOCIMIENTO, CUANDO A ELLO HUBIERE LUGAR;

h) <Aparte tachado INEXEQUIBLE> A ser asistidas durante el juicio y el incidente de reparación integral, si el interés de la justicia lo exigiere, por un abogado que podrá ser designado de oficio;

i) A recibir asistencia integral para su recuperación en los términos que señale la ley;

j) A ser asistidas gratuitamente por un traductor o intérprete en el evento de no conocer el idioma oficial, o de no poder percibir el lenguaje por los órganos de los sentidos. (Lo destacado no lo es en el texto).

En las circunstancias precedentes, habría de concluirse el derecho de las víctimas de interponer recursos y entre ellos, el de apelar el auto de archivo en el momento de la calificación del mérito de la investigación".

Otra circunstancia que se ha observado en repetidas ocasiones en el Tribunal Nacional tiene que ver con que el tribunal de primera instancia o tribunal Ac quo resuelve "precluir la investigación", cuando aún no se ha iniciado investigación formal ni tampoco se ha planteado pliego de cargos, por lo que se hace necesario hacer las siguientes aclaraciones al respecto, con el fin de evitar malas interpretaciones de las partes y que también han sido expresadas en providencias emitidas por el Tribunal Nacional:

En el adelantamiento del proceso se presentan dos decisiones que por los efectos que producen son similares, pero que se dictan dentro del proceso en dos momentos diferentes. La primera decisión es la de archivo o inhibitoria, que se produce como parte final de la investigación preliminar, cuando el instructor considera que no existen méritos probatorios para ordenar abrir la correspondiente investigación, y en consecuencia se ordena el archivo de la misma; la segunda, es la de preclusión, cuando abierta la investigación, se llega el momento de calificar el mérito del sumario y solo se puede tomar una de dos decisiones:

a) Formulación de cargos, caso en el cual, la Fiscalía pierde competencia, el proceso pasa a conocimiento de los jueces y el fiscal deja de impulsar la acción penal para convertirse en un sujeto procesal y b) La preclusión, que produce los mismos efectos de una sentencia absolutoria, cuando se considera que el procesado no ejecutó la conducta, que lo hizo bajo una de las causales de exención de responsabilidad, cuando no existe prueba incriminatoria en su contra, o cuando existen dudas de carácter probatorio, que llevan a la aplicación del "in dubio pro reo".

De nuevo, no se debe olvidar que los vacíos legislativos existentes en la Ley 23 de 1981, se deben llenar por remisión al Código de Procedimiento Penal, y en tales circunstancias es una realidad que la decisión de archivo pone fin a la investigación preliminar, mientras que la formulación de cargos y la preclusión, ponen fin a la etapa investigativa del proceso, cuando el mismo fue formalmente abierto. Como se aclaró de manera suficiente, en el primer caso (archivo) las víctimas tienen derecho a interponer recursos (reposición y apelación), mientras que en el segundo (preclusión), no caben tales recursos.

Bien se conoce que el proceso ético disciplinario está constituido por una serie de actos que se deben producir de manera consecutiva en el orden preestablecido por el legislador, de la misma manera que es importante recordar que el proceso es de orden público y por tanto quienes los conducen y participan en él no pueden adelantarlo como a bien les venga de conforme a su voluntad, sino que de manera imperativa, debe llevarse a cabo de conformidad con la previsiones legislativas y en la misma secuencia allí establecida. Mal se podría pretender calificar el mérito del sumario, sin que previamente se hubiera abierto formalmente la investigación disciplinaria.

En la providencia donde se ordena abrir investigación formal, el magistrado investigador señalará los objetivos o metas que se deben cumplir dentro del proceso:

• Si se ha infringido la Ley de Ética Médica.
• Quién o quiénes son los autores del hecho (Individualización de la falta).
• Motivos determinantes y demás factores que influyeron en la violación o falta.
• Circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó el hecho.
• Las condiciones sociales, familiares o individuales que caracterizan la personalidad del imputado, su conducta anterior y sus antecedentes procesales.

Una vez allegadas las pruebas al expediente, como ya se ha mencionado, se toma una de dos decisiones:

a) Preclusión de la investigación: equivale a una sentencia absolutoria y se dicta cuando no se tenga certeza de que la conducta la cometió el procesado, cuando el proceso no pueda proseguirse o cuando se tenga certeza de que el hecho no existió.

b) Resolución de acusación o formulación de pliego de cargos para la cual se deben cumplir con algunos requisitos sustanciales:

• Que se encuentre establecida la comisión del ilícito.
• Que exista prueba que comprometa seriamente la responsabilidad del procesado, es decir que de la prueba se llegue a tal conclusión (no se necesita plena prueba

que se pueda obtener de confesión, indicios, testimonios, documentos, peritación, inspección judicial).

Son requisitos formales de la resolución de acusación o pliego de cargos:

1. La narración sucinta de la conducta investigada, con todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que la especifiquen.
2. La indicación y evaluación de las pruebas allegadas a la investigación.
3. La calificación jurídica provisional: tienen que encuadrar las circunstancias de tiempo, modo y lugar dentro de una norma jurídica.
4. Las razones por las cuales comparte o no, los alegatos de los sujetos procesales.

Será entonces una resolución interlocutoria, motivada, notificada personalmente.
La notificación será una notificación especial y deberá hacerse al defensor y al procesado; se les enviará por el medio más eficaz a la última dirección conocida en el proceso. La comunicación deberá emitirse a más tardar el siguiente día hábil a la fecha de la providencia.

Transcurridos ocho (8) días posterior a la comunicación sin que comparecieren y sin que se presentara excusa válida del defensor para seguir actuando o exista renuncia a comparecer, se le designará un defensor de oficio con quién se continuará la actuación. Notificada personalmente la resolución de acusación al procesado o a su defensor, los demás sujetos procesales se notificarán por estado.

La resolución de acusación debe ser clara y establecer la identificación e individualización del procesado o sindicado; la motivación no puede ser anfibológica (ambigua) ni confusa. Debe determinar la modalidad delictiva.

Debe contener la imputación fáctica, que significa que el hecho o hechos constitutivos de la infracción deben estar plenamente señalados y precisados de tal manera que el procesado sepa a qué atenerse, junto con las circunstancias genéricas de agravación o atenuación.

Debe contener imputación jurídica: el magistrado al calificar la falta debe hacer un juicio valorativo de los hechos que constituyen la conducta típica para precisar en qué artículo de la norma estarían consagrados.

LA CONDUCTA

Todos los seres humanos en nuestra interrelación desarrollamos conductas. La conducta puede ser comisiva u omisiva, es decir por acción u omisión. Se presenta de

forma culposa o dolosa (intencional). En resumen, la conducta del inculpado puede ser calificada como comisiva culposa, comisiva dolosa y omisiva culposa y omisiva dolosa.

LA ADECUACIÓN TÍPICA

La norma jurídica comporta dos presupuestos: un hecho jurídico y una consecuencia jurídica. Cuando tomamos las conductas y las examinamos comparándolas con el supuesto de hecho contenido en la norma penal, estamos hablando de tipicidad. En la medida que la conducta examinada se aproxima a la falta calificada como ilícita por la norma, la conducta se configura como típica.

EL SUJETO

Sujeto activo: en el proceso ético médico disciplinario se refiere siempre a la conducta de un médico.

Sujeto pasivo: es el sujeto en quién recae la acción y el Estado es el titular del bien jurídico tutelado de la ética profesional médica.

EL JUICIO DE VALORACIÓN

Consiste en la valoración que se hace de la conducta examinada para determinar si esa conducta se puede subsumir dentro de la descripción que trae el legislador. El que interpreta o quien hace el estudio debe buscar la concordancia que existe entre la conducta desarrollada y la descripción hecha por el legislador, es decir, si la conducta cabe dentro del tipo penal; cuando la respuesta es positiva, existe una adecuación típica y estamos frente a una conducta típica.

El proceso de adecuación típica que realiza el magistrado es un proceso de valoración donde se evalúan el tipo y la conducta. La tipicidad es la respuesta afirmativa del resultado que nos da al comparar la conducta analizada con el tipo penal.

Si bien de manera general los actos interlocutorios admiten el recurso de apelación, lo cierto es que hay algunos en que por propia disposición de la ley se les niega esa posibilidad, o que jurisprudencialmente se deduce su inapelabilidad, por ser ilógica la segunda instancia para determinados casos, por ser contrarios al sistema procesal imperante o porque se considera que en determinados casos la segunda instancia en lugar de favorecer perjudica los intereses de los recurrentes.

PRUEBAS EN EL JUICIO.

Las pruebas existen desde antes del proceso y son esenciales para demostrar los hechos. Desde la etapa preliminar del proceso se pueden recaudar pruebas que permitan confirmar o desvirtuar los hechos y conformar la llamada verdad procesal. En el juicio penal, el descubrimiento de evidencia es un deber que se impone a la Fiscalía en la audiencia de formulación de acusación y a la Defensa en la audiencia preparatoria, dar a conocer de manera íntegra la evidencia existente. Este deber es manifestación del principio de igualdad de las partes, del de contradicción y el de lealtad procesal. Como atribución propia de la defensa, y deber del acusador, el defensor debe conocer, por intermedio del juez todos los medios de conocimiento en poder de la Fiscalía, en el momento de realizar la acusación.

Esta etapa, previa al juicio oral debe ser aprovechada por el defensor con dos propósitos: El primero conocer el contenido de toda evidencia incriminatoria en contra de su defendido y así anticipar la teoría del caso del acusador y ajustar la de la defensa. Para ello debe ser muy acucioso en solicitar toda la evidencia de la Fiscalía, con el mayor detalle posible, que le permita identificar las fallas en el proceso previo de formación de la prueba con miras a la confrontación en el juicio. El segundo propósito es utilizar el conocimiento de los medios descubiertos en la audiencia preparatoria, para oponerse a la admisibilidad de evidencia ofrecida por la Fiscalía. Del uso debido de las oposiciones en esta audiencia podrá lograr el rechazo, la exclusión o la inadmisibilidad de medios de conocimiento relevantes de la Fiscalía que no llegarán al juicio oral y que debilitan sustancialmente su teoría del caso.

Características del descubrimiento de la evidencia o prueba

1. El descubrimiento debe ser total. Esto significa que deben entregarse o exhibirse todos los medios de conocimiento que se tengan en poder: evidencia material, documental, entrevistas, declaraciones, deposiciones, interrogatorios, informe base de la opinión pericial, etc.

Significa además que los medios cognoscitivos deben entregarse completos no parcialmente, ni mutilados o transcritos fragmentariamente de cualquier manera que limiten el conocimiento pleno del adversario sobre su estado y contenido.

2. El descubrimiento debe ser oportuno. El deber de lealtad procesal exige que la parte ante la que se descubre la prueba tenga la oportunidad de preparar la contradicción de la evidencia que se le pone de presente.

Por lo tanto, la ley fija una oportunidad para la Fiscalía y otra para la defensa a fin de que descubran la evidencia que llevarán a juicio.

Pertinencia, admisibilidad y autenticidad de la prueba

En reciente providencia de este Tribunal Nacional (28 - 2015) con ponencia del Magistrado Fernando Guzmán Mora, se expresó lo siguiente, respecto de la pertinencia, admisibilidad y autenticación de la prueba:

Con el fin de respetar el tiempo del juez, la evidencia no será oída a menos que primero se demuestre su relevancia y admisibilidad. Existen tres aspectos esenciales que la evidencia debe demostrar para ser aceptada: pertinencia, autenticidad y admisibilidad.

Pertinencia

Es la correspondencia directa o indirecta entre la evidencia ofrecida y los hechos controvertidos en el proceso. La evidencia se somete a dos exámenes para ser pertinente: el primero, relativo a la ley sustancial, impone que la evidencia se refiera directa o indirectamente a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, y a la identidad o la responsabilidad penal del acusado.

El segundo, ordenado por la lógica, la experiencia y el comportamiento humano debe tender a demostrar que los hechos controvertidos sean más o menos probables.

La relevancia de la mayoría de las evidencias es generalmente clara u obvia deducida del contexto del caso, pero ocasionalmente debe ser demostrada con el establecimiento de los hechos que la fundamentan

La pertinencia debe ponerse de presente ante el juez de conocimiento al hacer la solicitud u ofrecimiento de prueba en la audiencia preparatoria (Artículo 357 del CPP), a fin de que este la admita y pueda practicarse en el juicio oral.

Autenticidad.

La autenticidad se refiere a que la evidencia ofrecida es realmente lo que el proponente demanda que es. La evidencia no será admitida hasta que previamente se muestre que ésta es una "cosa real". El juez decide cuando un ítem de evidencia ha sido suficientemente autenticado, y el criterio varía de acuerdo con la naturaleza de la evidencia involucrada. Generalmente se piensa en la autenticación como aplicable a la evidencia física como documentos, objetos o fotografías. ¿Es este el documento que las partes firmaron? ¿Es este

el vehículo que produjo el daño? ¿Muestra la fotografía justa y adecuadamente la escena del accidente? Antes de que cualquier evidencia pueda recibir fundamentación debe establecerse que cumple adecuadamente con la petición de autenticidad del proponente.

El requerimiento de autenticidad apoya única y exclusivamente la admisibilidad de la evidencia, pero no determina per se su valor probatorio. El oponente puede controvertir su validez, y el juez estimar o no esta evidencia para apoyar su decisión.

El requerimiento de autenticidad, no se limita a objetos tangibles. También es propio de cierta evidencia testimonial. Por ejemplo, un testigo generalmente no puede declarar sobre una conversación telefónica sin primero establecer sus bases para el reconocimiento de la voz de la persona al otro lado de la línea. Esto es, que la identidad del otro conversador debe ser autenticada.

Admisibilidad

El tercer requisito para aceptar la prueba es que cumpla con las condiciones de admisibilidad. La regla general es que toda evidencia pertinente es admisible (Artículo 376 del CPP), y por lo tanto evidencia que no es pertinente no es admisible. O como resume Chiesa "La pertinencia es condición necesaria pero no suficiente para la admisibilidad de todo medio de prueba".

Normas de exclusión:

Así, aunque sea pertinente no es admisible la evidencia. El artículo 376 del CPP contempla las siguientes normas de exclusión de evidencia pertinente:

a) Que la evidencia pueda causar grave perjuicio indebido.

La finalidad de presentar evidencia en un proceso adversarial es causar perjuicio a la contraparte, pero se trata de un perjuicio debido, razón mismo, del proceso. El perjuicio indebido a que se hace mención es el que de alguna forma afecte la imparcialidad del juez por tener esa evidencia un valor objetivo menor al que se pretende presentar.

b) Que la evidencia genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto o exhiba escaso valor probatorio.

La probabilidad de confusión de la prueba ofrecida debe observarse frente a los hechos que se pretenden probar, frente al desgaste administrativo que implica de una prueba compleja que cause confusión y frente a la dilación del procedimiento que pueda acarrear.

Esto se presenta mucho en el campo de la prueba pericial, con los dictámenes densos y cargados de terminología científica que siembran confusión en el juzgador. En este caso deben primero cumplirse estrictamente las normas de admisibilidad de la prueba científica y precisarse exactamente el objeto de la prueba que se permite practicar. Al juez puede solicitarse la admisibilidad parcial de la evidencia frente a los puntos centrales de debate durante el proceso.

La prueba que exhibe escaso valor probatorio, de otro lado es, por ejemplo, la prueba superflua o acumulativa, que ni da ni quita al proceso, que es innecesaria porque ya se practicaron en el proceso suficientes pruebas para dar certeza sobre un hecho determinado.

c) Que sea injustamente dilatoria del procedimiento.

Como criterio de eficiencia en el proceso, el juez debe analizar si el proceso de formación y práctica de la prueba se compensa con el valor probatorio de la misma, o si su valor es inferior al tiempo que demora la práctica de ésta. Por ejemplo, la petición de la Fiscalía al juez para que otorgue más tiempo a fin de ubicar un testigo de cargo, frente al perjuicio que se ocasiona por la prolongación de la detención preventiva del acusado afectando sus derechos fundamentales, y el principio de eficiencia del proceso penal.

También es dilatoria del procedimiento la prueba superflua o acumulativa, es decir la que no agrega nada al proceso, es innecesaria porque lo que se pretende probar ya se tiene con otros medios de conocimiento. Ejemplo solicitar cinco testimonios sobre un hecho.

Se concluye entonces que las pruebas, esenciales para demostrar los hechos, existen desde antes del inicio del proceso y durante las diferentes etapas del mismo se deben recaudar con el fin de confirmar o desvirtuar los hechos que conforman verdad procesal y que permiten al juez impartir justicia de la forma más correcta.

CONCLUSIONES

La investigación formal constituye una etapa fundamental en el proceso ético médico disciplinario. La realizan los tribunales seccionales o tribunales de primera instancia; son ellos, quienes tienen la mayor y mejor experiencia y a su vez, por esta misma razón, se les exige el cumplimiento del debido proceso, indispensable en la administración de justicia.

En el proceso ético médico disciplinario durante la investigación formal, etapa siguiente a la investigación preliminar, el juez determinará si se ha infringido la Ley de Ética Médica, quién o quiénes son los autores del hecho, es decir se deberá individualizar la falta y sus responsables, se determinarán los motivos determinantes y demás factores que influyeron en la falta, junto con las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó el hecho. Es decir, esta etapa constituye la etapa investigativa del proceso que finalizará con la preclusión del mismo (sentencia absolutoria) o con la apertura del pliego de cargos, con el fin de permitir al acusado sus respectivos descargos y su legítima defensa en la etapa de juicio.

El cumplimiento de la ritualidad exigida en el proceso debe tenerse en cuenta, con el fin de evitar dilaciones injustificadas. Adicionalmente, reconocer oportunamente los impedimentos para evitar recusaciones que puedan invalidar lo actuado durante un proceso y recopilar y analizar de manera adecuada las pruebas presentadas por las partes, con el fin de determinar la pertinencia, autenticidad y admisibilidad de las mismas.

De la forma como se conduzca la investigación formal dependerá en gran parte que el proceso ético médico disciplinario cumpla con el objetivo primordial de administrar una pronta y adecuada justicia.

Referencias

Ley 23 del 18 de febrero de 1981. Congreso de Colombia. Por la cual se dictan normas sobre ética médica.

El proceso ético médico disciplinario. Gaceta Jurisprudencial. Junio 2012, pp. 15 – 66.

Guzmán Mora F. Las pruebas en el proceso ético disciplinario. Editorial. Gaceta Jurisprudencial. Marzo 2017, pp. 48 – 52.

Ley 906 del 31 de agosto de 2004. Congreso de Colombia. Código de Procedimiento Penal (CPP)

CAPÍTULO XIX
DEBIDO PROCESO EN GENERAL

El debido proceso y su universalización a todo tipo de procesos judiciales y administrativos.

Es bien sabido que la Carta Política se limita a mencionar el concepto del debido proceso, sin definirlo, ni precisar sus características, lamentablemente el legislador en los distintos estatutos procesales ha evadido la responsabilidad de delimitar el concepto, particularmente más exigente en el proceso penal, donde de manera cotidiana los sujetos procesales esgrimen sus armas dialécticas respecto a la presunta o real violación o no del debido proceso.

Es lamentable que el legislador no haya cumplido con esta obligación, porque nos parece que se trata de un esfuerzo dogmático que ha debido realizarse, porque el concepto del debido proceso debería presidir dentro de su particular perspectiva todos y cada uno de los códigos procesales existentes, porque siendo su violación una de las causales de nulidad mayormente aducidas, es evidente que el legislador debe por lo menos comprometerse con la idea que en este Estado de Derecho se debe tener sobre tan importante concepto político-jurídico.-

Por debido proceso, debemos entender desde la perspectiva estrictamente penal, el conjunto de normas constitucionales, de los tratados y de las leyes, mediante las cuales se consagran un conjunto de derechos y de garantías de naturaleza penal y procesal, que buscan impedir, restringir o limitar la capacidad investigativa, perseguidora y punitiva del Estado, en cuanto permite la investigación y la persecución penal con una serie de limitantes temporo-espaciales, estableciendo condicionamientos

circunstanciales de modo; de la misma manera que establece claras limitaciones sancionatorias en cuanto a la clase de penas a imponer, la duración de la mismas y los modos de ejecutarlas; todo ello, para efectos de garantizar de manera efectiva los derechos fundamentales de los ciudadanos entre los que se encuentran la vida, la integridad física y psíquica, la dignidad, la libertad, la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y de las comunicaciones, el libre desarrollo de la personalidad, entre otras.-

Desde la anterior perspectiva, es necesario concluir que entre las principales características del debido proceso (en general) y de manera concreta en el proceso penal son las siguientes:

A) El debido proceso es fundamentalmente un concepto político-jurídico, puesto que su comprensión y alcance depende del modelo de Estado y de sociedad acogidos por la estructura política que los condiciona, es decir, por la Constitución.-

B) El debido proceso por la razón precedente, es un concepto propio de cada país, que generalmente cambia, cuando se producen cambios fundamentales en la estructura del Estado, particularmente en lo que hace relación con las potestades y competencias de éste, en relación con el ejercicio de los derechos ciudadanos y del cumplimiento de sus deberes;

C) El debido proceso es universal, pues debe existir desde la perspectiva que impone la naturaleza de cada materia procesal, en todos los procedimientos judiciales y en las actuaciones administrativas, mediante las cuales se puedan llegar a imponer sanciones o decisiones que afecten derechos del ciudadano;

D) El debido proceso impera hasta en procedimientos sancionatorios ejercidos por los particulares cuando la ley difiere en éstos el ejercicio de ciertas potestades represivas. Se hace referencia por ejemplo a la capacidad disciplinaria que tienen los patrones respecto de los trabajadores, los entes educativos respecto de docentes y dicentes y las ligas deportivas, aficionadas y profesionales respecto de las personas involucradas en tales actividades.-

E) El debido proceso es un concepto complejo, puesto que aparece integrado por múltiples garantías constitucionales y legales. No son solo las que aparecen en el artículo 29 de la Constitución, ni solo las que aparecen en los artículos 14 del Pacto y 8 de la Convención. A lo largo del texto Superior existen plurales garantías que de manera necesaria hacen parte del debido proceso, lo complementan, o le sirven de apoyo instrumental.-

El debido proceso es un concepto abstracto que no se viola por si solo, sino que es indispensable que se vulnere una de las garantías que lo integran para poder pregonar la violación del precepto constitucional. Es así que cuando se viola el derecho a la defensa, el principio de legalidad, el de presunción de inocencia, el principio de la reformatio in pejus, el de la dignidad humana, el de la inviolabilidad de la correspondencia o de las comunicaciones por realización arbitraria de las mismas, se está violando el debido proceso; siempre es indispensable que se viole una de las garantías que lo integran para que pueda pregonarse consecuencialmente la violación de este precepto constitucional.-

F) El debido proceso está integrado por garantías pertenecientes tanto al derecho penal material, como al derecho procesal penal y no como algunos creen, que el debido proceso está referido única y exclusivamente a garantías de contenido procesal.-

G) El debido proceso limita la capacidad investigativa, persecutoria y punitiva del Estado, para evitar que como se pueda convertir en un instrumento de persecución y de terror (Alemania con la implantación del régimen nacional socialista, Argentina en la década de los 60, con la implantación de un régimen militar, instrumento estatal de indignidad, deshumanización y terror), e igualmente impedir en la medida de lo posible que los funcionarios que ejercen la persecución penal, abusen arbitrariamente del poder que les confiere sus investiduras, porque nunca debe olvidarse que el ejercicio del poder, es vecino de su abuso.-

Al limitarse el poder punitivo del Estado y al controlarse el poder de los funcionarios que ejercen la represión, se garantizan en la medida de lo posible los derechos fundamentales de los ciudadanos, particularmente los que están sometidos a cualquier clase investigación o procesamiento.-

H) El debido proceso se integra mediante normas constitucionales, del Bloque de Constitucionalidad y legales, en las cuales se constituyen o reconocen los derechos o garantías, o son reglamentadas los mismos, al consagrarse limitaciones al Estado en cuanto al tiempo, la clase de sanciones que puede imponer, el límite a las mismas, la forma en que deben realizarse las diligencias, las formas de investigación o interrogatorio prohibidas, la duración y la forma de ejecución de las penas; o se consagran derechos y garantías a favor de los sujetos procesales como el derecho a la defensa técnica y material, el derecho de probar y de contradicción probatoria y dialéctica, el derecho a interponer recursos, a solicitar copias e informaciones referentes al caso, el derecho a ser escuchado dentro de la investigación preliminar o dentro del proceso penal, etc.-

I) El debido proceso es una garantía constitucional particularmente concebida en favor del sujeto pasivo de la acción penal, pero claramente extensible, en lo que no sea incompatible a todos los sujetos procesales, para garantizar la igualdad procesal.-

J) El debido proceso es un concepto mutante, en cuanto a que los cambios normativos, tecnológicos, ideológicos, culturales y sociales, económicos y de orden público, casi de manera necesaria imponen modificaciones en cuanto a su contenido y alcance.-

El concepto de violación domiciliaria en la época napoleónica ha sido superado por la moderna tecnología, porque del tradicional ingreso arbitrario y abusivo a domicilio ajeno, pasamos al ingreso a domicilio ajeno por la percepción por audio, o vídeo de lo que pueda ocurrir al interior de ese domicilio.-

K) El alcance, contenido y mayor o menor garantismo es diverso en cada país, puesto que responde al concepto político de Estado y de sociedad que se haya adoptado y a los fines políticos estatales o antropocentristas que el mismo se haya señalado en la línea conductora de la Constitución.-

L) El debido proceso ha de aplicarse en todas las etapas pre-procesales, procesales, y de ejecución penitenciaria, como son la etapa de investigación preliminar, en la fase de juzgamiento y en la etapa de ejecución punitiva, que de manera necesaria debe comprender la fase de la detención preventiva.-

J) Existen tantos conceptos de debido proceso, como ordenamientos procesales y administrativos. En tales circunstancias puede hablarse de un debido proceso constitucional, penal, laboral, civil, constitucional, administrativo, policivo, disciplinario, contravencional, de familia, fiscal, etc.-

Con la idea expresada de lo que ha de entenderse por debido proceso y por algunas de sus características, ha de concluirse que el debido proceso es propio de todo tipo de ordenamientos procesales y administrativos y no es como en algún momento han pensado algunos, que se trata de una garantía propia y exclusiva del proceso penal.-

Debe si reconocerse que algunas de las garantías que lo integran son propias del proceso penal y por tanto inaplicables a otro tipo de procedimientos, se hace referencia a garantías como la presunción de inocencia, el derecho a no declarar contra sí mismo, el principio de favorabilidad y otras que como ya se dijo son propias de la naturaleza del proceso penal; pero la existencia de ésta realidad no puede llevar a la errada conclusión que el concepto constitucional allí establecido del debido proceso es solo aplicable a procesos de naturaleza penal, porque primero que todo debe interpretarse

en su claridad gramatical el texto constitucional del que ha de concluirse que fue voluntad del Constituyente consagrar esta garantía para que existiese en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. No a otra conclusión puede llegarse cuando el Constituyente afirma:

"ARTICULO 29. EL DEBIDO PROCESO SE APLICARÁ A TODA CLASE DE ACTUACIONES JUDICIALES Y ADMINISTRATIVAS".-

De manera similar las normatividades que integran el Bloque de Constitucionalidad, con claridad disponen que el derecho al debido proceso no es exclusivo del derecho penal cuando disponen al respecto de la siguiente manera:

En el Pacto (Ley 74 de 1968):

"…en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella **O PARA LA DETERMINACIÓN DE SUS DERECHOS U OBLIGACIONES DE CARÁCTER CIVIL.-** (Lo destacado no lo es en el texto).-

En la Convención (Ley 16 de 1972):

"…, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, **O PARA LA DETERMINACIÓN DE SUS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE ORDEN CIVIL, LABORAL, FISCAL O DE CUALQUIER OTRO CARÁCTER.** (Lo destacado no lo es en el texto).-

Pero como razón justificativa de nuestra afirmación no podemos quedarnos en la simple explicación literal de la estructura gramatical de la oración, porque es claro que si estamos viviendo en un verdadero Estado de Derecho y si los procesos tanto judiciales como administrativos son claramente contenciosos, es necesario concluir, que en la decisión que se tome en cualquiera de ellos resultarán afectados los derechos de alguno de los intervinientes o como colofón final se tomará una decisión de condena, donde podrían afectarse derechos de variada naturaleza.-

En tales circunstancias es natural, que el Constituyente haya previsto que en todas esas actuaciones procesales y administrativas, generalmente de naturaleza contenciosa, que tienen en común, que al decidirse pueden afectarse derechos de los sujetos procesales involucrados, que los ciudadanos así comprometidos, tengan una serie mínima de derechos y garantías que puedan evitar que el Estado utilice tales mecanismos procesales como instrumentos de represión, persecución y de dominio; que controlen el poder de los funcionarios, para evitar el capricho, la corrupción o la

arbitrariedad porque como ya lo dijimos, no puede olvidarse, que el ejercicio del poder – toda clase de poder, es vecino de su abuso; que el ciudadano involucrado voluntaria o involuntariamente en este tipo de procesos contenciosos no sea avasallado en su buena fe o que se afecten sus derechos con triquiñuelas, pruebas ilícitas, ardides o argucias que en ocasiones logran desafortunadamente alterar la verdad de la justicia, o que no vayan a ser menoscabados sus derechos por el siempre omnipresente error judicial, o mejor, del funcionario que tiene la competencia para decidir.-

Recuérdese que una de las garantías que hacen parte del concepto constitucional del debido proceso es el derecho ciudadano a tener acceso a la justicia , y el mismo no puede entenderse con la simplista posición de acceder materialmente a los estrados judiciales, sino que como lo ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia, ha de ser entendido desde una perspectiva dinámica que comprende el acceder, participar activamente en los procesos, tener la oportunidad de ejercer todos los derechos implícitos en un proceso como son los de postulación, probar, contradicción, defensa, interposición de recursos, legalidad de la prueba, presunción de inocencia y carga de la prueba y en general todos aquellos que en la medida de lo posible y dentro de las imperfecciones de la justicia de los hombres, le garanticen al ciudadano una decisión justa y acorde con la realidad histórica de los hechos.-

Si el debido proceso como se ha sostenido en precedencia constituye una limitante al poder del Estado y una valla protectora para los ciudadanos frente a la arbitrariedad, la corrupción y los errores de los funcionarios del Estado; si como se ha dicho en toda clase de actividades procesales y administrativas se pueden tomar decisiones que afecten derechos de los ciudadanos, es una realidad de un verdadero Estado de Derecho que el concepto del debido proceso y las garantías que lo integran, debe ser una constante en todos aquellas actuaciones judiciales o administrativas, porque sin que sean necesariamente sancionatorias, sus decisiones pueden afectar de manera grave los derechos ciudadanos.-

CAPÍTULO XX
EL PLIEGO DE CARGOS

En el proceso disciplinario ético profesional de la medicina, la Ley 23 de 1981 en su artículo 80 prescribe: *"Estudiado y evaluado por el Tribunal el informe de conclusiones, se tomará cualquiera de las siguientes decisiones:*

a. Declarar que no existe mérito para formular cargos por violación de la ética médica, contra del profesional acusado.

b. Declarar que existe mérito para formular cargos por la violación de la ética médica, caso en el cual, por escrito se le hará saber así al profesional inculpado, señalando claramente los actos que se le imputan y fijando fecha y hora para que el Tribunal en pleno lo escuche en diligencia de descargos."(1)

Los cargos formulados al médico inculpado se presentan en el pliego de cargos el cual se puede definir como el documento que contiene la exposición de faltas e infracciones, en que se encuentra inmerso el investigado en el proceso disciplinario ético médico.

El pliego de cargos desde la óptica ius-administrativa, ha reiterado el Consejo de Estado, es un acto administrativo de trámite no recurrible ante la vía contencioso-administrativa (Autos de 5 de Mayo y Abril 25 de 1986, 3 de Junio de 1999).

En consecuencia, el pliego de cargos es una decisión motivada interlocutoria con estructura de una decisión judicial de carácter penal, pero que es irrecurrible en vía administrativa como si se tratara de un acto administrativo de trámite. (2)

Para el desarrollo temático del pliego de cargos se seguirá la propuesta que hiciera el doctor Libardo Orlando Riascos Gómez, Profesor de derecho Público de la Universidad de Nariño y tratadista de derecho.

Antes de proceder a formular el pliego de cargos, el magistrado instructor ha de haber terminado la investigación y presentado el informe de conclusiones al Tribunal en pleno para su estudio y evaluación conforme lo estipula el artículo 79 de la Ley 23 de 1981.

1. Etapa de Evaluación de la Investigación ético médico disciplinaria.

Vencido el término de la investigación, el magistrado instructor evaluará las pruebas y presentará el informe de conclusiones detallando los cargos y los motivos que lo llevaron a pensar que se cometió una vulneración a la ética médica, si se reunieron los requisitos legales para ello, o si considera el archivo de las diligencias. Si hicieren falta pruebas que puedan modificar la situación, se prorrogará la investigación hasta por quince días del término, vencido el cual, deberá presentarlo a la Sala, observando que no haya prescrito.

Considera el profesor Riascos Gómez: "*Entre otras, las razones jurídicas y fácticas, para dicha declaratoria se fundamentaron en que el proceso como unidad conformada por una serie de actos y etapas procesales dirigidas a la producción de una decisión final (sentencia en lo judicial, acto administrativo definitivo en lo administrativo), está constituido por un conjunto de garantías sustantivas y procedimentales tanto para los sujetos procesales intervinientes, como para las autoridades (judiciales o administrativas) que deben soportarlos y aplicarlos.*

Una de las garantías procesales de todo proceso adelantado conforme a los predicamentos constitucionales de los ***artículos 29 y 209 de la Constitución****, la constituye la institucionalización de los plazos o términos fijados para cada etapa procedimental en la que se divide el proceso. El legislador cuando predetermina plazos y términos para la etapa de indagación preliminar, para la etapa de investigación disciplinaria, para la etapa de pruebas, etc., está definiendo no sólo la diferencia entre una y otra fase del proceso, sino garantizando la plenitud de mecanismos de defensa y control del investigado, su defensor, los demás sujetos intervinientes y las autoridades respectivas durante el lapso de tiempo prefijado en el ordenamiento jurídico. De esta forma se* ***garantiza el acceso a la administración de justicia (judicial o administrativa) y la pronta o cumplida resolución de la situación jurídica del involucrado en un procedimiento,*** *como el sancionador disciplinario. Ambas garantías constitucionales que* ***son el núcleo esencial del derecho de acceso a la justicia (artículo 228, constitucional) y el derecho del***

debido proceso (artículo 29 ibíd.)*, son desconocidos por el legislador cuando se indeterminan en el tiempo o se omiten fijar plazos o términos reales a las etapas o fases del proceso, puesto que* ***toda persona debe saber porque razones y fundamentos jurídicos y fácticos se le ha iniciado un procedimiento,*** *pero también está obligado a ser procesado por determinados períodos de tiempo definidos durante los cuales pueda ejercer sus derechos y las autoridades puedan realizar sus diligencias para demostrar la existencia de una falta y la responsabilidad o la existencia o exclusión de la misma dentro de unos parámetros temporales prefijados, pues si la acción disciplinaria tiene un plazo en el tiempo para ejercitarse en debida y legal forma también tiene un plazo para extinguir sus efectos jurídicos persecutorios y efectistas del poder sancionador disciplinario del Estado, así mismo,* ***el investigado en un proceso tiene derecho a que el proceso que se inició y desarrolla en su contra tenga límites en el tiempo, a efectos de no quedar atado a éste en forma indefinida, intemporal, esperando a que se produzca la prescripción de la acción disciplinaria,*** *sino que los términos internos de las fases del proceso cumplan sus funciones, fines y objetivos constitucionales y legales durante los cuales el Estado garantice* ***el derecho de defensa, controversia y contradicción*** *con plazos ciertos, presentes y reales y desechando toda indeterminación con medidas de archivo provisional del proceso que provocan una dilación injustificada en el tiempo de cara a la decisión pronta, cumplida, eficaz e imparcial que debe observar el titular de la potestad sancionadora disciplinaria (El Estado) y los titulares de la acción disciplinaria (autoridades de súper y auto control disciplinario) en todo proceso, para definir la situación de responsabilidad o no del disciplinado y en su caso, si es responsable disciplinariamente, sancionarlo y determinar la reparación de las víctimas (C-728-2000)"* (Lo subrayado no lo es en el texto)

Siguiendo la recomendación del tratadista Riascos Gómez se considerarán las etapas de evaluación de la investigación ético médico disciplinaria en las siguientes sub-etapas: a) Prórroga de la etapa de investigación; b) Formulación del pliego de cargos, notificación y c) Calificación jurídica provisional y variación del pliego de cargos.

Posterior a estas etapas se surten los descargos que constituyen la materialización del derecho de defensa del disciplinado. Aquí confluyen la actividad del Estado (quien formula cargos) con la actividad del disciplinado o investigado quien ejercita en máximo grado su derecho de defensa (contestar efectivamente y argumentar jurídica y tácticamente sus descargos).

1.1. Prórroga de la Investigación ético médico disciplinaria.

La Prórroga de la investigación ético médica disciplinaria se justifica si hicieren falta pruebas que puedan modificar la situación o permitan formular cargos mediante

decisión motivada, principalmente para investigar algunas faltas gravísimas contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, o cuando hay concurso de faltas o pluralidad de sujetos inculpados.

Esta prórroga se justifica al saber y entender de Riascos Gómez: *"Cuando no existe el suficiente material probatorio recaudado o que se espere recaudar, practicar o simplemente recepcionar oportuna y diligentemente, para poder emitir una de dos alternativas, o formular pliego de cargos o archivar definitivamente las investigaciones disciplinarias por causales legales o por inexistencia de prueba. En tales circunstancias, podría prorrogarse el término de la investigación, bien porque no se han anexado al expediente algunos despachos comisorios contentivos de pruebas que tenían que recabarse en sede distinta a la del investigador disciplinario y las autoridades comisionadas no los han devuelto debida o indebidamente cumplidos, o bien porque se encuentran en el extranjero, bien porque se espera el auxilio de otras autoridades judiciales o administrativas que poseen pruebas que pueden servir no solo para evaluar la investigación, sino a futuro para decidir el proceso; o con mayor razón cuando se espera informes solicitados a otras autoridades…, propuestas de recusación o de manifestación de impedimento, solicitudes de nulidad total o parcial, peticiones de terminación del proceso, comunicaciones, conflictos de competencia, recursos pendientes. Tampoco es posible iniciar el proceso de evaluación de la investigación, si el procesado ha solicitado sea escuchado en versión y no se ha tomado decisión al respecto; de igual forma, se decretaron pruebas que él o su apoderado solicitó pero que no han sido objeto de práctica."*

En el proceso ético disciplinario no se da el fenómeno de la prejudicialidad, porque no existe identidad de objeto, causa y proceso aunque provengan de la misma potestad sancionadora del Estado pero especializada en cada área (disciplinaria, fiscal, policiva y correccional) y evitar así incumplir el axioma del Non bis in ídem (3).

1.2. Formulación del pliego de cargos ético médico disciplinario.

El Tribunal competente podrá decidir formular pliego de cargos contra el disciplinado investigado éticamente en un proceso en uno de estos dos momentos procesales: a) Cuando se ha vencido el período de investigación disciplinaria; y b) Cuando pese a no ocurrir esta eventualidad, si existe un acervo probatorio que permite hacerlo. En ambos casos, podrá hacerlo mediante decisión motivada, que se pueda notificar personalmente a los sujetos procesales y no es recurrible en vía administrativa, tal como si fuese una decisión de trámite.

En tal virtud, la autoridad ético médica disciplinaria competente podrá formular pliego de cargos contra el investigado cuando se haya recaudado prueba suficiente,

pertinente, oportuna e idónea que permita hacerlo. Igualmente, proceda mediante decisión motivada a evaluar el mérito de las pruebas recaudadas y fruto de esta actividad intelectiva, jurídica y de análisis integral del acervo probatorio decida formular pliego de cargos contra el involucrado disciplinariamente en el proceso respectivo.(2)

1.2.1. Conceptualización y relevancia jurídicas.

El pliego de cargos contenido en una decisión motivada o interlocutoria emitida por la Autoridad ético médico disciplinaria competente dentro de la etapa de evaluación de la investigación del proceso ético disciplinario es de naturaleza jurídico administrativa en la cual se concreta la acusación que se formula contra el galeno, como resultado de las investigaciones preliminares, sin perjuicio de la práctica de nuevas diligencias que puedan confirmar o desvirtuar el contenido del pliego de cargos… *Para Borrachina: "El pliego de cargos delimita y fija, tanto para que el expediente alcance su fin como a los efectos de la defensa (del médico encartado), la materia en que se concreta la investigación procedimental, acotando el ámbito del relato de hechos probados en la resolución sancionadora…"(4) "… Contiene el conjunto de cargos que la investigación arroja contra el procesado, para que éste pueda defenderse y también para que el juez sepa por cuál delito debe condenar o absolver, según el caso* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal de septiembre 9 de 1976)." (2) Constituye la carga de la prueba de culpabilidad por parte del Estado en cabeza de los magistrados del tribunal como manifestación del principio acusatorio. El pliego de cargos es una decisión expedida por los magistrados, motivada e interlocutoria que demuestra de modo objetivo la comisión de una falta probada que compromete al galeno investigado y contra la cual no procede recurso alguno por parte de los sujetos disciplinarios (incluido el investigado y/o su defensor), pese a que es notificable en forma personal a éstos. (2) En el pliego de cargos se esbozan los elementos que nutrirán el fallo de fondo sancionatorio o exculpatorio y por su naturaleza no son recurribles. Cosa diferente sucede con la decisión de fondo mediante acto definitivo en el que tienen cabida los recursos de reposición, apelación y queja.

Para Riascos Gómez: *"La decisión que contiene el pliego de cargos tiene una configuración de elementos objetivos, subjetivos y formales de naturaleza jurídica ecléctica de índole penal, administrativa y disciplinaria, según los parámetros legales del Código de Procedimiento Penal, Código Contencioso-administrativo y la Ley 734 de 2002.…El pliego de cargos desde la óptica ius-administrativa, ha reiterado el Consejo de Estado, es un acto administrativo de trámite no recurrible ante la vía contencioso-administrativa (Autos de 5 de Mayo y Abril 25 de 1986, 3 de Junio de 1999), pero no está exento de control Judicial, pues su legalidad se revisa junto con la del acto definitivo." (2)* La Corte

Constitucional en repetidas ocasiones ha sostenido, que el pliego de cargos como acto de trámite de carácter disciplinario, podrá demandarse mediante acción de tutela (SU-201-1994), cuando puedan conculcar o amenazar los derechos fundamentales de una persona, en cuyo caso, sería procedente la acción de tutela como mecanismo definitivo (Corte Constitucional, Sentencia T-88-2005) (2)

El pliego de cargos es una decisión interlocutoria de la Sala del Tribunal que requiere ser motivada y notificada personalmente a los sujetos procesales (investigado y/o su apoderado) por los mecanismos contemplados en la Ley: *"En consecuencia, el pliego de cargos es una decisión motivada interlocutoria con estructura de una decisión judicial de carácter penal, pero que es irrecurrible en vía administrativa como si se tratara de un acto administrativo de trámite. Por excepción, es recurrible ante el juez constitucional en acción de tutela, cuando se demuestre la amenaza o vulneración de derechos fundamentales." (2)*

1.2.2. Contenido del pliego de cargos.

Según el artículo 163 de la Ley 734, Código Disciplinario Único (5), y que son aplicables a la Ley 23 de 1981, la decisión mediante la cual se formulen cargos al investigado deberá contener:

1. La descripción y determinación de la conducta investigada, con indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó.
2. Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación, concretando la modalidad específica de la conducta.
3. La identificación del autor o autores de la falta.
4. La denominación del cargo o la función desempeñada en la época de comisión de la conducta por el galeno o galenos endilgados.
5. El análisis de las pruebas que fundamentan cada uno de los cargos formulados.
6. La exposición fundada de los criterios tenidos en cuenta para determinar la gravedad o levedad de la falta, de conformidad con lo señalado en el artículo 43 de este código y que serán desarrolladas más adelante en el texto.
7. La forma de culpabilidad; y
8. El análisis de los argumentos expuestos por los sujetos procesales.

En cuanto al proceso, Riascos Gómez afirma, siendo aplicable a la materia médica: *"El pliego de cargos contiene la relación detallada, identificada, delimitada y demostrada inicialmente sobre la existencia de la conducta (médica) disciplinaria investigada, las circunstancias modales, temporales e in situ donde se realizó; la identificación de la falta (al código de ética médica) como autor o autores de la falta investigada; así como*

también las posturas argumentales de los sujetos procesales presentes en el procedimiento sancionador disciplinario, tanto para demostrar; unos, la inexistencia, exclusión de la responsabilidad o la menor gravedad o levedad de la falta si se confiesa su comisión; y otros, la existencia de la responsabilidad, la forma de culpabilidad: bien a título de dolo o culpa y la gravedad o levedad de la falta y su correspondientes consecuencias jurídicas y procesales. Por ello, el pliego de cargos constituye el primero y relevante --aunque no el único, pues puede sobrevenir la variación al mismo y el más grande y definitivo: el fallo-- trabajo intelectivo de las autoridades disciplinarias competentes en un proceso disciplinario, construido con la participación efectiva o no de los sujetos procesales y los fundamentos de facto et de iure et probatione existentes en el proceso hasta ese momento, en el cual el Estado como titular de la potestad sancionadora disciplinaria asume la carga de la prueba de la culpabilidad del investigado y éste ejerce a plenitud su derecho de defensa sustantiva y procedimental desde el momento en que efectiviza el ius postulandi, suministra su versión libre sobre los hechos investigados y presenta memoriales, recursos e incidentes procesales procedentes, oportunos y viables."(2)

A continuación, siguiendo la obra de Riascos Gómez, se describirán brevemente cada uno de los requisitos objetivos, subjetivos y formales relacionados taxativamente con los contenidos del pliegos de cargos indicados en el artículo 163 del Código Único Disciplinario aplicables al Código de Ética Médica.

1.2.2.1. Descripción y determinación de la Conducta disciplinaria.

La conducta ético médica disciplinaria investigada, para ser objeto de investigación dentro de un procedimiento sancionador disciplinario, debe ser típica, antijurídica y culpable (a título de dolo o de culpa: evaluación del tipo subjetivo), pues en materia disciplinaria está proscrita toda responsabilidad objetiva o material como fundamento jurídico disciplinario. La descripción y la determinación de la conducta investigada, en consecuencia, debe identificarse claramente en el Código, Ley 23 de 1981, teniendo presente que muchas de las faltas atribuibles a los actos médicos son violatorias de la Declaración de los Principios contenidos en el Título I, Capítulo I y del Capítulo II del mismo título, que hace referencia al Juramento Médico. En cuanto se trata de un código deontológico en que se plantean los principios fundantes de la profesión, la materialización de la falta se debe relacionar en los artículos posteriores, para poder concretar la falta cometida durante el acto médico, es decir, la falta debe estar prefijada por el legislador en el Código vigente, en tanto que las autoridades disciplinarias, magistrados, en el proceso ético médico disciplinario correspondiente adecuan y encasillan aquellas al comportamiento o conducta del investigado, según el acervo probatorio recaudado y practicado, y los argumentos de hecho y de derecho de los sujetos procesales intervinientes en el debido proceso.

Según recomienda Riascos Gómez, la autoridad disciplinaria debe adecuar además al comportamiento humano investigado, la clase de falta disciplinaria que ha sido calificada previa y legalmente según su gravedad, la conceptualización de la falta ético disciplinaria y el criterio de la deducción de lógica ético jurídica de los comportamientos constitutivos de falta. Inmersos en los criterios para estimar la gravedad o levedad de la falta, están las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las cuales se produjo la comisión de la falta disciplinaria, tales como el grado de culpabilidad, la trascendencia y connotación de la misma sobre la persona afectada, la intervención personal o múltiple en la comisión de la falta y el criterio especialísimo de la tipicidad de la falta con culpa. (6)

1.2.2.2. Normas violadas y concepto de la violación.

Para Riascos Gómez: *"En esta clase de actos procesales judiciales, la relación de las normas violadas y concepto de la violación es de capital importancia en las acciones de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho y contractuales, pues en este aparte de la demanda se concreta por parte del demandante en forma precisa y jurídica los cargos contra…* -el acto médico demandado-, *al momento de la admisión de la demanda los toma como una condición sine qua nom de la viabilidad formal de la demanda y en la sentencia, como uno de los fundamentos de la decisión judicial, si tienen respaldo probatorio, argumental y concreto con el objeto final de la decisión. En materia disciplinaria, este requisito eminentemente jurídico del pliego de cargos apunta a que la autoridad disciplinaria en su trabajo intelectivo esté obligado, no sólo a relacionar genéricamente las normas de tipo constitucional, legal y estatutario que regulan deberes funcionales, regímenes jurídicos de inhabilidades e incompatibilidades, prohibiciones o conflicto de intereses, o más aún causales de extralimitación o abuso de funciones públicas* (O en el ejercicio de la medicina), *sino que debe puntualizar las normas previstas en el ordenamiento jurídico vigente que quebranta, desconoce, vulnera o viola el…* -médico con su comportamiento o conducta en el ejercicio de la medicina.-" (2)

Continúa Riascos Gómez: *"La puntualización de las normas no solo es la cita textual de los artículos, leyes, códigos o estatutos universitarios, sino además su interpretación o hermenéutica jurídicas en relación directa con la demostración del tipo disciplinario investigado, su clase y demás aspectos del entorno del tipo subjetivo. La argumentación utilizada para dicha interpretación puede tener fundamento en la jurisprudencia de las Altas Cortes colombianas o en las decisiones de las autoridades administrativas en procesos sancionatorios disciplinarios previos. Así mismo, en las obras de los doctrinantes del derecho o investigadores en materia disciplinaria."* O de disposiciones administrativas para el ejercicio de la profesión y reconocimiento de

títulos profesionales que brinden garantía a los pacientes; así como de los estudios científicos contenidos en la literatura médica vigente para el momento de los hechos, como parte integrante del Corpus del Lex artis ad hoc de la Medicina.

La concreción de la modalidad específica de la conducta conlleva la actuación intelectiva de primer orden en la forma más meticulosa posible, de la autoridad disciplinaria, pues se entiende que la conducta investigada no solo en su descripción típica, antijurídica y culpable, sino en su modalidad culposa o dolosa, la clase de falta, sea esta por impericia, negligencia o imprudencia, y los criterios de gravedad y levedad que en ella intervienen debe estar arropada ampliamente por las normas violadas y el concepto de su violación que es el máximo trabajo intelectivo de la autoridad disciplinaria. Por ello, Riascos Gómez estima que este requisito es importante cuando se relacionan las normas del ordenamiento jurídico vigente atinentes a los temas antes relacionados, y en particular a la tipificación de las conductas constitutivas de la falta disciplinaria y sobre todo, cuando se acogen la clasificación de los mismos y su relación con los principios fundantes de la medicina. En efecto, la autoridad disciplinaria, al redactar el pliego de cargos debe cuidarse en sumo grado para no incurrir en los errores que se comenten con los tipos genéricos, es decir, se debe evitar formular cargos imprecisos o imperfectos, genéricos sin explicitar los elementos compositivos, sin señalar concretamente la norma constitucional, o fundamentado en normas sustantivas indefinidas como pueden ser los principios de la profesión, o imputarle al disciplinado una falta genérica, seguida de una falta especial, ambas por una misma conducta, sin advertir que entre las dos opera el principio de la unidad típica, esto es, que la primera implica o subsume la segunda, dando por resultado una doble tipicidad que conduce también a una doble imputación jurídica por el mismo hecho, como lo advierte Nova Pereira citado por Riascos Gómez (2, 7)

1.2.2.3. Identificación del autor o autores de la falta.

En la identificación del autor o autores de la falta disciplinaria se debe verificar que posean el título de médico graduado reconocido en el territorio nacional y se encuentre autorizado para ejercer la profesión en el país; su identificación no sólo es simplemente física y con la descripción de los generales de ley, como en no pocas veces se interpreta este requisito del pliego de cargos, sino y por sobre todo jurídica: como sujeto destinatario de la ley ético médico disciplinaria y como sujeto procesal vinculado legal y debidamente a un proceso de esta naturaleza; y su relación con el ejercicio ético profesional médico y además, de relación vincular con el Estado, una institución o dentro del ejercicio independiente de la profesión, ya sea en un cargo asistencial, docente, de investigación, administrativo o empresarial, que preste en forma permanente o temporal o, la clase de función, empleo, destino o cargo que

desempeñe (de carrera, de libre nombramiento o remoción o de elección); y en el ámbito profesional que se desempeñe con el tipo de vinculación que tenga, así como el nivel de formación alcanzado y la experiencia en el mismo. (2,7)

1.2.2.4. La denominación del cargo o la función desempeñada.

Advierte Riascos Gómez: *"Hemos sostenido que la identificación del autor o autores de una falta disciplinaria abarca no sólo el plano físico sino jurídico y dentro de éste se relaciona los aspectos relevantes de la persona en derecho como sujeto de derechos y obligaciones, como sujeto destinatario de la ley disciplinaria, como sujeto procesal disciplinario y finalmente como servidor público o particular con función pública en servicio activo o una vez ha hecho dejación del mismo…"*(2) Este requisito sirve a los efectos de determinar si el sujeto disciplinado o investigado es de aquellas personas que están o no vinculados al sitio donde ocurrieron los hechos o han hecho dejación del mismo, puesto que cada vez es más frecuente observar la movilidad, simultaneidad e inestabilidad laboral en el ejercicio de la medicina, lo cual exige determinar el tipo de contratación, cargo o la función desempeñada en la época de comisión de la conducta ético disciplinaria investigada. La identificación del cargo que desempeñaba permite establecer responsabilidad sobre lo actuado, pues lo que importa para el análisis es el denominación y rol que desempeñaba al momento de cometer la falta disciplinaria. (2)

1.2.2.5. Análisis de las pruebas que fundamentan cada uno de los cargos formulados.

Sostiene Riascos Gómez: *"La carga de la prueba para demostrar la existencia de la falta y la responsabilidad disciplinaria del autor o autores de la infracción al ordenamiento jurídico vigente está a cargo del Estado y en nombre y representación de éste, las autoridades…* (ético médico disciplinarias). *Por ello, estas autoridades disciplinantes están obligadas en uno de sus principales actos procesales o decisiones disciplinarias, como lo es la decisión de cargos, a relacionar puntual, concienzuda y legalmente cuáles son los medios de prueba utilizados, real y eficazmente existentes en el expediente respectivo, bien a petición o adjunción de los sujetos procesales, del querellante o denunciante o los que de oficio decrete la autoridad disciplinaria que efectivamente se han practicado o anexado al proceso, previo el análisis de conducencia, pertinencia y oportunidad, todo a efectos de realizar el trabajo intelectivo disciplinario del análisis o hermenéutica de los fundamentos de derecho y de hecho de cada uno de los cargos endilgados al autor o autores de la infracción del ordenamiento jurídico vigente disciplinario. Si bien no existe una técnica jurídico procesal única para relacionar el análisis de los medios de prueba frente a cada cargo endilgado al investigado, es de elemental sentido de la lógica jurídica, que las autoridades deben partir de la existencia*

real y efectiva de la prueba, la legitimidad y la legalidad de la misma y la conducencia, pertinencia y oportunidad al caso sub examine y contra el investigado o investigados."

Cada cargo, así sea único o varios, deberá puntual, normativa e inequívocamente hacer referencia al artículo de la Ley 21 de 1981 que fue vulnerado, o a la parte del mismo, con lo cual, a cada cargo le corresponde su fundamentación fáctica, jurídica, ética y probatoria y su correspondiente análisis hermenéutico. Corresponde a los sujetos procesales disciplinarios, principalmente al médico investigado y su defensor hacer uso de los medios de prueba admitidos en nuestro país, tales como la confesión, el testimonio, la peritación, la inspección o visita especial, la bibliografía médica, los documentos y los indicios que se tendrán en cuenta al momento de apreciar las pruebas, siguiendo los principios de la sana crítica. Los sujetos procesales pueden aportar y solicitar la práctica de las pruebas que estimen conducentes y pertinentes; serán rechazadas las pruebas inconducentes, las impertinentes y las superfluas y no se tendrán en cuenta las obtenidas ilegalmente. Las pruebas o diligencias prácticas en territorio extranjero se llevarán a cabo de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente. (2)

1.2.2.6. La exposición fundada de los criterios tenidos en cuenta para determinar la gravedad o levedad de la falta.

Expone Riascos Gómez: "*Las autoridades disciplinarias en la decisión de cargos deberán más que hacer una exposición fundada de los criterios que determinan la gravedad o la levedad de las faltas disciplinarias según el ordenamiento jurídico vigente, un estudio socio-jurídico de los fundamentos de hecho y de derecho de las circunstancias de modo, tiempo y lugar y del comportamiento constitutivo de la falta (ético médico disciplinaria); del grado de culpabilidad en el que pudiera estar incurso el investigado (a título de dolo o culpa); la trascendencia y connotación (del acto médico involucrado) en la investigación y la intervención de una o varias personas en la comisión de la falta disciplinaria, pues sólo así se podrá deducir de una forma más jurídica que simplemente narrativa, los criterios de gravedad o levedad de una falta disciplinaria objeto de investigación por canales procedimentales idóneos y a través de decisiones igualmente jurídicas por parte de autoridades disciplinantes.*"*(2)*

Para determinar la gravedad de la falta ético médico disciplinaria se puede establecer un paralelismo con el artículo 43 de la Ley 734 de 2002, que relaciona los criterios por los cuales se determinará si la falta es grave o leve. Los nueve criterios descritos en dicho artículo fueron sintetizados por Riascos Gómez en cinco a saber: 1. Fundados en el grado de culpabilidad; 2. Basados en la trascendencia y connotación del servicio público; 3. Fundados en las circunstancias de modo, tiempo y lugar y el

comportamiento constitutivo de la falta; 4. Fundada en la intervención múltiple de personas; y, 5. Basada en la tipicidad de la falta gravísima con culpa grave.

1.2.2.6.1. Fundados en el grado de culpabilidad.

Grado de culpabilidad. En materia disciplinaria, las faltas disciplinarias solo son sancionables a título de dolo o culpa. Riascos trae a colación el concepto de la Corte Constitucional en sentencia C-708-99, *"…que entiende por culpabilidad o responsabilidad plena el juicio de exigibilidad en virtud del cual se le imputa al agente la realización de un injusto penal (agregamos: o de una falta disciplinaria), pues, dadas las condiciones de orden personal y social imperantes en el medio donde actúa, se encontraba en posibilidad de dirigir su comportamiento acorde con los requerimientos del orden jurídico y no lo hizo. Se trata de un juicio de carácter eminentemente normativo fundado en la exigibilidad, idea que preside toda la concepción de la culpabilidad y en virtud de la cual el agente debe responder por su comportamiento ante los tribunales legalmente constituidos ---según un rito procesal consagrado con anterioridad al hecho por el ordenamiento jurídico estatal---, por no haber actuado conforme a la norma. Lo anterior evidencia el carácter individual y social de la culpabilidad, pues se es responsable en un contexto histórico concreto, en una organización social determinada, y en función de una gama de condiciones de diverso orden que inciden en el comportamiento individual; por ello, el juicio de culpabilidad no puede desbordar los marcos propios del estado social y democrático de derecho y debe corresponderse con sus postulados inspiradores, empezando por el supremo mandato constitucional de respetar la dignidad de la persona humana (art. 1°, constitucional)."(8)*

1.2.2.6.2. Basados en la trascendencia y connotación del servicio público.

En este se agrupan los siguientes criterios: a) Naturaleza esencial del servicio, b) El grado de perturbación del servicio, c) Jerarquía y mando que el servicio público tenga en la respectiva institución, y d) La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado.

En el caso del ejercicio de la medicina se debe tener presente, que bajo el esquema de Estado Social de derecho una de las finalidades prioritarias del Estado es la protección de las personas que habitan el territorio nacional en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, para lo cual los servicios públicos son inherentes a la finalidad del Estado.

a) Naturaleza esencial del servicio.

Desde la ética, el servicio público de la salud, desarrollado a través de la medicina ejercida por los médicos está llamada a velar por el cuidado de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad sin discriminación alguna, manteniendo el respeto por la vida humana y el fuero de las personas. (Artículo 1, Ley 23 de 1981) Esto hace de la salud y su cuidado, por parte de los médicos, una condición si ne qua nom para el goce de los demás derechos, lo que ha llevado a la Corte Constitucional a pronunciarse reiteradamente, considerando la salud como un servicio esencial.

Así mismo, se establece que los servicios públicos como una de las consecuencias prácticas para proteger los derechos y garantizar las libertades públicas de las personas están por regla general a cargo del Estado y en forma prevalente los referidos a la educación en todos los niveles y la salud (artículo 356, constitucional). De allí que su vulneración sea de la mayor transcendencia para la persona en particular y para la sociedad en general.

b) El grado de perturbación del servicio.

Este criterio de determinabilidad de la gravedad o levedad de la falta determina que toda actividad pública debe prestarse de acuerdo con unos estándares mínimos de moralidad, que en el caso de la medicina se deben desplazar a máximos, pues por razones de dignidad y los fines de la Medicina y del Estado, no es de recibo ofrecer a los seres humanos mínimos de salud o bienestar sino procurar la opción óptima a los pacientes. No ofrecerlo se convierte en un ejercicio profesional antiético. La mala praxis de la medicina no sólo pone en peligro la vida y por ende la realización de sus demás derechos sino que le resta autonomía para el desarrollo como persona afectando a la sociedad en su conjunto, atentando con ello contra el Estado social de derecho. De allí que las faltas en el proceso ético médico disciplinario se deban evaluar a la luz del daño ocasionado al paciente y las implicaciones éticas relacionadas. Esta particularidad justifica la existencia de los tribunales de ética médica para que protejan a los pacientes y velen por el correcto ejercicio de la Medicina y no como instrumentos sociales de venganza contra los médicos.

Pero en todo caso, la perturbación debe ser necesariamente grave o de cierta entidad para justificar la aplicación de una sanción disciplinaria.

c) La jerarquía y mando que el servidor público (Médico) tenga en la respectiva institución.

El ejercicio de la medicina se realiza, en gran medida, por medio del trabajo complejo, interdisciplinario y en equipo que suele tener una cabeza visible y responsable del paciente bajo la figura de médico tratante, lo que hace difícil para el juzgador identificar el responsable directo de la falta, haciendo necesario enfocar la atención en la cabeza del equipo o el médico tratante como responsable directo del paciente. Sin embargo, por la estructura organizacional, operativa y administrativa, y la forma de ejercer de algunos médicos e instituciones de salud, se presentan coyunturas y montajes que generan condiciones propicias para que se presenten o induzcan faltas ético médicas disciplinarias graves en otro médico, prevaliéndose de su cargo o de cualquier otra situación o relación derivada de su función o jerarquía para conseguir una actuación, concepto o decisión que le pueda generar directa o indirectamente beneficio de cualquier orden para sí o para un tercero. Igualmente, ofrecerse o acceder a realizar la conducta anteriormente descrita. En ciudades y departamentos con un número reducido de médicos y especialistas, los árbitros y conciliadores podrían quedar sometidos además al régimen de faltas, deberes, prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses de los funcionarios judiciales en lo que sea compatible con su naturaleza particular, lo que genera conflictos al momento de evaluar los casos en una estructura jerárquica.

Frente a este criterio de determinabilidad de la gravedad y levedad de las faltas, Riascos Gómez sostiene: *"Hay que tener en cuenta que es un deber de todo médico cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente."(2)*

Deberá tenerse muy presente a la hora de evaluarse la dependencia del médico o personal de salud en situación de subordinado, pues de lo contrario, éste en determinados casos, al no denunciar un hecho contra le ética, estaría tolerando la comisión de faltas disciplinarias de sus superiores si no las denuncia, lo cual en el derecho ibérico da para la configuración de un tipo disciplinario muy grave, porque **la tolerancia es equivalente a permisión,** lo que equivale a una anuencia o conformidad con la falta cometida por el funcionario que le esté directamente subordinado. Borrachina (4), sostiene: *"Tanto los superiores como el resto de los funcionarios, tienen la obligación unos de sancionar y otros de denunciar las faltas muy graves y graves que cometan el resto de funcionarios, por las consecuencias tan nocivas que pueden derivarse para el propio servicio."*

d) Trascendencia social de la falta o el perjuicio causado.

"La función y el servicio públicos implícitos en el destino público, las labores diarias del servidor público o del particular con funciones públicas, así como en las finalidades esenciales del Estado en beneficio de la comunidad, en el mejoramiento, protección y bienestar de la vida en sociedad o del ser humano como individuo integrante de una familia o en particular en el desarrollo individual de su personalidad, conforman instituciones jurídicas diferentes, pero endilgas a unos propósitos convergentes, establecidos en la Constitución."(Riascos Gómez, 2)

Por la naturaleza de la medicina, al tratar con la salud, el nivel de confianza que el paciente deposita en el médico y el acceso a la corporalidad, mentalidad e intimidad de las personas, y por la función social que ello implica para la libertad y dignidad del ser humano, el médico en el ejercicio de la profesión, para lograr los propósitos establecidos en la Constitución, está obligado a sujetar su conducta pública y privada a los más elevados preceptos de la moral universal. Al no sujetar dicha conducta, asumirá responsabilidad que puede ser penal, patrimonial o civil, fiscal o financiera y conductual o (ético) disciplinaria (artículos 4, 6, 90, 122 a 130, constitucionales).

La Corte Constitucional en sentencia C-450-2003 (9), en relación a la trascendencia de la responsabilidad disciplinaria, aplicable a la ético médica, ha manifestado: *"Una indagación por los fundamentos de la imputación disciplinaria remite a los fines esenciales del Estado (…) En ese marco, las autoridades de la República, a través de las cuales actúa el Estado como personificación jurídica de la nación, están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Esta orientación finalística de las autoridades de la República determina el fundamento de su responsabilidad y de allí que, de acuerdo con el artículo 6° Superior, ellas respondan por infringir La Constitución y la ley y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones… Como estos deberes surgen del vínculo que conecta al… (médico) con el Estado y como su respeto constituye un medio para el ejercicio de los fines estatales orientados a la realización integral de la persona humana, es entendible que su infracción constituya el fundamento de la imputación inherente al derecho (ético) disciplinario.* ***De allí que la antijuridicidad de la falta (ético médico) disciplinaria*** *remita a la infracción sustancial del deber funcional a cargo del servidor público o del particular que cumple funciones públicas."*

1.2.2.6.3. Fundados en las circunstancias de modo, tiempo y lugar y el comportamiento constitutivo de la falta.

En este aparte se agrupan los denominados criterios números 6º y 7º del artículo 43 de la Ley 734 de 2002, referidos a las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta y los motivos determinantes del comportamiento.

a) Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta.

Los criterios para determinar la gravedad o levedad de las faltas, al entender de Riascos Gómez, lo constituyen las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta, dentro de las que se apreciarán los siguientes aspectos: a) el cuidado empleado en su participación; b) el nivel de aprovechamiento de la confianza depositada del investigado o de la que se derive de la naturaleza del cargo o función; c) el grado de participación en la comisión de la falta, bien sea como autor o determinador; d) si fue inducido por un superior a cometerla; e) Si la cometió en estado de ofuscación (Oscuridad de la razón, que confunde las ideas) originada en circunstancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema, debidamente comprobadas. (2)

Por regla general, las faltas disciplinarias pueden realizarse por acción (dolosa o culposa) u omisión (inactividad o de no hacer también dolosa o culposa) en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, por extralimitación de sus funciones (abuso del derecho). Igualmente, cuando se tiene el deber jurídico de impedir un resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo, según el artículo 27 del Código Disciplinario Único.(CDU) (2,5)

El CDU en el artículo 26 sostiene: *"Es autor quien cometa la falta disciplinaria o determine a otro a cometerla, aun cuando los efectos de la conducta se produzcan después de la dejación del cargo o función*".(5) Lo cual quiere decir que es autor o determinador de la falta no sólo cuando la comete en pleno ejercicio del cargo o función respectiva sino cuando se ha retirado de éste o aquella, pues los efectos de su conducta lo siguen como la sombra al cuerpo. (2)

b) Los motivos determinantes del comportamiento.

Este elemento de graduación de la gravedad o levedad de las faltas disciplinarias, tiene capital importancia al momento de evaluar la apertura de una indagación preliminar disciplinaria, como etapa eventual o contingente del proceso administrativo disciplinario o en el instante de la decisión que se adopta sobre la investigación disciplinaria propiamente dicha, según los artículos 150 y 153 del CDU.

Una de las finalidades tanto de la etapa posible de la indagación preliminar como la de la investigación disciplinaria strictu sensu, es la verificación de la ocurrencia de la conducta; determinar si es constitutiva de falta disciplinaria; esclarecer los motivos determinantes, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se cometió o si se ha actuado al amparo de una causal de exclusión de la responsabilidad; o finalmente, el perjuicio causado al paciente y la sociedad con la falta, y la responsabilidad ético médica disciplinaria del investigado. (2)

El numeral 7º del artículo 27 de la Ley 200 de 1995, relacionaba a título de enunciación numerus apertus o no taxativo los siguientes **motivos determinantes del comportamiento disciplinario y que tienen cabida para el análisis al momento de formular el pliego de cargos en el proceso ético médico disciplinario:** a) La naturaleza de la falta y sus efectos se apreciarán según la trascendencia social de la misma, el mal ejemplo dado, la complicidad con subalternos y el perjuicio causado. En medicina el comportamiento del médico debe ser intachable ya que su relación es con personas con las cuales mantiene una relación profesional íntima médico paciente, por lo que se espera que su comportamiento esté orientado por máximos de la ética y no por mínimos legales. El no ser ejemplar en su comportamiento lleva a someter sus comportamientos al mayor rigor ético disciplinario, al constituirse en mal ejemplo y afectar la imagen de la profesión y por ende de la confianza de la sociedad en la medicina; b) Las modalidades o circunstancias de la falta se apreciarán teniendo en cuenta su cuidadosa preparación, el grado de participación en la comisión de la misma y el aprovechamiento de la confianza depositada en el agente. Es dentro de este contexto que la idoneidad y transparencia en el ejercicio profesional permiten determinar si el galeno actuó con integridad; c) Los motivos determinantes se apreciarán según se haya procedido por causas innobles o fútiles o por nobles y altruistas; d) La demostrada diligencia y eficiencia en el desempeño de la profesión; e) Haber sido inducido por un superior a cometerla, La estructura de muchas organizaciones de salud tienen como finalidad el lucro por encima de la salud de los pacientes, encontrando actores del sistema de salud cuyos montajes para obtener el lucro llevan al profesional médico a ejercer en condiciones subnormales y de riesgo permanente, asumiendo, por la misma estructura del montaje la responsabilidad médico legal, haciendo difícil establecer el nexo causal con el real responsable de la mala atención médica y los desenlaces consecuentes; f) El confesar la falta antes de la formulación de cargos; g) Procurar, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado, antes de que le sea impuesta la sanción; y, h) Cometer la falta en estado de ofuscación originado en circunstancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema, comprobada debidamente. Las condiciones laborales de los profesionales médicos y la carga laboral ha incrementado este tipo de motivos, lo cual demanda del magistrado instructor y de los tribunales un análisis

minucioso de las condiciones laborales del médico en ejercicio y las implicaciones de ésta en la clasificación de la conducta ético médico disciplinaria.

Con relación a la confesión de la falta ética, en sentencia C-280-1996, (10) la Corte Constitucional consideró que: *"La disposición acusada fija un criterio de modulación de la falta disciplinaria y un elemento para la dosificación de la sanción, pero no se convierte en un instrumento de coacción que obligue al sujeto disciplinable a declarar contra sí mismo. En efecto, el texto legal demandado no contiene precepto que establezca la obligación de la persona investigada de confesar la falta cometida, sino simplemente brinda un beneficio a la persona que lo haga. Es el individuo sometido a una investigación disciplinaria el que libremente toma la decisión de confesar, teniendo en consideración los beneficios o perjuicios que puede desencadenar la conducta que asuma. la reconduce acertadamente como uno de los criterios para graduar la sanción como producto o efecto jurídico disciplinario de la comisión de una falta en el artículo 47, literal d, de la Ley 734 de 2002, pues en verdad la confesión como entidad jurídica autónoma además de ser un medio probatorio eficaz en el ámbito jurisdiccional como administrativo,* ***no debe ser tenida en cuenta, a priori en la causa (falta) sino a posteriori en el efecto (la sanción) ya que la confesión es el medio entre una y otra.*** *Es una institución jurídica autónoma evaluable por las autoridades disciplinantes en su justo momento procesal y que pertenece volitivamente al disciplinado provocarla o no, según fuere las razones y circunstancias de todo tipo al hacerlo o no, y previendo sus correspondientes resultados."*

1.2.2.6.4. Fundadas en la intervención múltiple de personas.

La intervención múltiple en la comisión de una falta disciplinaria constituye un criterio de evaluación de la gravedad o levedad de la falta. Se debe tener en cuenta, al momento del análisis si la falta se dio en el contexto de delegación de funciones, dentro de una actuación interdisciplinaria, al interior de un grupo o equipo de trabajo o como parte de una cadena de errores en que fallen los procesos de calidad o éstas fallas sean atribuibles al funcionario que se aparta de los protocolos y guías de seguridad, o a la falta de claridad y precisión de éstos, así como de la complejidad del o los actos involucrados en la falta. El concierto para la comisión de una falta disciplinaria será evaluado por la autoridad disciplinante en éste momento como criterio a priori, pero también y con mayor razón será evaluado como criterio a posteriori en la sanción.

1.2.2.6.5. Basada en la tipicidad de la falta gravísima con culpa grave.

La gravedad de las faltas en el proceso médico ético disciplinario se debe fundar inicialmente en la existencia de la misma dentro de la Ley 23 de 1981 y mantener los principios de legalidad y tipicidad como a continuación lo expone Riascos Gómez: *"(i) El principio continente del debido proceso administrativo aplicado en materia sancionadora disciplinaria colombiana, está previsto en el artículo 29, constitucional. Inmersos en ésta se hallan el principio de legalidad y el de tipicidad. (ii) El principio de legalidad (18) está representado en la fórmula jurídica de que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa y fundado en la frase latina nullum crimen nulla poena sine lege, es decir, que las conductas constitutivas de faltas disciplinarias como de delitos deben estar predeterminados normativamente, al igual que las sanciones o penas a imponer por las autoridades disciplinantes o punitivas, según fuere el caso. Este principio de legalidad de la falta o de la sanción, se ha explicado más contundentemente en la existencia de preceptos jurídicos (lex previa), generalmente escritos (lex scripta) que permitan predecir con suficiente certeza (lex certa) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la anexa responsabilidad y a la eventual sanción. Por esta razón, la legalidad se cumple con la previsión de las faltas o las sanciones disciplinarias en los textos normativos generalmente legislativos en nuestro derecho. En cambio, la tipicidad requiere además de dicha previsión que la conducta elevada a norma predeterminada y en definitiva que la Jurídica previa, escrita y cierta, pueda imponerse a quienes se encasillen en la norma y la tipicidad constituya el medio garantizador del principio constitucional de legalidad y en vía directa y de principio continente del principio del debido proceso administrativo sancionador disciplinario.*

Esta norma plasma el principio de legalidad de las faltas y las sanciones y el principio de tipicidad de las faltas. Por ello, las faltas disciplinarias son definidas anticipadamente y por vía general en la legislación y corresponden a descripciones abstractas de comportamientos que, sean o no delitos, enturbian, entorpecen o desvirtúan la buena marcha de la función pública en cualquiera de sus formas, lo que hace que las mismas disposiciones que las consagran estatuyan, también con carácter previo, los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquellas. (C-417-99) Ahora bien, si la razón de ser de la falta disciplinaria es la infracción de unos deberes, para que se configure violación por su incumplimiento, el servidor público infractor sólo puede ser sancionado si ha procedido dolosa o culposamente, pues el principio de la culpabilidad tiene aplicación no sólo para las conductas de carácter delictivo sino también en las demás expresiones del derecho sancionatorio, entre ellas el derecho disciplinario de los servidores públicos (y el ético médico), tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional en sentencia C-1076-2002."

1.2.2.7. La forma de culpabilidad.

Voltaire sostenía: *"Un médico promete cuidados y no la recuperación; hace esfuerzos y por ello se le paga."Al respecto Riascos Gómez nos ilustra: "Sin embargo, digamos que la autoridad disciplinaria debe tener en cuenta que en materia sancionadora disciplinaria está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y que la responsabilidad subjetiva disciplinaria sólo es sancionable a título de dolo o culpa y siempre y cuando el comportamiento humano además típico, antijurídico y afecte el deber funcional sin justificación alguna, según los artículos 13, 4 y 5 de la Ley 734 de 2002. Precisamente, las autoridades disciplinantes con base en lo anterior podrán formular pliego de cargos, siempre y cuando esté objetivamente demostrada la falta y exista prueba que comprometa la responsabilidad del investigado, según lo determina el artículo 162 de la Ley citada.*

Es importante tener en cuenta que este requisito sobre la responsabilidad se cumple así no esté demostrado, de manera definitiva, si el disciplinado actuó como autor o como persona que indujo a cometer la falta, si actuó con dolo o con culpa, si se está en presencia de imputable o inimputable, si es posible considerar una causa de exclusión de la responsabilidad…"(2).

Si fueron varios los partícipes en la conducta disciplinaria, se puede formular el pliego de cargos sin que se hayan identificado méritos de formulación contra los otros. En ese caso, se puede proceder a romper la unidad procesal, pues no puede mantenerse indefinidamente un proceso a la espera de la identificación de todos los partícipes. La unidad procesal se puede romper incluso desde el momento de la investigación preliminar cuando sea procedente.

1.2.2.8. El análisis de los argumentos expuestos por los sujetos procesales.

El análisis de los argumentos que cada uno de los sujetos procesales ha hecho en el transcurso de la investigación disciplinaria se debe considerar en el momento de confeccionar el pliego de cargos. Para Riascos Gómez: *"El investigado y/o su defensor, si fuere del caso, el Ministerio Público y el Procurador General de la Nación en los eventos en que no actuare como autoridad disciplinaria con ejercicio prevalente o preferente disciplinario, como sujetos procesales tendrán el derecho de presentar peticiones, memoriales, recursos, incidentes procesales; en fin, toda clase de actuaciones, diligencias o expresiones escritas o verbales del ejercicio del derecho de defensa, contra-interrogación o ataque para demostrar la responsabilidad, la inexistencia o la exclusión de la responsabilidad disciplinaria según la óptica y postura jurídica procesal que adopten al interior del proceso disciplinario."*

1.2.3. Notificación del pliego de cargos por el competente y por comisionado. En particular el defensor de oficio.

El pliego de cargos por ser una decisión de la autoridad disciplinaria de naturaleza jurídica ecléctica, como acto de trámite contra el cual no procede recurso administrativo ni jurisdiccional alguno (excepto la acción de tutela como se ha analizará ut infra) y como una decisión motivada, necesita para nacer a la vida jurídica, y producir efectos jurídicos, de la notificación al destinatario o destinatarios del mismo, el inculpado y a su apoderado, si lo tuviere, una como decisión interlocutoria que contiene una inculpación de carácter administrativo ético disciplinaria en contra del investigado, el cual requerirá la ayuda de aquél para ejercitar la defensa técnica de sus derechos e intereses legítimos.

El pliego de cargos se debe notificar personalmente al investigado y/o su apoderado, las autoridades disciplinarias librarán comunicación debida y escrita a la dirección domiciliaria, residencial o a la que hayan indicado en alguno de sus escritos anteriores o que aparezcan en la entidad autónoma o no, organismo o institución respectiva. Igualmente, el implicado puede ser informado, con su consentimiento escrito a través de comunicación electrónica. En este segundo caso, la notificación se entenderá surtida en la fecha que aparezca en el reporte del medio electrónico o en que el correo electrónico (e-mail) sea enviado. La respectiva constancia será anexada al expediente. Si dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la comunicación no se ha presentado el procesado y/o su defensor (pues con el primero que se presente se hubiera llevado a cabo la diligencia de notificación, frase que fue declarada exequible mediante sentencia C-037-2003), se procederá a designar defensor de oficio con quien se surtirá la notificación personal, en forma que ut supra se comentó. Defensores de oficio que podrán ser profesionales del derecho o estudiantes vinculados a los Consultorios Jurídicos de la Universidades legalmente reconocidas en el país. La notificación también se podrá hacer por intermedio de autoridad disciplinaria competente cuando no habite en la jurisdicción del tribunal. Si no se pudiere realizar la notificación personal, se fijará edicto en lugar visible de la secretaria del despacho comisionado, por el término de cinco días hábiles. Cumplido lo anterior, el comisionado devolverá inmediatamente al comitente la actuación, con las constancias correspondientes.

La actuación permanecerá en la secretaria del funcionario que profirió la decisión, y debe quedar expresa y real constancia en el expediente disciplinario que se hicieron todas las diligencias posibles para notificar personalmente el pliego de cargos al disciplinado o a su defensor. En efecto, sólo con la comprobación de que fue imposible notificar personalmente al implicado disciplinario se procede a notificar el pliego de

cargos mediante edicto fijado en el término y forma adecuadas. El nombramiento del defensor de oficio viene a ser la consecuencia de la actitud renuente asumida por el disciplinado, o la franca imposibilidad de localizarlo. (2)

1.2.4. Calificación jurídica provisional y variación del pliego de cargos.

Para Riascos Gómez uno de los requisitos para poder dictar pliego de cargos, es que se describa y determine la conducta investigada, con la indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la que se cometió la falta, lo que obliga a la autoridad disciplinaria a determinar desde este momento y hasta que se produzca la decisión final (o fallo) la conducta o tipo disciplinario por el cual se adelanta investigación y posterior juzgamiento del disciplinado. Sostiene Riascos Gómez que el pliego de cargos podrá ser variado luego de cumplida la práctica de pruebas y hasta antes de la decisión de primera instancia o única instancia, por error en la calificación jurídica o por prueba sobreviniente. Recomienda, en tal virtud, que la calificación jurídica que se hace en el pliego de cargos es de carácter provisional y no definitivo, pues puede cambiarse si se da uno de los dos requisitos: a) Por error en la calificación jurídica; y, b) por prueba sobreviniente.

1.2.4.1. Error en la calificación jurídica.

La calificación jurídica del hecho constitutivo de falta disciplinaria es un acto intelectivo de la autoridad disciplinante que se vacía en la decisión interlocutoria denominada pliego de cargos, cuando se encasilla el comportamiento humano de quienes prestan un servicio público con tipos ético médico disciplinarios, según los criterios de gravedad o levedad de la falta. Sin embargo, esta actividad intelectiva de las autoridades disciplinarias no está exenta de errores en la calificación por diversas circunstancias, entre las más comunes, el error de apreciación en la adecuación de los hechos realizados por el autor o autores con los tipos disciplinarios que por regla general son abiertos por remisión en blanco o por remisión expresa, ya sea por la exclusión de algunas faltas, errores de apreciación en la graduación de la falta o considerarlas en su conjunto, de allí que se recomiende aislar, si fuese posible hacerlo, los elementos constitutivos de la falta ético médico disciplinaria.

Por ello, si se comete un error en la calificación jurídica provisional del pliego de cargos resulta un imposible jurídico mantener la imputación inicial…razón por la cual está permitido su variación…Producido el fallo ya no será posible variar el pliego de cargos…El ad quem carece de atribuciones para hacer esta variación. (2)

1.2.4.2. Por prueba sobreviniente.

Al respecto Riascos Gómez Recomienda: "…*Igualmente podrá variarse el pliego de cargos como producto de las pruebas practicadas en el proceso disciplinario surgidas de hechos nuevos que no fueron estimados ni menos analizados por la autoridad disciplinaria al momento de expedir la decisión interlocutoria y sui generis pliego de cargos o pliego de imputación disciplinaria… Estos hechos nuevos que fundamentan elementos constitutivos de cualquier medio de prueba idónea, pertinente y conducente en materia disciplinaria deben tener un cierto grado de significancia dentro de la investigación disciplinaria que justifiquen fáctica y jurídicamente la variación de la imputación vertida en el pliego de cargos original; así, lo que debe quedar explicitado es la nueva incriminación que se hace, superado el error, o efectuado el ajuste a partir de la prueba sobreviviente." (2)*

1.2.4.3. Notificación y trámite subsiguiente de la variación del pliego.

Continúa Riascos Gómez. *"La variación del pliego de cargos se notificará en la misma forma del pliego de cargos original y se otorgará un término prudencial para solicitar y practicar pruebas, dentro de los términos fijados para el proceso. La variación del pliego expedida mediante decisión motivada por la autoridad disciplinaria deberá ser notificada personalmente al disciplinado o su defensor y subsidiariamente por edicto si se hace mediante funcionario comisionado. Esta decisión posibilita la apertura de un nuevo término para solicitar y practicar las pruebas que sean necesarias, pertinentes y conducentes para demostrar los hechos, omisiones o abstenciones alegados por los sujetos procesales tras la notificación en debida y legal forma de la decisión de variación del pliego de cargos." (2)* En el caso de los procesos ético médico disciplinarios es menester analizar los cargos en forma cuidadosa por sus implicaciones en procesos paralelos, como los de responsabilidad penal y civil, así como por ser causa frecuente de nulidades, demandas y tutelas contra los tribunales de ética médica.

2. La acción de tutela.

La acción de tutela es un mecanismo jurisdiccional de protección y defensa de derechos fundamentales de la persona humana. Es uno de los medios judiciales más idóneos, expeditos y eficaces para la defensa de los derechos de primera generación o fundamentales, tales como la vida, la vida digna: integridad física y moral, la intimidad personal y familiar, la honra, el honor, la buena imagen, la salud, igualdad, habeas data, el trabajo, el debido proceso, a no declarar contra sí mismo ni contra su cónyuge o parientes, el derecho de petición, etc., en la Constitución. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un

procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su Nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala el decreto 2591 de 1991. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela, según el artículo 86 de la Carta colombiana y el artículo 1º del Decreto mencionado. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días ante la solicitud de tutela y su resolución. El ejercicio de la acción de tutela no exime de la obligación de agotar la vía gubernativa para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa. (2)

La Corte Constitucional como el Consejo de Estado han tenido que pronunciarse en diversas sentencias sobre la procedencia de la acción de tutela con respecto a dos de las decisiones disciplinarias anteriormente relacionadas: la decisión o auto de cargos; y sobre la variación del pliego de cargos en procesos disciplinarios jurisdiccionales, en la sentencia T-1160-2004. (11) En esta se manifiesta: *"Es sabido que al derecho disciplinario, dada su naturaleza punitiva, le son aplicables los principios y garantías del derecho penal (C-427-94, C-194-95 y C-619-01), lo que se traduce en que los servidores públicos no puedan ser sancionados por cargos que no les fueron formulados (C-541-98), porque quien no tiene un conocimiento real, efectivo y completo de las acusaciones en su contra no puede controvertirlas, de modo que resulta claro que los servidores judiciales no pueden ser condenados por cargos de los que no fueron noticiados con antelación a la sentencia, tanto así que el inciso final del artículo 165 de la Ley 734 de 2002 preceptúa: --El pliego de cargos podrá ser variado luego de concluida la práctica de pruebas y hasta antes del fallo de primera o única instancia, por error en la calificación jurídica o por prueba sobreviviente…-- Se trata entonces de que los cargos disciplinarios se concreten antes de la sentencia, y con la antelación que requiere el inculpado para conocer la acusación, alegar, contradecir y probar a su favor, en cuanto la garantía del derecho de defensa no beneficia solamente al acusado sino, también, es indispensable para el logro del fin esencial de todo proceso: la determinación de la verdad jurídica acerca de los hechos que dan lugar a la sanción que se busca imponer (T-436-92 y T-198-93). La búsqueda de la verdad conlleva, entonces, una dialéctica permanente entre la versión de la persona a quien se imputan las faltas disciplinarias y de las autoridades (T-490-92, T-582-92, T-233-95)."*

La relación entre el derecho a la defensa y la consonancia entre la acusación y la condena es un asunto que ha sido abordado por la jurisprudencia de manera insistente, siendo por ello claro que toda defensa real y cierta presupone, de parte del acusado, el conocimiento oportuno de la acusación que debe contradecir, de los hechos que tendrá que desvirtuar y de las pruebas que le será posible confrontar. (2)

Bibliografía:

1. Normas sobre Ética Médica. Tribunal Nacional de Ética Médica. Ley 23 de 1981. Decreto reglamentario 3380 de 1981. Sin fecha de edición. Artículo 80; pág. 47

2. RIASCOS GÓMEZ, Libardo O. El pliego de cargos: la formulación, los requisitos de forma y de fondo, la variación del pliego de cargos, notificación y acciones constitucionales.https://www.researchgate.net/publication/298229534_El_Pliego_de_cargos_en_los_procesos_disciplinarios_previstos_en_la_Ley_734_de_2002_o_CDU. Consultado abril 2 de 2018

3. RIASCOS GÓMEZ, Libardo O. El derecho administrativo sancionador disciplinario en la docencia universitaria colombiana. Editorial Universitaria, 1ª edición, Universidad de Nariño, Pasto, p. 199

4. BORRACHINA, E., La función pública y su ordenamiento jurídico. Parte Especial II, Ed., PPU, Tomo II, Vol. II, Barcelona, 1991. p. 158

5. Colombia. Presidencia de la República de Colombia. (2002, febrero 5). Código Disciplinario Único, Ley 734

6. RIASCOS GÓMEZ, Libardo O. El Derecho Administrativo Sancionador Disciplinario, p.378 y ss.

7. NOVA PEREIRA, Jorge. Seminario sobre la correcta formulación del pliego de cargos: Temas de técnica disciplinaria. Bogotá, Mayo de 1977, citado por PINEDA DE MARTÍNEZ, Rosa. Derecho Disciplinario. Ed. El Profesional, Bogotá, 2ª ed., 2004, p. 281-282.

8. Colombia, Corte Constitucional, (Sentencia C-708-99), M.P. Tafúr Galvis, A., Bogotá.

9. Colombia, Corte Constitucional, (Sentencia C-450-2003), M.P. Cepeda Espinoza, M.J., Bogotá.

10. Colombia, Corte Constitucional, (Sentencia C-280-1996), M.P. Martínez Caballero, A., Bogotá.

11. Colombia, Corte Constitucional, (Sentencia T-1160-2004) M.P. Tafúr Galvis, A., Bogotá.

CAPÍTULO XXI
DERECHO DE DEFENSA

El derecho a la defensa dentro del proceso han sido una de las grandes conquistas de la época moderna, porque pese a haber sido reconocida en el más remoto pasado, posteriormente fue ignorada con la implantación del sistema procesal inquisitivo en la época medieval, porque debe recordarse que la forma procesal inquisitiva, caracterizada en toda su intensidad en los procesos adelantados por los " Santísimos " Tribunales de la Inquisición, todas las funciones del proceso quedaban en manos del Tribunal y en tales condiciones es evidente la inexistencia del derecho a la defensa, porque igualmente se debe recordar como el proceso era secreto y el procesado solo tenía derecho a la " defensa " cuando la investigación ya había sido adelantada, cuando había sido sometido a tortura y generalmente confesado; en tales circunstancias es obvio que las posibilidades defensivas eran inexistentes, puesto que su lugar en la hoguera estaba garantizado.-

Es precisamente en la Declaración del buen pueblo de Virginia, - 12 de junio de 1776 -, donde se consagraron algunas de las características propias del derecho a la defensa cuando se determinó en su artículo VIII:

" Que en todo proceso criminal, inclusive aquellos en que se pida la pena capital, el acusado tiene derecho a saber la causa y naturaleza de la acusación, a ser careado con sus acusadores y testigos, a pedir pruebas a su favor y a ser juzgado rápidamente por un jurado imparcial de doce hombres de su vecindad, sin cuyo consentimiento unánime no podrá declarársele culpable; tampoco puede obligársele a testificar contra sí mismo; que nadie sea privado de su libertad, salvo por mandato de la ley del país o por juicio de sus iguales.-

Este derecho innominado que aparece en la Declaración del buen pueblo de Virginia, como precursora de la Declaración de Independencia de los EE. UU (4 de julio de 1776) y de la expedición de la Constitución del mismo país (17 de septiembre de 1787), viene a concretar y a nominar el derecho en la Sexta Enmienda a la Constitución antes mencionada (El derecho a un juicio justo), que se había concretado también innominadamente en la Quinta Enmienda (Los derechos en la causas penales). La Quinta Enmienda en relación con los derechos que tienen los ciudadanos en las causas penales determina:

" Ninguna persona será detenida para que responda por un delito capital, o infamante por algún otro concepto, sin un acto de denuncia o acusación formulado por un Gran Jurado, salvo en los casos que se presenten en las fuerzas terrestres o navales, o en la milicia, cuando estas estén en servicio efectivo en tiempo de guerra o de peligro público; tampoco podrá someterse a una personas dos veces, por el mismo delito, al peligro de perder la vida o sufrir daños corporales; tampoco podrá obligársele a testificar contra sí mismo en una causa penal, ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso judicial; tampoco podrá enajenarse la propiedad privada para darle usos públicos sin una compensación justa .-

En la Sexta Enmienda, sobre el derecho a un juicio justo se le da la denominación de derecho a la defensa cuando se expresa:

" En todas las causas penales, el acusado disfrutará del derecho a un juicio público y expedido a cargo de un jurado imparcial del Estado y distrito donde el delito haya sido cometido; tal distrito previamente habrá sido determinado conforme a la ley y dicho acusado será informado de la índole y el motivo de la acusación; será confrontado con los testigos que se presenten en su contra; tendrá la obligación de obtener testimonios a su favor, y contará con la asistencia jurídica apropiada para su defensa .-

En la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia el 26 de agosto de 1789 y aceptada por el Rey Luis XVI el 5 de octubre de 1789, de manera innominada se consagra el debido proceso y surge tácito el derecho a la defensa cuando se dispone en el artículo 7º:

" Ningún hombre puede ser acusado , arrestado ni detenido sino en los casos determinados por la ley y con las formalidades prescritas en ella. Los que soliciten, expidan, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias, deben ser castigados, pero todo ciudadano llamado o preso en virtud de la ley debe obedecer al instante y si resiste se hace culpable .-

El vocablo defensa en la acepción que nos interesa significa:

"Amparo, protección, resistencia al ataque. Mantenimiento de una causa, idea o plan discutido o impugnado por otros. Socorro, ayuda. Repulsa o rechazamiento de agresión. Abogado defensor. **Escrito con el que se trata de justificar o de atenuar la conducta del acusado ante un tribunal.** Hecho o derecho alegado en juicio civil o contencioso de otra índole, para oponerse a la parte contraria". (Las negrillas no son del texto) .-

Mientras que el mismo autor de manera más concreta en referencia a la defensa en juicio nos dice:

" La que por uno mismo o por letrado se asume ante una pretensión o acusación ajena, planteada judicialmente, para intentar la absolución de una u otra especie. Integra un derecho aun en los casos de mayor flagrancia en lo penal y de mayor iniquidad en lo civil, por la posibilidad de que las apariencias quedan desvirtuadas o los hechos encuentran alguna justificación. Si en lo personal garantiza desde la integridad física al arsenal de los derechos individuales, se concreta también en lo patrimonial y en las demás esferas jurídicas.-

"EN LA PRÁCTICA SE TRADUCE EN EL DERECHO DE LAS PARTES O DEL REO, SEGÚN SE TRATE DE ASUNTOS CIVILES O CRIMINALES, PARA ELEGIR CON TODA LIBERTAD LA ASISTENCIA PROFESIONAL QUE DESEEN". Como garantía, se proclama en todas las Constituciones y se regula en todos los ordenamientos procesales; a grado tal, que, hasta contra la pasividad y la negativa, en lo penal se nombra defensor de oficio; actitud que no se lleva al procedimiento civil con tal rigor, por cuanto de los derechos propios cabe disponer mediante renuncia o abandono gratuito " .- (Lo destacado no lo es en el texto).-

La defensa como derecho del ciudadano que sufre una sindicación del Estado en ejercicio del ius puniendi, como expresión de su soberanía interna, es la más clara expresión democrática, en la que concebimos un instrumento de convivencia (Estado) que debe ejercer un poder punitivo, para garantizar el respeto de las normas mínimas que permitan la coexistencia pacífica de la sociedad.-

Pero si de la misma manera entendemos que el Estado es una creación del hombre, concebida para garantizar la obtención de sus expectativas, esperanzas, ilusiones, posibilidades, anhelos, deseos personales, sociales, políticos, económicos, culturales, etc, es claro que lo debemos concebir con un poder punitivo restringido, porque por encima del concepto de Estado siempre estará la intangible e invulnerable dignidad de ser hombre: su creador.-

Dentro de tales parámetros el Estado debe ejercer el poder punitivo contra todos aquellos que vulneran normas mínimas de convivencia social, pero como siempre, el ejercicio del poder puede ser vecino de su abuso, - bien como ente Estatal o bien como expresión de los que a su nombre ejercen ese poder represivo -, se hace indispensable que todo ciudadano que reciba la imputación de ser un presunto infractor de cualquiera de esas normas mínimas de convivencia social, deba tener el derecho o la capacidad de enfrentar ese poder soberano en condiciones que le garanticen en circunstancias mínimas de igualdad, la posibilidad de negar la autoría, la existencia del hecho; o demostrar la inimputabilidad, la justificación de la conducta, la inculpabilidad de la acción, la atenuación de la misma, la imposibilidad de que se pudiera haber iniciado la acción, o de su prosecución, de buscar circunstancias específicas o genéricas de atenuación, o en el peor de los casos, de solicitar la aplicación de una pena mínima, de una sentencia anticipada o de una condena condicionada.-

Solo dentro de tales perspectivas podemos entender el concepto de un Estado, Social y Democrático de Derecho, y solo así puede ser comprendida la existencia de un derecho represor al que se le permite concebir la existencia de castigos para aquellas conductas que afectan las condiciones mínimas de coexistencia social; porque dentro de tales lineamientos, el inicio y en general el ejercicio del poder represivo del Estado solo puede entenderse dentro de las infinitas limitaciones que el mismo Estado se auto-establece o que le impone la comunidad internacional, cuando se consagra el concepto del debido proceso, que no tiene otro objeto que restringir el poder represivo del Estado para evitar el abuso de poder, la arbitrariedad y en definitiva: la dictadura; y esto con el único objetivo de salvaguardar la vida, la honra, la integridad personal, y en fin la totalidad de los derechos y garantías inherentes con la intangible e invulnerable dignidad del hombre .-

Etimológicamente del vocablo, Defensa, se ha dicho:

“ protección, acción de defender de un ataque: latín defensa, femenino de defensus, participio pasivo de defenderé, defender .-

Desde la perspectiva etimológica sobre el vocablo Defender se ha dicho:
“ proteger de un peligro o de un ataque; abogar a favor de: latín: defenderé, defender, alejar, rechazar, de apartar .-

“ 1155. Tomado del latín defenderé, alejar, rechazar (a un enemigo), defender, proteger.

Derivado. Defensa, 1490, tomado del latín tardío defensa. íd. Defensivo, h. 1440; defensiva, 1705, Defensor, 1438, latín defensor, defensoris. .-

Algunos proverbios latinos nos dan una idea sobre lo que se ha entendido por defensa a través de los siglos:

Nemo debet inaudito demnari. Nadie debe ser condenado sin ser oído.

Defensionem quocumque tempore postulanti reo negari non oportet. Pidiéndola el reo, no se le debe negar en ningún tiempo la defensa.-

Nullus pluribus uti defensionibus prohibetur. A nadie está vedado valerse de varias defensas.-

Non defendere videtur non tantum, qui latitat, sed et is, qui praesens negat se defendere, aut non vult suscipere actionem.- Se considera que no se defiende no solamente el que se oculta, sino también el que estando presente se niega a defenderse o no quiere aceptar el juicio .-

Enrique Jiménez Asenjo haciendo un símil de los aspectos bélicos del ataque y la defensa nos dice sobre el derecho a la defensa procesal:

" Por una clara concepción ideal, dicha palabra - defensa - logra un sentido bélico relevante en el mundo de las realidades y expresa una de las dos operaciones fundamentales de la estrategia militar: la ofensiva (ofensa) y la defensiva (defensa); esta última como opuesta a la primera, para enervarla o destruirla. Luego, mediante una clara transposición de ideas, la acción ofensiva o defensiva se fija en el instrumento o los elementos que contribuyen a verificarla, y así se llama también " defensas " a las armas, instrumentos o elementos, en general, que contribuyen a proteger del peligro que amenaza, o a las obras, fortificaciones o medios que se realizan, o las medidas que se toman para lograr su fin propio, siendo la defensa, activa si se opone a la acción que se ofende o ataca, otra acción (reacción) de signo igual o contrario que aquella, neutralizándola o destruyéndola; y pasiva, si se limita a resistir (sin reacción), evitando sólo sus efectos por medios pacíficos.-

" De aquí se desprende:
" 1).- La idea de defensa es correlativa, y se da en función de la ofensa.-
" 2).- Implica una actividad de signo igual, pero contrario a la primera; y
" 3).- Posee un carácter preponderantemente bélico, en cuanto tiende a enervar o destruir todo aquello que se le opone. " .-

La interpretación propuesta por el autor citado, en la que da una referencia bélica al derecho que se estudia no es gratuito, pues para llegar a ella parte del significado etimológico del verbo " defender " del que como ya se vio atrás, se concreta en el rechazo de un ataque.-

Es claro que partiendo de tal concepción etimológica ha de entenderse de manera necesaria, que la imputación penal que el Estado formula a sus súbditos constituye una verdadera agresión que afecta o puede afectar de manera grave sus derechos personalísimos, particularmente la libertad de locomoción, los derechos políticos, el honor, el patrimonio y algunos otros derechos fundamentales como la patria potestad y el ejercicio de algunas actividades profesionales; agresión que genera por reconocimiento del Estado, el derecho del ciudadano a defenderse de tal imputación, derecho defensivo que surge fundamentalmente del reconocimiento constitucional según el cual se lo presume inocente mientras el Estado no logre demostrar su culpabilidad.-

El símil bélico planteado por Jiménez Asenjo no surge entonces de la inventiva del autor citado, sino del significado mismo del vocablo con el cual se quiso bautizar el derecho que se le concede al ciudadano para que ejerza frente al Estado cuando este pone en duda su presunción de inocencia mediante la formulación de una imputación.-

Y bien sabemos que el proceso tiene las características de una verdadera batalla, dialéctica sí, pero combate en el que se entrecruzan los ataques de los sujetos procesales tendientes a la búsqueda de un resultado final: absolución, atenuación de la imputación o de la pena, reconocimiento de determinados beneficios de un lado; y del otro, condena, agravación de la pena, indemnización de perjuicios, restablecimientos del derecho, verdad y justicia, del otro.-

El juez en cumplimiento de su deber y de su finalidad constitucional trabaja en la búsqueda de la verdad, para poder impartir justicia de conformidad con ella; mientras que los sujetos procesales luchan por la obtención del resultado buscado de acuerdo con sus pretensiones procesales y conforme a lo que permitan los hechos probados dentro del proceso; pero claro que éstos últimos, en muchas ocasiones con una evidente parcialidad de la búsqueda de un objetivo determinado, parcialidad finalística que nunca puede estar dentro de los propósitos judiciales.-

El mismo autor destaca las diversas acepciones que el vocablo defensa tiene para el derecho, haciendo especial énfasis en la que a nosotros particularmente nos interesa, esto es la defensa en juicio cuando nos dice:

“ Para el derecho, la palabra “ defensa “ posee también acepciones o significados diferentes, y así unas veces se aplica, como eco de su significado original, al ejercicio de una actividad jurídica de amparo y protección a quien se encuentre atacado, por el ejercicio de una acción dirigida contra él, o bien, por transposición del acto al agente, se llama también “ defensa “ a la persona que ejercita esta actividad, o también al instrumento o pieza oratoria utilizada para defender, con lo cual se verifica, en el sector jurídico, análogo fenómeno de mimetismo que en el real ya observado. “El autor antes citado nos da razones de particular importancia procesal para justificar la existencia de la defensa en juicio cuando nos dice con particular sabiduría que:

“Se deriva de la consideración del proceso como un derecho -duelo judicial -, en donde las armas que se esgrimen son la razón y la dialéctica, puestas al servicio del descubrimiento de la verdad y los principios de justicia que deben aplicarse. La lucha, por consiguiente, requiere igualdad de armas, pues de lo contrario autorizaría una felonía en favor del combatiente mejor equipado. Así lo que está permitido a la acusación, debe permitirse a la defensa y, de este modo, mantener la imparcialidad, tanto del órgano jurisdicente como de la acusación, es una consecuencia necesaria de la “igualdad” procesal, tanto en el sumario, si ello es posible, como en el plenario”.

“ Si se negase la defensa en el sumario, sólo serviría para la acusación, y no es así, pues el sobreseimiento carecería de base racional y sentido “ (Orbaneja). Con la instauración de la asistencia de un patrono perito en derecho, la ley trata de articular en el procedimiento la igualdad de armas. Así se encuentra sancionado en nuestra Ley procesal penal.-

“ En resumen, la defensa es útil y necesaria:

“1).- Porque representa un derecho natural humano.-

“2).- Porque equilibra las fuerzas contendientes en la litis.-

“3).- Porque consagra el principio de igualdad de armas entre las partes.-

“4).- Porque completa los conocimientos de los justiciables e ilustra al juzgador.-

“5).- Proporciona ponderación y dignidad a la discusión, eliminando la pasión personal; y

“6).- Contribuye, como dice Aguilera, indirectamente a la difusión de la cultura jurídica entre técnicos y profanos, facilitando la publicidad de los debates.-

“ El derecho de defensa ha tenido, sin embargo, que soportar una opinión adversa, que a veces logró oscurecer su dignidad y pureza de intención. Así, aunque se admita la defensa natural o material, la formal ha sido combatida con argumentos que el propio Mitermaier resume

“1).- El abogado, la mayoría de las veces, no hace más que retorcer el derecho, desfigurar la verdad y aducir sofismas fundados en apariencias.-

“2).- La defensa obligada, dilata excesivamente la averiguación, el procedimiento y la decisión del juicio.-

“3).- El instructor descubrirá por sí mismo los motivos de exculpación y dará al acusado oportunidad de justificarse tan cumplidamente como proceda, teniendo presente todos y cada uno de tales motivos.-

“4).- Todos los efectos del procedimiento y de la prueba serían advertidos y separados por los propios juzgadores, que son siempre varios.” .-

Si estamos hablando de ataque y defensa y todo ello dentro de un marco jurídico, necesariamente ese duelo judicial solo puede concebirse dentro del plano de la más absoluta igualdad, - teóricamente hablando -, porque es claro, que cualquier matiz que establezca la preponderancia de uno de los sujetos de la lucha, hace cesar el equilibrio de la misma y consecuentemente la existencia misma del Derecho y del Estado calificado como de Derecho. -

Hablamos de la igualdad y lo hacemos al referimos en un plano teórico, porque es evidente que el poder del Estado es inconmensurable y de manera necesaria siempre el ciudadano que lo enfrenta estará en situación real de desigualdad; pero pese a la existencia de la misma, recordemos lo que ya hemos dicho con anterioridad que al establecerse el concepto del debido proceso, el Estado autolimita su poder represivo y cada una de las restricciones que se impone constituye una garantía consagrada en beneficio del ciudadano ; garantías que al establecerse de manera real logran un cierto equilibrio entre el infinito poder del Estado y la débil capacidad del ser humano.-

No está por demás recordar el derecho a la defensa que se consagra como causal de irresponsabilidad penal en favor de los ciudadanos, cuando son objeto de una agresión, permitiéndoseles rechazar la misma, siempre y cuando, la reacción defensiva sea proporcionada - similar - a la agresión de que se es objeto.-

Recordamos la institución del derecho penal, simplemente para evidenciar, que siempre el legislador en la búsqueda de la justicia persigue un cierto equilibrio entre los contendientes y es evidente que para efectos de la justificación de la defensa en el ámbito del derecho penal o para el ejercicio del derecho a la defensa dentro del proceso penal, siempre se trata de conseguir la igualdad entre las partes, porque de existir la misma, estaremos frente a la equidad y ello significa justicia que al fin y al cabo es el objetivo político último de un verdadero Estado Social y Democrático de Derecho.-

CAPÍTULO XXII
LA PENA Y SU DOSIFICACIÓN

El principal medio de que dispone el Estado como reacción frente al delito es la pena en el sentido de "restricción de derechos del responsable".

Según el diccionario de la lengua española la pena se define como castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta. Desde la antigüedad se autorizaba a los sujetos afectados a castigar directamente a sus ofensores, por lo que la pena se consideraba como una venganza frente al daño sufrido. Es el principio jurídico de justicia retributiva en el que la norma imponía un castigo que se identificaba con el crimen cometido, obteniéndose la reciprocidad. La expresión más conocida de la ley del talión es el pasaje bíblico "ojo por ojo, diente por diente" y que se encuentra consignada en el código de Hammurabi El término "talión" deriva de la palabra latina talis o tale que significa "idéntico" o "semejante", de modo que no se refiere a una pena equivalente sino a una pena idéntica.

La concepción filosófica de la pena ha pasado por diferentes etapas, desde la retribución al ofendido hasta cumplir una función preventiva y de resocialización. El fundamento de la pena ha sido un tema tratado por juristas, filósofos, psicólogos, sociólogos. Los varios puntos de vista expresados se agrupan en las llamadas teorías de la Pena. Básicamente existen tres tipos de teorías, las teorías absolutas, las relativas y las mixtas o de la unión.

Ha compartido en mucho, este Tribunal Nacional de Ética Médica la escuela clásica de la pena que se fundamenta en la protección de la libertad de los individuos, y uno de cuyos más afamados exponentes es el Marqués de Beccaria. Lo expresa el

Magistrado Fernando Guzmán Mora en Providencia No. 61-2017, sala plena sesión no. 1376 del veinticinco (25) de julio del año dos mil diecisiete (2017). "Desde los tiempos pre revolucionarios franceses (Siglo XVIII), se conoce el famoso teorema del Marqués de Beccaria: "Para que toda pena no resulte una violencia de uno o de muchos contra un ciudadano particular, debe ser esencialmente pública, rápida, necesaria, la mínima de las posibles en las circunstancias dadas, proporcionada a los delitos y dictada por las leyes"

Reza el Artículo 3° del Código Penal Colombiano:

Principios de las sanciones penales. La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. Jeremy Bentham afirmó que las penas deben tener una función utilitaria y así debe ser proporcional a la gravedad del delito, a fin de maximizar la eficiencia en la asignación de los recursos públicos porque "a mayor delito, mayor razón hay que aventurar una pena grave por la oportunidad de prevenirlo" Explicó, además, que "el castigo en sí es un mal y se debe utilizar con la mayor moderación posible"

En Colombia el código penal establece las funciones de la pena en el artículo 4: "La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección del condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión."

En el Editorial de la Gaceta jurisprudencial Nº 22 de enero de 2016 dedicada al derecho médico y derecho penal, el Dr. Edgar Saavedra Rojas, Abogado penalista y asesor Jurídico del tribunal Nacional de Ética Médica, he hecho una recopilación de algunas de las posibles conductas reprochables, contenidas en el título I del Código Penal, que pudieran ser consumadas por los médicos en ejercicio de su profesión, bien sea de manera culposa o bien de manera intencional o dolosa, y añade: " La relación entonces entre el ejercicio de la medicina y el derecho penal, y el derecho penal disciplinario, tienen una muy estrecha relación, de manera lamentable que a nivel culposo surge de la falta de estudio y de estar al día con los portentosos adelantos que la medicina nos depara día a día no solo en los ámbitos tecnológicos sino en las nuevas terapias y técnicas quirúrgicas, la aparición de una nueva y constante farmacopea, que convierten a la medicina en una ciencia que se renueva siempre en su constante evolución; comportamientos culposos que surgen de conductas imprudentes por comprometerse a realizar tratamientos o intervenciones quirúrgicas para las cuales no se encuentran suficientemente entrenados; o por comportamientos negligentes, donde se descuida al paciente y no se le dedica el cuidado y el tiempo que este requiere."

La ley 23 de 1981 es muy clara en la graduación de las sanciones que se pueden aplicar por las infracciones cometidas en su contra, el artículo 83 de la misma dice: " A juicio del Tribunal Ético Profesional, contra las faltas a la ética médica, de acuerdo con su gravedad o con la reincidencia en ellas, proceden las siguientes sanciones:

a) Amonestación privada;
b) Censura, que podrá ser:

1. Escrita pero privada.
2. Escrita y pública.
3. Verbal y pública.

c) Suspensión en el ejercicio de la medicina hasta por seis meses;
d) Suspensión en el ejercicio de la medicina, hasta por cinco años.

Lo que no existe en la ley es una tipificación clara de las posibles infracciones que se pueden cometer en contra de la ley 23 de 1981, y esto a criterio de muchos constituye una falencia de la ley, pero la mayoría de las infracciones surgen de la impericia, la imprudencia o la negligencia del profesional en su actuar médico.

Podríamos agruparlas en varios apartes, siguiendo la remisión expresa que la ley 23 de 1981 hace al código penal, el cual constituye una importante guía no solo para la tipificación de las lesiones sino para orientar sobretodo en la magnitud de la falta y la dosificación de la sanción, si bien es cierto que los tribunales de Ética no pueden imponer sanciones de privación de la libertad, ni sanciones pecuniarias, si se orientan en este código, para tasar las sanciones mayores, consistentes en la suspensión del ejercicio profesional, por tiempo superior a seis meses.

Las principales, más no todas, las infracciones en las que pueden incurrir los Médicos son:

Delitos contra la vida y la integridad personal.
Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales.
Experimentación en seres vivos.
Delitos contra la integridad moral injuria y calumnia.
Delitos contra la fe Pública, falsedad en documentos.

Otras contravenciones que se observan con alguna frecuencia en los Tribunales de Ética son:

Incumplimiento de las normas para la elaboración de la Historia clínica l(Ley 23 de 1981 y resolución 1995 del Ministerio de Salud, del 08 de julio 1999)

Incumplimiento de las normas sanitarias y de habilitación del sitio de trabajo. Carencia de los títulos que demuestren la idoneidad en el campo en que se ejerce la medicina.
Veamos algunos ejemplos:

El Libro II Título I capítulo III del código penal colombiano trata de las lesiones personales así:

"Si el daño consistiere en deformidad física transitoria, la pena será de prisión de dieciséis (16) a ciento ocho (108) meses y multa de veinte (20) a treinta y siete punto cinco (37.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si fuere permanente, la pena será de prisión de treinta y dos (32) a ciento veintiséis (126) meses y multa de treinta y cuatro punto sesenta y seis (34.66) a cincuenta y cuatro (54) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si la deformidad afectare el rostro, la pena se aumentará hasta en una tercera parte.

Si se asimila la suspensión del ejercicio de la práctica profesional, que en algún sentido es una pérdida de la libertad para actuar como Médico, a la pérdida de la libertad por algún otro motivo, vemos que el código penal es severo en lo relacionado a las lesiones personales contemplando penas privativas de la libertad de hasta 126 meses, y más aún si se trata de lesiones faciales irreversibles. Es decir de hasta trece años de prisión, sin contar las sanciones pecuniarias por multas, que los tribunales de ética no están facultados para imponer. Quedamos entonces que la máxima sanción legalmente posible, a imponer por el tribunal Nacional de Ética médica, es la suspensión del ejercicio profesional por espacio de 5 años. Sanción que está muy por debajo de lo contemplado en el código penal.

Correspondería al caso de varios pacientes operados a lo largo y ancho del país por personas no calificadas para hacer cirugía plástica, es decir sin contar con los títulos de idoneidad como especialistas, producto de un programa formal de residencia, o especialización , en el país , o en el exterior, pero aprobado por el ministerio de Educación, que se presentan como Cirujanos Plásticos sin serlo, o como esteticistas, o que intervienen pacientes, igualmente en lugares no autorizados ,por las respectivas autoridades sanitarias, causándoles por su falta de conocimiento o

de habilidad, serias lesiones irreversibles , como la pérdida de los glúteos, de los senos, o incluso la muerte.

El Tribunal Nacional de Ética Médica ha considerado siempre como una falta grave el ejercicio de la cirugía plástica por personas que no han demostrado ante el Estado, su idoneidad para hacerlo y ha impuesto las sanciones más severas a estas personas, que la mayoría de las veces son médicos generales que se han dedicado a las actividades estéticas , o que han hecho algunos cursos no formales, ni conducentes a títulos , y se consideran a sí mismos como idóneos, sin contar con la aprobación del estado, en este caso representado por el Ministerio de Educación Nacional, que es el ente encargado de certificar la idoneidad profesional de los médicos, para salvaguarda del bien público. La gaceta Jurisprudencial del Tribunal Nacional de Ética Médica de junio de 2012, y otras resoluciones más recientes del mismo tribunal como las Providencias Nº 43-2015 . O los procesos No 1121 del Tribunal Seccional de Ética Medica de Risaralda, No. 793 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Norte de Santander Proceso1163 del Tribunal Seccional de Ética Medica del Meta, en los que el Tribunal Nacional ha fallado en segunda instancia, contienen ejemplos de fallos y sus correspondientes sanciones por esta infracción a la ley 23 de 1981.

Como ya se ha dicho la ley 23 de 1981 no tipifica los delitos que se pueden cometer contra ella, solamente lo hace con un delito en particular en sus artículos 49 y 52 al calificar como graves la presentación de documentos alterados o el empleo de recursos irregulares para el registro de títulos o para la inscripción de un Médico, así como la expedición de certificados falsos.

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

Tanta es la importancia que para el conglomerado social y para el cuerpo médico tiene la expedición de certificados por parte de los profesionales, que en el articulado de la vigente Ley 23 de 1981 se dice que "su expedición implica responsabilidad legal y moral para el médico" (artículo 50) Providencia No.10-2013 del Tribunal Nacional de Ética Médica)

Este Tribunal Nacional con ponencia del magistrado Fernando Guzmán Mora ha expresado: "Los médicos, en el diario ejercicio de la profesión, utilizamos, creamos y hacemos circular documentos de profunda trascendencia para el derecho en general y para la ética médica en particular. (Providencia No. 23-2013)

Se trata de las historias clínicas, los certificados de salud, las partidas de defunción, las constancias respecto de salud y enfermedad, las fórmulas terapéuticas, las cartas remisorias a otros colegas, las solicitudes a empresas de medicina pre-pagada y empresas promotoras de salud, las calificaciones del personal en entrenamiento, etc. En la misma providencia No. 23-2013, esta Corporación ha expresado:

"..Cuál es el objeto, preguntamos, de que se garantice la fe pública de los documentos oficiales? Se responderá que los particulares puedan confiar en ellos, estimando por una parte que se han llenado todas las formas legales y descansando tranquilos, por otra, en la confianza de que aquellos instrumentos son legítimos y veraces. ¿Pero por qué necesita la sociedad que los instrumentos públicos y aun las escrituras privadas sean auténticas y veraces? Y no queda más remedio que responder: para que los derechos creados por ellas o probados por ellas no se vean expuestos a no poder ser ejercidos o que su ejercicio sea obstaculizado por falta de pruebas.

Así pues, la razón de la protección penal a los instrumentos emitidos por el Estado no exige que el perjuicio sea concreto en la misma creación de los documentos, o que éste tenga necesariamente que ver con el patrimonio económico de los particulares. Muchas veces se ha repetido ya que la falsedad documental es un tipo pluri ofensivo, sin que sea necesario que se especifique en cada una, vulneración a un bien jurídico, siendo requisito de ella, eso sí, que tenga potencialidad de daño sobre otros bienes. El peligro de perjuicio será suficiente."

Este delito está contemplado en el Código penal capítulo III articulo 286 y siguientes, y contempla penas privativas de la libertad que van desde 48 hasta 180 meses.

Otro de los delitos contra los que el Tribunal Nacional impone las sanciones más duras, es aquel cometido por un médico contra el pudor y la integridad sexual de su paciente.

Porque es una de las conductas más bajas en las que puede incurrir un médico, que tiene que dar ejemplo, porque el consultorio es un lugar sagrado, el paciente acude con una queja, molestia o enfermedad que lo preocupa y le afecta su calidad de vida, va en busca de ayuda y por lo tanto el médico se encuentra en una situación de predominio y superioridad del paciente, mientras que este está en una posición de inferioridad, e indefensión

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

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

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

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

Por otra parte se presentaron 5 casos (25%) de sanción, de suspensión del ejercicio profesional por cinco años, y solamente en dos de ellos hubo acceso carnal, es decir penetración del miembro viril en la vagina, los otros tres correspondieron a otros actos sexuales sin penetración. Esto para corroborar que ha existido el máximo rigor en las providencias de este tribunal Nacional ante delitos tan bajos y tan humillantes como los delitos sexuales.

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

Escapa al objeto de este escrito la tipificación y gradación de la sanción de cada una de las infracciones que se han cometido contra la ley 23 de 1981 desde su creación

hasta la fecha. Muchas de esas se encuentran recopiladas en las 27 gacetas publicadas por este Tribunal Nacional a partir de octubre de 2012 y pueden ser consultadas por los señores magistrados. Lo que se ha pretendido es presentar tres ejemplos representativos de procesos complejos en los que el código penal ha prestado una gran ayuda, pero sobre todo en los que se ve ampliamente reflejada la jurisprudencia de este tribunal desde su creación.

CAPÍTULO XXIII
RECURSOS

Mecanismo de impugnación judicial. Es el mecanismo de controvertir las decisiones judiciales. De enervar la decisión judicial. Hacen que las partes participen en el proceso.

Como regla general, la mayoría de las decisiones judiciales tiene recursos, por lo que dice Villamil Portilla P 497 "…Instrumentos de control del poder, que realizan la impugnación para que el ciudadano no quede desprotegido ante el poder del Juez, sino que puede contestar sus decisiones…" Si no estuviese la doble instancia o los recursos, la decisión seria única y eso limitaría el ejercicio de la contradicción. Limita a la persona que acude a la rama judicial. Son un mecanismo democrático.

El proceso es un recorrido. En ese trayecto, el funcionario judicial toma diferentes decisiones. El poder de la jurisdicción o de decisión (poder para decidir con fuerza coercitiva el desarrollo de la sentencia). En este trayecto se surten muchas decisiones. Así, una decisión indiferente, puede no despertar ninguna reacción. Otra en contra de A, puede provocar la interposición de recursos por B y viceversa. Así, la parte que se sienta desfavorecida interpone los recursos que la ley le otorga.

Respecto del principio de igualdad procesal (Igualdad de oportunidades para las partes). Se surte porque al existir los recursos respalda este principio.

CLASIFICACIÓN

ORDINARIOS

- REPOSICIÓN
- APELACIÓN
- QUEJA
- SUPLICA

EXTRAORDINARIOS

- REVISIÓN
- CASACIÓN

Pueden asimismo clasificarse en:

HORIZONTALES
Se dan en el mismo nivel. Se acude ante el mismo funcionario

- REPOSICIÓN
- SUPLICA

VERTICALES
Se acude a otra instancia superior

- APELACIÓN
- QUEJA
- REVISIÓN
- CASACIÓN

Hay que tener en cuenta varios aspectos.

1-PROCEDENCIA DEL RECURSO

Es decir, si contra determinada decisión judicial es viable o procede determinado recurso. Contrario sensu, no todos los recursos proceden contra todas las decisiones. Cualquiera que sea el procedimiento, el código dice qué recursos proceden contra determinada providencia. Elo sistema es garantista. El juez no puede decir qué recursos saliéndose de la normatividad. Por el lado del principio de la publicidad (Ningún trámite oculto). Así por ejemplo, contra la sentencia no procede recurso

de reposición. Entonces es improcedente. La apelación no procede en sentencias de única instancia. Entonces el Legislador se va a los dos extremos para señalar la única instancia. El bien jurídico tutelado no amerita que se movilice todo el aparato jurisdiccional (Menor cuantía, familia, etc.). No porque el bien no deba ser protegido, sino que frena la movilización del aparato. O es de tal importancia que es de única instancia porque lo decide el máximo organismo jurisdiccional. (Ej: Los que denomina Villamil como aforados: Ministros, congresistas, presidente, etc.) para la protección de ese bien jurídico.

2- LEGITIMACIÓN

Además debe haber LEGITIMACIÓN. Esta nace de la relación procesal, sea parte demandante, demandada o tercero interviniente.

3- INTERÉS

Además debe haber INTERÉS para recurrir. Si no se tiene interés no se puede recurrir o no se debe recurrir. Es decir, que si la persona no está afectada en cierto grado, no puede tener para recurrir. Así, si la decisión es totalmente favorable, seria improcedente recurrir. Esto es relativo, porque las providencias aparentemente favorables pueden contener elementos desfavorables para las partes.

4- MOTIVACIÓN

Salvo señalamiento expreso del Legislador, los recursos deben ser motivados. Y esto se debe a que si la persona discrepa de la decisión, debe argumentar la discrepancia.

5- OPORTUNIDAD

Deben ser presentados dentro de los términos establecidos por el Legislador. Esto significa que se tienen determinados días para interponer el recurso.
Recordando el principio de la preclusión (acabar) si no se presenta el recurso, precluye la oportunidad. Se vence o termina la oportunidad.

5- CONCOMITANCIA

Puede haber procedencia de dos recursos al mismo tiempo. Cuando pasa esto se puede decir: Señor Juez, procedo al recurso de reposición y en subsidio apelación. Si el juez no revoca la decisión, puede acceder al tramite de la apelación.

I- RECURSO DE REPOSICIÓN.

Es aquel que se interpone y es decidido por el mismo funcionario judicial que tomó la decisión. Con la finalidad de que el funcionario reforme o revoque la decisión. Pero dentro de las posibilidades existe la confirmación. Art 348 y 349 CPC

CPC
Art. 348.- Modificado. Decreto 2282 de 1989, art. 1o. Num. 168. Procedencia y oportunidades. Salvo norma en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que dicte el juez, contra los del magistrado ponente no susceptibles de súplica y contra los de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, a fin de que se revoquen o reformen.

El recurso deberá interponerse con expresión de las razones que lo sustenten, por escrito presentado dentro de los tres días siguientes al de la notificación del auto, excepto cuando éste se haya dictado en una audiencia o diligencia, caso en el cual deberá interponerse en forma verbal inmediatamente se pronuncie el auto.

El auto que decide la reposición no es susceptible de ningún recurso, salvo que contengan puntos no decididos en el anterior, caso en el cual podrán interponerse los recursos pertinentes respecto de los puntos nuevos.

Los autos que dicten las salas de decisión no tienen reposición; podrá pedirse su aclaración o complementación para los efectos de los artículo 309 y 311, dentro del término de su ejecutoria.

Art. 349.- Trámite. Si el recurso se formula por escrito, este se mantendrá en la secretaría por dos días en traslado a la parte contraria, sin necesidad de que el juez, lo ordene; surtido el traslado se decidirá el recurso. El secretario dará cumplimiento al artículo 108.

La reposición interpuesta en audiencia y diligencia se decidirá allí mismo, una vez oída la parte contraria si estuviere presente. Para este fin cada parte podrá hacer uso de la palabra hasta por quince minutos.

Procede en derecho penal contra las providencias de sustanciación que deban notificarse y contra los autos interlocutorios de única instancia.

En Civil proceden contra autos del Juez, los Magistrados del Tribunal y las sentencias de Casación.

II- RECURSO DE APELACIÓN.

Va dirigido a que el superior revoque o reforme la decisión del inferior. Según algunos doctrinantes, es el verdadero recurso, pues el superior revisa las decisiones del inferior. Pero por economía procesal se han creado los otros recursos. Quien decide si se da trámite al recurso es el juez de primera instancia. No lo decide sino quien acepta que se de trámite. Pero para contrarrestar el poder del Juez en el evento en que la apelación sea negada, existe el recurso de Queja.

CÓDIGO PROCEDIMIENTO CIVIL

Art. 350.- Fines de la apelación e interés para interponerla. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o reforme.

Podrá interponer el recurso la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia; respecto del coadyuvante se tendrá en cuenta lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 52.

Art. 352.- Modificado. Decreto 2282 de 1989, art. 1o. Num. 170. Oportunidad y requisitos. El recurso de apelación deberá interponerse ante el juez que dictó la providencia, en el acto de su notificación personal o por escrito dentro de los tres días siguientes. Si aquélla se dicta en el curso de una audiencia o diligencia, el recurso deberá proponerse en forma verbal inmediatamente se profiera; el juez resolverá sobre su procedencia al final de la misma.

La apelación contra autos podrá interponerse directamente o en subsidio de la reposición.

Cuando se accede a la reposición interpuesta por una de las partes, la otra podrá apelar del nuevo auto si fuere susceptible de este recurso.

Proferida una providencia complementaria o que niegue la complementación solicitada, dentro de la ejecutoria de ésta se podrá también apelar de la principal. La apelación contra una providencia comprende la del auto que resuelva sobre la complementación.

Si antes de resolverse sobre la complementación de una providencia se hubiere interpuesto apelación contra ésta, en el auto que decida aquélla se resolverá sobre la concesión de dicha apelación.

El recurso de Apelación está previsto en tres efectos:

1- Suspensivo. La competencia del juez de primera instancia se suspende hasta que decida el superior y por lo mismo, la decisión impugnada no se cumple. También se suspende el proceso, salvo en lo que se refiere a medidas cautelares.

2- Devolutivo. La decisión apelada se cumple y continua el tramite del proceso. Es lo contrario al anterior.

3- Diferido. Se suspende la providencia apelada hasta tanto el superior no decida no se cumple, pero el proceso sigue en trámite.

Existe también la APELACIÓN ADHESIVA. Una de las partes, teniendo interés en recurrir no lo hace. La parte contraria sí apela y la primera parte, la que no apeló, se adhiere a la apelación.

Ej: La sentencia es desfavorable para ambos. La parte A no apela por alguna causa, pero la parte B sí lo hace. Entonces, la parte A se adhiere.

Art. 353.- Modificado. Decreto 2282 de 1989, art. 1o. Num. 171. Apelación adhesiva. La parte que no apeló podrá adherir al recurso interpuesto por otra de las partes, en lo que la providencia apelada le fuere desfavorable. El escrito de adhesión podrá presentarse ante el juez que lo profirió mientras el expediente se encuentre en su despacho, o ante el superior hasta el vencimiento del término para alegar.

La adhesión quedará sin efecto si se produce el desistimiento del apelante principal.

Art. 354.- Modificado. Decreto 2282 de 1989, art. 1o. Num. 172. Efectos en que se concede la apelación. Podrá concederse la apelación:

1. En el efecto suspensivo. En este caso, si se trata de sentencia, la competencia del inferior se suspenderá desde la ejecutoria del auto que la concede hasta que se notifique el de obedecimiento a lo resuelto por el superior. Sin embargo, el inferior conservará competencia para conocer de todo lo que se refiere a secuestro y conservación de bienes y al depósito de personas, siempre que la apelación no verse sobre alguna de estas cuestiones.

Las apelaciones en el efecto suspensivo contra autos, se otorgarán a medida que se interpongan, pero no suspenderán la competencia del juez sino cuando el proceso se encuentre en estado de proferir sentencia, momento en el cual por auto que no tendrá

recurso ordenará enviar el proceso al superior para que resuelva las concedidas; no obstante, el juez conservará competencia para los efectos indicados en la segunda parte del inciso anterior.

Se exceptúan las apelaciones concedidas en el efecto suspensivo contra autos que resuelvan incidentes, o trámites especiales que los sustituyen, las que suspenderán la competencia del inferior desde la ejecutoria de auto que la concede, como se dispone en el primer inciso.

2. En el efecto devolutivo. En este caso, no se suspenderá el cumplimiento de la providencia apelada, ni el curso del proceso.

3. En el efecto diferido. En este caso, no se suspenderá el cumplimiento de la providencia apelada, pero continuará el curso del proceso ante el inferior en lo que no dependa necesariamente de ella.

La apelación de las sentencias se otorgará en el efecto suspensivo, salvo disposición en contrario; la de autos en el devolutivo a menos que la ley disponga otra cosa. Cuando la apelación deba otorgarse en el efecto suspensivo, el apelante puede pedir que se le otorgue en el diferido o en devolutivo, y cuando procede en el diferido, puede pedir que se le otorgue en el devolutivo.

Cuando la apelación en el efecto suspensivo o diferido se haya interpuesto expresamente contra una o varias de las decisiones contenidas en la providencia, las demás se cumplirán excepto cuando sean consecuencia de las apeladas, o si la otra parte hubiere interpuesto contra ellas apelación concedida en el efecto suspensivo o en el diferido.

Con las mismas salvedades, si la apelación tiene por objeto obtener más de lo concedido en la providencia recurrida, podrá pedirse el cumplimiento de lo que ésta hubiere reconocido.

En los dos últimos casos se procederá en la forma prevista en los incisos segundo y tercero el artículo 356.

La circunstancia de no haberse resuelto por el superior recursos de apelación en el efecto devolutivo o diferido, no impedirá que se dicte la sentencia. Si la que se profiera no fuere apelada ni tuviere consulta inmediatamente el secretario comunicará este hecho al superior, sin necesidad de auto que lo ordene, para que declare desiertos dichos recursos; en caso de apelación o consulta de la sentencia, el superior decidirá en ésta todas las apelaciones cuando fuere posible.

Quedarán sin efecto las decisiones del superior que haya resuelto apelaciones de los mencionados autos, cuando el inferior hubiere proferido la sentencia antes de recibir la comunicación de que trata el inciso segundo del artículo 359 y aquélla no hubiere sido apelada ni tuviere consulta. Si la comunicación fuere recibida antes, el inferior no podrá proferir sentencia mientras no se haya notificado el auto de obedecimiento a lo resuelto por el superior; si a pesar de ello la profiere y éste hubiere revocado alguno de dichos autos, deberá declararse sin valor la sentencia por auto que no tendrá recursos.

Son inapelables:

- Las sentencias en juicios de menor cuantía
- Otras sentencias de única instancia
- Laudo arbitral
- Sentencias contra funcionarios con fuero
- Sentencias de procesos referidos a juez especial

Son apelables

- Sentencias penales
- Sentencias civiles
- Autos muy importantes: Providencia que rechaza la demanda; autos sobre intervención de terceros; sobre representación de las partes; autos sobre pruebas

El recurso de Apelación se sustenta siguiendo técnicas jurídicas de alto nivel, en donde deben presentarse, entre otros:

- Violación Jurídica
- Proposición jurídica completa
- Demostración del cargo

OTRAS FORMAS DE APELACIÓN

IMPUGNACIÓN de los fallos de Tutela y de las providencias relacionadas con Acciones de Cumplimiento. Puede haber Reformatio in Peju.

CONSULTA JURISDICCIONAL en casos de decisiones desfavorables de Tribunales Administrativos que impongan obligaciones a entidades del Estado, siempre y cuando estas decisiones no hayan sido apeladas.

III- RECURSO DE QUEJA

Sería arbitrario que la decisión del juez de primera instancia niegue los recursos de apelación y reposición, pues cerraría todos los caminos al derecho de defensa.

Para esto está el recurso de queja, que procede para que una instancia superior conozca de la negativa del inferior. Es decir, por haber negado el inferior la apelación o casación, o haberse concedido la apelación en un efecto diferente al que corresponde (Ej: Apelación debe concederse en efecto suspensivo y el juez la concede en efecto devolutivo).

Es entonces uno de los recursos que limitan el poder del Juez para no dejar desarmado al afectado por la sentencia. La mecánica es así:

- Providencia dictada desfavorable a X
- X va al recurso de reposición y apelación respecto de la sentencia
- El juez no repone y niega la apelación
- X propone la reposición contra el auto que negó la apelación. Y en subsidio expídase copia del auto que me negó la apelación para ir en queja ante el superior.

Ahora, deben analizarse varias cosas en este recurso:

- Es la decisión apelable?
- Fue el recurso interpuesto a tiempo?
- Está el recurrente legitimado para impugnar?

IV- RECURSO DE SUPLICA

Se da ante los jueces colegiados (Tribunales y altas cortes) y se dirige contra providencias dictadas por un magistrado específico, para que los demás magistrados que integran la Corporación conozcan de su decisión.

En esencia, la suplica esta sustituyendo a la apelación, pues tiene los mismos efectos. ¿Pero por que no se llama apelación? Porque está entre iguales. Es horizontal. Es como si "apelara" ante los magistrados de la sala dual. El funcionario de igual categoría da cuenta de la decisión de su par.

Art. 363.- Modificado. Decreto 2282 de 1989, art. 1o. Num. 180. Procedencia y oportunidad para proponerla. El recurso de súplica procede contra los autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el magistrado ponente en el curso de la

segunda o única instancia, o durante el trámite de la apelación de un auto. También procede contra el auto que resuelve sobre la admisión del recurso de apelación o casación.

La súplica deberá interponerse dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto, en escrito dirigido a la sala de que forma parte el magistrado ponente, con expresión de las razones en que se fundamenta.

No opera cuando la decisión judicial ha sido tomada por la totalidad de los magistrados que componen la sala. Procede además en casos de negación o admisión de recursos de apelación y casación.

V- RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

Es un recurso que contradice en parte la solidez de la Cosa Juzgada. Se confía a entidades colegiadas.

Se concede en los siguientes casos:

1- Encuentro de documentos después de la sentencia, los cuales, de haber sido recibidos a tiempo habrían variado la decisión judicial. La razón para no haberlos aportado a tiempo obedeció a caso fortuito o fuerza mayor.
2- Cuando aparezcan hechos nuevos, dentro del proceso penal, que prueben la inocencia del condenado.
3- Haberse dictado sentencia con base en documentos falsos o alterados
4- Sentencia fundamentada en falsos testimonios
5- Hechos delictivos del Juez en relación con el Proceso y la sentencia
6- Condena de testigos
7- Condena de peritos cuyo dictamen fue determinante en el fallo
8- Violencia en el pronunciamiento
9- Colusión y otras maniobras fraudulentas

VI- RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN

Su finalidad es triple:

- Reparar el daño producido por la Sentencia a la Ley
- Restablecer los derechos conculcados a las partes
- Unificar la Jurisprudencia Nacional

Art. 365.- Fines de la casación. El recurso de casación tiene por fin primordial unificar la jurisprudencia nacional y proveer a la realización del derecho objetivo en los respectivos procesos; además procura reparar los agravios inferidos a las partes por la sentencia recurrida.

La causa más importante de casación es la violación de una norma de Derecho sustancial, se en forma directa o indirecta. Pero el CPC señala las causales generales de Casación:

Art. 368.- Modificado. Decreto 2282 de 1989, art. 1o. Num. 183. Causales. Son causales de casación:

1. Ser la sentencia violatoria de una norma de derecho sustancial.
La violación de norma de derecho sustancial, puede ocurrir también como consecuencia de error de derecho por violación de una norma probatoria, o por error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda, de su contestación o de determinada prueba.

2. No estar la sentencia en consonancia con los hechos, con las pretensiones de la demanda, o con las excepciones propuestas por el demandado o que el juez ha debido reconocer de oficio.

3. Contener la sentencia en su parte resolutiva declaraciones o disposiciones contradictorias.

4. Contener la sentencia decisiones que hagan más gravosa la situación de la parte que apeló o la de aquélla para cuya protección se surtió la consulta siempre que la otra no haya apelado ni adherido a la apelación, salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 357.

5. Haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad consagradas en el artículo 140, siempre que no se hubiere saneado.

VII- RECURSO DE ANULACIÓN

Se presenta en casos de laudo arbitral para controlar vicios de procedimiento.

CAPÍTULO XXIV
IMPEDIMENTOS, RECUSACIONES Y CAMBIO DE RADICACIÓN

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES

La institución de los impedimentos y recusaciones contempla circunstancias de tipo eminentemente individuales, que podrían afectar la imparcialidad del funcionario judicial que conoce de un determinado proceso. El impedimento parte del funcionario judicial, que manifiesta o expresa que se debe retirar o mejor, que no debe seguir conociendo de un proceso determinado, porque está incurso en una causal de recusación. La recusación, al contrario, proviene de la parte que se considera afectada, por estar el funcionario judicial dentro de una de las causales de impedimento y no haberlo manifestado.

En una relación procesal se pueden establecer dos extremos: demandante y demandado, y cualquiera de ellos se puede considerar la parte afectada. Es posible que el demandado esté interesado en reemplazar al funcionario judicial porque este se encuentra incurso en algunas de las causales de impedimento; lo mismo puede suceder al demandante.

Las causales de impedimento se pueden clasificar en cuatro (4) grandes grupos:

A. Por afecto o amistad: convergen la familiaridad y la amistad. La familiaridad abarca el 4 grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil.

B. Por animadversión o desafecto.
C. Por interés: ya sea que el funcionario judicial o su cónyuge o sus familiares de cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, sean por ejemplo, miembros de una sociedad en la cual sea demandante o demandado.
D. Por amor propio: cuando el funcionario judicial ha manifestado con anterioridad su criterio jurídico, por ejemplo:

1. El juez, antes de ser funcionario judicial era abogado litigante, adelantaba un proceso y en su desarrollo es nombrado juez y va a conocer de ese negocio habiendo sido el apoderado de una de las partes.

2. Cuando el funcionario judicial es juez de primera instancia, conoce de un negocio y toma una decisión respecto al mismo, la cual es apelada. En el transcurso de decidirse la apelación por el superior, el juez de primera instancia es ascendido y va a conocer en segunda instancia aquello de lo cual él fue juez de primera.

Lo que se busca con la segunda instancia es que otro juez conozca de esa decisión, luego no tiene sentido que sea el mismo juez en ambas instancias.

El funcionario judicial, al declarar el impedimento, debe motivar y probar el mismo. A su vez, quién recusa debe hacer lo mismo: motivar y probar la recusación. El Legislador no diseñó los impedimentos y recusaciones por desconfianza, lo hizo por varias razones: porque es humano y como tal en el ser humano cabe la falacia. Se puede dar en caso de venta, presión, influencia sentimental, etc. Por otro lado, se le tratan de evitar al juez problemas de índole social, familiar o económico.

El artículo 82 de la Ley 23 de 1981, determina que los vacíos existentes en tal normatividad deberán ser llenados por remisión, por las previsiones del Código de Procedimiento Penal (CPP).

El artículo 56 de la ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), consagra una serie de causales de impedimento o recusación, para que cuando se concrete una de ellas en el desarrollo de un proceso penal, el funcionario sobre el que recae una de éstas, sea separado del conocimiento de ese proceso, bien por manifestación espontánea del juez, o porque una de las partes haya demostrado en la recusación la existencia de una causal de impedimento no manifestada por el funcionario.

Así aparecen reglamentadas estas causales en la ley:

"ARTÍCULO 56. CAUSALES DE IMPEDIMENTO. *Son causales de impedimento:*

1. Que el funcionario judicial, su cónyuge o compañero o compañera permanente, o algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, tenga interés en la actuación procesal.

2. Que el funcionario judicial sea acreedor o deudor de alguna de las partes, del denunciante, de la víctima o del perjudicado, de su cónyuge o compañero permanente o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.

3. Que el funcionario judicial, o su cónyuge o compañero o compañera permanente, sea pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, del apoderado o defensor de alguna de las partes.

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.

6. Que el funcionario haya dictado la providencia de cuya revisión se trata, o hubiere participado dentro del proceso, o sea cónyuge o compañero o compañera permanente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, del funcionario que dictó la providencia a revisar.

7. Que el funcionario judicial haya dejado vencer, sin actuar, los términos que la ley señale al efecto, a menos que la demora sea debidamente justificada.

8. Que el fiscal haya dejado vencer el término previsto en el artículo 175 de este código para formular acusación o solicitar la preclusión ante el juez de conocimiento.

9. Que el funcionario judicial, su cónyuge o compañero o compañera permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, sea socio, en sociedad colectiva, de responsabilidad limitada o en comandita simple o de hecho, de alguna de las partes, del denunciante, de la víctima o del perjudicado.

10. Que el funcionario judicial sea heredero o legatario de alguna de las partes, del denunciante, de la víctima o del perjudicado, o lo sea su cónyuge o compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.

11. Que antes de formular la imputación el funcionario judicial haya estado vinculado legalmente a una investigación penal, o disciplinaria en la que le hayan formulado cargos, por denuncia o queja instaurada por alguno de los intervinientes. Si la denuncia o la queja fuere presentada con posterioridad a la formulación de la imputación, procederá el impedimento cuando se vincule jurídicamente al funcionario judicial.

12. Que el juez haya intervenido como fiscal dentro de la actuación.

13. Que el juez haya ejercido el control de garantías o conocido de la audiencia preliminar de reconsideración, caso en el cual quedará impedido para conocer el juicio en su fondo.

14. Que el juez haya conocido de la solicitud de preclusión formulada por la Fiscalía General de la Nación y la haya negado, caso en el cual quedará impedido para conocer el juicio en su fondo.

15. Que el juez o fiscal haya sido asistido judicialmente, durante los últimos tres (3) años, por un abogado que sea parte en el proceso".

El Código de Procedimiento Penal, ley 906 de 2004, deficiente en cuanto a la regulación en lo relacionado con el trámite de los impedimentos y recusaciones, fue adicionado por los artículos 82, 83 y 84 de la Ley 1395 de 2010, que modificó y adicionó, entre otros, el artículo 57, 58A y 60 del Código de Procedimiento Penal al determinar lo siguiente:

ARTÍCULO 82. *El artículo 57 de la Ley 906 de 2004 quedará así:*

Artículo 57. Trámite para el impedimento. Cuando el funcionario judicial se encuentre incurso en una de las causales de impedimento deberá manifestarlo a quien le sigue en turno, o, si en el sitio no hubiere más de uno de la categoría del impedido o todos estuvieren impedidos, a otro del lugar más cercano, para que en el término improrrogable de tres (3) días se pronuncie por escrito.

En caso de presentarse discusión sobre el funcionario a quien corresponda continuar el trámite de la actuación, el superior funcional de quien se declaró impedido decidirá de plano dentro de los tres días siguientes al recibo de la actuación.

Para tal efecto, el funcionario que tenga la actuación la enviará a la autoridad que deba resolver lo pertinente.

ARTÍCULO 83. *La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo, cuyo texto será el siguiente:*

Artículo 58A. *Impedimento de magistrado. Del impedimento manifestado por un magistrado conocen los demás que conforman la sala respectiva, quienes se pronunciarán en un término improrrogable de tres días. Aceptado el impedimento del magistrado, se complementará la Sala con quien le siga en turno y si hubiere necesidad, se sorteará un conjuez. Si no se aceptare el impedimento, tratándose de Magistrado de Tribunal Superior, la actuación pasará a la Corte Suprema de Justicia para que dirima de plano la cuestión.*

Si el magistrado fuere de la Corte Suprema de Justicia y la Sala rechazare el impedimento, la decisión de esta lo obligará. En caso de aceptarlo se sorteará un conjuez, si a ello hubiere necesidad.

*"**ARTÍCULO 84.** El artículo 60 de la Ley 906 de 2004 quedará así:*

Artículo 60. Requisitos y formas de recusación. *Si el funcionario en quien se dé una causal de impedimento no la declarare, cualquiera de las partes podrá recusarlo.*

Si el funcionario judicial recusado aceptare como ciertos los hechos en que la recusación se funda, se continuará el trámite previsto cuando se admite causal de impedimento. En caso de no aceptarse, se enviará a quien le corresponde resolver para que decida de plano. Si la recusación versa sobre magistrado decidirán los restantes magistrados de la Sala.

La recusación se propondrá y decidirá en los términos de este Código, pero presentada la recusación, el funcionario resolverá inmediatamente mediante providencia motivada. (Lo destacado no es del texto).

De conformidad con las normas anteriores, para que el impedimento, presentado por uno de los magistrados del tribunal sea tramitado de forma correcta, se requiere que los cuatro magistrados restantes se pronuncien respecto del impedimento manifestado.

Por otra parte, en ocasiones, el tribunal nacional se ha pronunciado sobre recusaciones presentadas por motivos diferentes, como cuando en cumplimiento del artículo 76 de la ley 23 de 1981, un magistrado o tribunal, compulsa copias, para si es el caso, se investigue una determinada conducta.

*"**ARTICULO 76.** Si en concepto del presidente del Tribunal o del profesional instructor, el contenido de la denuncia permite establecer la presunción de violación de normas de carácter penal, civil o administrativo, simultáneamente con la instrucción del proceso disciplinario, los hechos se pondrán en conocimiento de la autoridad competente."*

Se puede observar de manera clara que de acuerdo con lo previsto en la ley 906 de 2004, el hecho de haber compulsado copias para que se investigue, que además de ser el cumplimiento estricto de un deber legal, no constituye causal de impedimento en esta normatividad y tampoco se encuentra dentro de las causales de impedimento establecidas en el artículo 56 de dicha norma. Por otra parte, al poner en conocimiento de las autoridades competentes los hechos que ameritan una posible investigación en otra instancia, no se pretende ejercer las funciones de víctima, sino de advertir sobre una presunta anomalía que debe ser investigada con el fin de proteger a la sociedad de sus posibles consecuencias.

PROCEDIMIENTO PARA TRAMITAR IMPEDIMENTOS

Si el impedimento es una manifestación eminentemente individual y subjetiva, de conformidad con la cual quien debe tomar decisiones en un proceso manifiesta que considera en su intimidad que se encuentra en situación de impedimento para tomar una decisión imparcial en un proceso determinado, lógico resulta lo dispuesto por el legislador, que sea un colega de la misma categoría quien determine la existencia o no del impedimento declarado.

Siendo que se trata de una expresión de la voluntad individual, el legislador ha dispuesto que la existencia y la validez del impedimento manifestado sea calificada por otro funcionario de la misma categoría.

La existencia de la norma transcrita con anterioridad impide la posibilidad de que un mismo funcionario autocalifique el impedimento que manifiesta, porque estaría vulnerando de manera flagrante el contenido del artículo 105 del Código de Procedimiento Penal. Los mismos que se están declarando impedidos no pueden autocalificarse y aceptar el impedimento por ellos manifestado, ya que dicho procedimiento, riñe con las previsiones del artículo 105 del CPP.

En relación con el punto controversial es importante precisar que si todos los magistrados se encuentran impedidos para conocer un proceso disciplinario contra un referido colega, no lo están para conocer del impedimento manifestado por los otros miembros de la corporación.

Si el legislador dispuso que en caso de ser varios los funcionarios impedidos cuando se trate de corporaciones, estos deben ser tramitados conjuntamente y lo anterior ha de interpretarse que los miembros de la Corporación se pueden ir declarando impedidos colectivamente, pero sin que tal manifestación afecte el quórum decisorio; lo anterior significa que en una Corporación de cinco miembros como es el caso

de un Tribunal de Ética Médica, podrán inicialmente declararse impedidos dos, mientras que los tres restantes magistrados, que tienen capacidad para decidir, deben calificar el impedimento manifestado por sus colegas.

Aceptados esos dos primeros impedimentos se designarán los dos magistrados suplentes que los han de reemplazar; reintegrada nuevamente la sala con los magistrados suplentes, se podrán declarar nuevamente impedidos dos de los restantes magistrados cuyos impedimentos serán calificados por la Sala integrada por dos de los magistrados suplentes y por uno de los magistrados titula¬res.

Aceptado el impedimento de esos dos nuevos magistrados se designarán dos suplentes, quienes en compañía de los dos inicialmente designados calificarán el impedimento del quinto magistrado que se haya declarado impedido.

Este es el procedimiento que ancestralmente se viene cumpliendo en las Salas especializadas de la Corte Suprema de Justicia y en la Sala Plena, para evitar el anti procesalismo que ahora se critica y es que finalmente quien se declara impedido termina él mismo aceptándolo.

El alegado principio de la economía procesal no tiene aplicación en el presente caso, porque el mismo es aplicable siempre y cuando que no riña con las expresas disposiciones existentes y que señalan una específica ritualidad para el adelantamiento de un determinado incidente.

CAMBIO DE RADICACIÓN

El Tribunal Nacional de Ética Médica es competente para resolver sobre la radicación de cualquier proceso ético-disciplinario médico que se adelante, dentro del marco de la Ley 23 de 1981 y de su decreto reglamentario 3380 del mismo año, actualmente vigentes. Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 35 del mencionado decreto 3380 que dispone:

"Artículo 35. *Cuando por cualquier causa sea imposible el funcionamiento de un tribunal seccional de Ética Médica, el conocimiento de los procesos corresponderá al que señale el Tribunal Nacional".*

Para resolver sobre una solicitud de cambio de radicación, es necesario cumplir lo que al respecto dispone el Código de Procedimiento Penal vigente, pues a dicha norma hace remisión explícita el artículo 82 de la Ley 23 de 1981 "para lo no previsto" en dicha Ley. Como en la fecha está vigente el Código de Procedimiento

Penal fijado por la Ley 906 de 2004, a los artículos pertinentes de ella se atendrá la correspondiente decisión.

El cambio de radicación es una institución procesal que ha sido creada con las siguientes y trascendentales finalidades:

a) Cuando existan circunstancias indicativas de que en el lugar donde se adelanta el proceso pudieran presentarse afectaciones al orden público, teniendo como causa los hechos que se debaten en el proceso.
b) Que por las circunstancias sociales existentes se pueda afectar la imparcialidad de los juzgadores.
c) Que se pueda afectar la independencia de los mismos.
d) Que hubiera peligro y posibilidad de que se pudieran afectar las garantías procesales de los intervinientes.
e) Que se pudiera afectar la publicidad del procedimiento.
f) Que el adelantamiento del proceso pudiera poner en peligro la seguridad o integridad personal de los intervinientes, en especial de las víctimas o de los servidores públicos. (Art. 46, Ley 906 de 2004).

El artículo 46 de la Ley 906 de 2004 califica el cambio de radicación de un proceso como medida excepcional, que podrá disponerse "cuando en el territorio donde se esté adelantando la actuación procesal existan circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad o integridad personal de los intervinientes, en especial de las víctimas o de los servidores públicos". En el artículo 48 del mismo código, se ordena que "la solicitud debe ser debidamente sustentada y a ella se acompañarán los elementos cognoscitivos pertinentes". La solicitud que no cumpla con los anteriores requisitos, dispone el mismo artículo 48, será rechazada de plano.

Entre la institución de los impedimentos y recusaciones y la del cambio de radicación, existe un elemento común, porque la primera está destinada a garantizar la imparcialidad, como uno de los sustentáculos del concepto del juez natural, elemento esencial para poder garantizar el debido proceso constitucional. La institución del cambio de radicación, en algunas ocasiones podría suscitarse para garantizar esta garantía de origen constitucional.

Pese a ese elemento común existente entre estas dos instituciones, lo cierto es que están concebidas para resolver casos totalmente diferentes que eventualmente podrían afectar la imparcialidad judicial o algunas otras importantes garantías de la administración de justicia.

La institución de los impedimentos y recusaciones contempla circunstancias de tipo eminentemente individuales, que podrían afectar la imparcialidad del funcionario judicial que conoce de un determinado proceso, podrían ser circunstancias parentales, económicas, profesionales o afectivas; mientras que la institución del cambio de radicación contiene circunstancias de tipo social o público, que eventualmente podrían afectar la imparcialidad de los jueces que conocen de un proceso, pero se debe advertir que ésta sería solo una de las finalidades que persigue el cambio de radicación.

IMPARCIALIDAD DEL JUEZ

La imparcialidad es otra de las virtudes garantizadoras para bien de los ciudadanos y de la justicia que deben acompañar la figura y la función del juez natural, porque en la realización de esa función divina que es la administración de justicia, el juez debe llegar al proceso ajeno a cualquier otro interés que no sea el de administrar justicia de conformidad a la realidad constitucional y legal vigente, a su recto criterio jurídico y a la realidad probatoria que haya sido allegada al proceso, dirigido todo ello de manera necesaria a realizar el derecho sustancial (Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 228) y con él, la obtención de la equidad y la justicia.

La competencia, como uno de los atributos del juez natural aparece expresamente consagrada en el artículo 29 de la Carta; la independencia judicial se consagra igualmente de manera expresa en los artículos 228 y 230 de la Constitución, pero no sucede igual con la imparcialidad, la que solo aparece tácita, y debe ser deducida del contenido del artículo 13 de la misma cuando establece: "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". Es obvio que si existe un mandato de carácter general para todas las autoridades que constituyen el Estado de dar un trato igual a todos los ciudadanos y se les prohíbe cualquier tipo de discriminación contra ellos, dentro de tal mandato están incluidos los jueces y, en su labor de administrar justicia, ello significa actuar imparcialmente en todas las etapas procesales.

Porque el juez no puede tener en el ejercicio de sus funciones, intereses diversos a los de la justicia y si como consecuencia de la precaria y contradicha condición humana le surgieran motivaciones de cualquier naturaleza que le hagan temer por su propia imparcialidad, debe abstenerse de tomar la decisión y separarse del conocimiento de ese proceso, ello incluso cuando es objeto de amenazas contra su vida y cuando el amedrentamiento ha conseguido los objetivos buscados por los delincuentes.

Dentro de la difícil situación de la amenaza física contra el juez o contra los miembros de su familia, es obvio que no podría acudirse al instrumento de los impedimentos, pero respetando la situación de miedo en que se puede encontrar un ser humano, lo recomendable sería la renuncia al ejercicio del cargo, pero jamás acceder ante las amenazas, para administrar una justicia que no corresponde a los mandatos ni de la Constitución ni de la ley, y como es apenas obvio, a los intereses generales de la justicia siempre representada en la equidad.

Esta trascendental virtud de la judicatura queda perfectamente representada en la significación que al calificativo da el Diccionario de la Lengua al decir que imparcial es "el que juzga o procede con imparcialidad. Que no se adhiere a ningún partido o no entra en ninguna parcialidad" o lo que nos dice de imparcialidad, en este caso referida a la decisión del juez: "Falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de personas o cosas, de que resulta poderse juzgar o proceder con rectitud", porque en referencia a la justicia se debe fallar imparcialmente, esto es: "Sin parcialidad, sin prevención por una ni otra parte".

La Constitución más sabia, el más perfecto ordenamiento procesal, la mejor concepción de lo que debe entenderse por debido proceso, se convierten en inútiles instrumentos para la obtención de la Justicia, ante un juez parcializado cualquiera que sea la motivación que lo lleve a tomar decisiones por fuera de las previsiones constitucionales o legales.

La imparcialidad como requisito indispensable de la concepción del juez natural debe mirarse dentro de una doble perspectiva: a) la situación subjetiva del juez que puede sentirse en incapacidad de administrar justicia de manera imparcial porque recae alguna de aquellas circunstancias que pueden colocarlo en posibilidad de decidir de conformidad a los intereses que sobre él confluyen, antes que de conformidad con la ley y con el acervo probatorio existente y b) la situación social de credibilidad del medio en relación con una correcta administración de justicia y que nos haría recordar el viejo proverbio popular según el cual, "no basta con ser la mujer del César, sino también debe parecerlo"; significa que no basta con que el juez sea imparcial, sino que sus comportamientos oficiales deben brindar la suficiente objetividad en cuanto a su imparcialidad, para que el medio comunitario crea en la justicia que administra.

Lo anterior, porque es posible que se puedan dar muchos casos en los cuales el juez se pueda sentir en plena capacidad emocional para administrar justicia como se lo demanda la Constitución y la ley, pero que por la existencia objetiva de ciertas circunstancias impeditivas, en caso de que prosiga con el conocimiento del proceso,

lo más probable es que la comunidad rechace ese fallo por considerarlo fruto de los intereses particulares del juez y no de los del Estado y de la sociedad.

Podría ser, para efectos de ejemplificar, la situación de dos hermanos gemelos que separados a tempranas horas de su nacimiento se conocen como parientes cuando el uno asume la posición del juez y el otro la de sindicado. Es claro que, en tales circunstancias al no haberse conocido, no exista entre los dos ningún tipo de afecto, ni de expresiones fraternas y que el hermano juez pudiese considerarse en capacidad para administrar justicia imparcialmente; pero creemos que el medio social no estaría tranquilo respecto a la calidad de justicia que en ese caso se fuese a impartir, porque siempre existirá el temor de que la relación parental incline la balanza de la justicia de manera ilegal y anormal.

Los impedimentos en tales circunstancias tienen una doble finalidad, de un lado la de garantizar la seguridad subjetiva del funcionario de poderse retirar del conocimiento de un proceso cuando considere que no se está en capacidad de administrar justicia imparcialmente y, de otro lado, la seguridad que debe tener el medio social de que sus jueces actúan correctamente y por eso se les brinda credibilidad social.

Es importante recordar algunas decisiones jurisprudenciales que si bien es cierto están directamente relacionadas con el cambio de radicación, tienen importancia para lo que aquí se comenta, y son aquéllos casos donde al estar involucrados magistrados de tribunal o sus parientes más cercanos en calidad de víctimas o de sindicados, la Corte Suprema de Justicia ha determinado el cambio de radicación, porque se ha considerado que los jueces que deben fallar esos procesos, al ser dependientes de los magistrados de tribunal, si bien no concurre en ellos ninguna causal de impedimento, y es factible que en muchos existiera la suficiente ponderación y carácter para fallarlos de manera imparcial, se ha considerado prudente cambiar la radicación a dichos procesos para que sean fallados por otros jueces en los que no exista la situación de dependencia jerárquica que se da en el sitio donde los hechos han tenido ocurrencia[1].

---

1 - "Ha dicho esta Sala que «el cambio de radicación de un proceso ha de orientarse hacia la obtención de dos objetivos fundamentales; la salvaguardia del buen nombre de la administración de justicia y la garantía de un proceso equilibrado y justo en el que discurran armónicamente el interés social de una justicia punitiva independiente, pero respetuosa de la legalidad y el derecho del procesado a un juicio imparcial y ceñido a los ritos normativos» (concepto de marzo 17 de 1981).
"La investigación y fallo de un delito de homicidio, cuya víctima es hijo de un Magistrado de la Sala Plena del Tribunal, por jueces y magistrados de ese mismo Distrito Judicial ligados al padre del occiso por vínculos de dependencia o amistad, pone en peligro la credibilidad social en una justicia recta e imparcial, aun en la hipótesis en que los juzgadores lograran sobreponer su objetividad de funcionarios judiciales al propio sentimiento de afecto y solidaridad. Por eso en situaciones como ésta, es prudente que sea en otro Distrito Judicial donde se continúe el juzgamiento en guarda de la imagen de una justicia alejada de cualquier fundada sospecha de parcialidad emotiva, tan explicable a la condición humana de los jueces, pero tan ajena a la solemne objetividad del ministerio judicial" (Auto, octubre 5 de 1982. M. P.: Dr. ALFONSO REYES ECHANDÍA. En "G. J.", Tomo CLXX, pág. 627).

En este tipo de casos el cambio de radicación se hace, fundamentalmente, para garantizar esa imparcialidad o credibilidad social que hemos venido mencionando, para darle seguridad a la comunidad que sus jueces actúan de manera correcta; es claro que la intranquilidad surgiría si en el medio social se supiese que el juez, que se encuentra en situación de dependencia jerárquica, debe fallar un proceso en el que por cualquier motivo tienen intereses sus superiores.

La imparcialidad como atributo del juez natural se destaca en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que establece: "Toda persona tiene

---

"Como el solicitante es persona habilitada para promover el cambio de radicación que se demanda, y los nexos de las víctimas con funcionarios y despachos del Ministerio Público en el Distrito de San Gil son hechos acreditados tanto por la certificación que expide el instructor como por las amplias evidencias que contiene la actuación procesal remitida en su integridad para la resolución de éste incidente, resta por determinar si esa circunstancia guarda la suficiente entidad como para afectar los bienes que con el cambio de radicación la ley preserva, a fin de acoger o en su defecto desestimar la solicitud que incentivó este pronunciamiento.

"Al acusar el peticionario la falta de equilibrio que en el juzgamiento de su cliente puede derivar de las relaciones de amistad, compañerismo y solidaridad entre las víctimas y quienes deben ahora dirimir la acusación, ni concreta ni hace restricción del compromiso a uno solo o algunos de los juzgadores que deban conocer del respectivo asunto, sino que lo extiende a la generalidad de quienes integran el respectivo Distrito Judicial, dado que las causas de la desconfianza impregnan en general todo el ambiente de la comunidad local y de la región donde los ofendidos y sus familias hacían parte.

"Siendo ello así, precisa aclarar que independientemente de las otras causales del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal que en el caso presente no se alegan: orden público, seguridad del procesado y publicidad del juzgamiento, la guarda del principio procesal de la «rigurosa imparcialidad del juez «se garantiza tanto con el cambio de radicación como con las causales de recusación, procurando que en bien de la recta administración de justicia, ni esa imparcialidad ni la independencia del juzgador se alteren por el interés o el afecto». La forma de hacer operante esa garantía en uno u otro caso es, sin embargo, bien distinta, pues mientras que ante la recusación el proceso por lo general se desplaza solamente del juez en quien concurren los motivos, permaneciendo dentro del territorio donde los hechos tienen ocurrencia, en el cambio de radicación se aborda una solución más drástica y excepcional que sacrifica el principio de territorialidad, y con él aún se supeditan otros importantes fines que le son anexos como ocurre con la celeridad y el principio de inmediación de la prueba.

"Como institutos de orden preventivo, ni la sustitución del juez en el caso de los impedimentos, ni la variación del territorio en el cambio de radicación exigen que la garantía protegida de la recta administración de justicia se haya efectivamente vulnerado, bastando apenas la posibilidad, seria sí, de que esos daños se produzcan para que se imponga el deber de evitarlos, de manera que con ese objetivo debe prevalecer en la definición del respectivo incidente un criterio que ni extreme las exigencias al punto de hacer inoperante los fines que el legislador persigue, ni de modo laxo se - desnaturalice el interés que emana de la territorialidad como factor determinante de la competencia.

"Por otra parte, se ha de reconocer que no por el solo hecho de que haya avanzado la instrucción, o mediado pronunciamientos que en primera y en segunda instancia definen la situación del procesado y resuelven su persistente invocación de libertad resulta desestimable la solicitud que la defensa impetra, así en esas decisiones no se acuse ilegalidad o falta de equilibrio, pues persistiendo el motivo suficiente que seriamente haga temer por el respeto de las garantías íntegras que el legislador otorga al procesado, tiene oportunidad y plena procedencia el cambio de radicación propuesto.

"Con fundamento en lo anterior y centrada la sospecha no tanto en la repercusión que en el ámbito de la sociedad local tuvieron los lamentables hechos que motivan el proceso, sino principalmente en la solidaridad y la condolencia que suscita la pérdida de personas tan allegadas al círculo de los juzgadores, no extraña el que a pesar de su vocación firme de administrar justicia por encima de cualquier consideración o aun a riesgo del distanciamiento social de sus colegas, los encargados del conocimiento de éstas diligencias puedan mostrarse sospechosos a los ojos de la comunidad de que hacen parte, situación que de un modo y otro incide en los intereses superiores de la administración de justicia, y hace por ello necesario atender el cambio de radicación que se pretende".

derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal".

La norma anterior se repite de manera similar en el Pacto Internacional al disponerse en el artículo 14.1. "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil ...".

Idéntica fórmula es utilizada en el artículo 8. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El legislador reglamentó de manera cuidadosa las causales de impedimento y recusación y de esta manera garantiza, por los menos desde la perspectiva teórica, la imparcialidad a que están obligados los funcionarios que administran justicia.

CONCLUSIONES

Con relación a los temas tratados en esta resumida revisión, la jurisprudencia emanada del Tribunal Nacional de Ética Médica ha sido prolija. Con el fin de lograr un conocimiento más profundo al respecto, se pueden revisar en mayor detalle algunas sentencias como las 33, 41, 61 y 63 de 2010, 14, 29, 31, 32 y 74 de 2014, 111 de 2015 o 32 de 2017, con ponencias de diferentes magistrados integrantes del tribunal nacional.

De la lectura del presente artículo se concluye que existe una estrecha relación entre la figura de los impedimentos, las recusaciones y el cambio de radicación de un proceso. Un impedimento, no manifestado por un juez, puede generar una recusación que al ser aceptada puede llevar a la nulidad del proceso o de lo actuado por el magistrado recusado.

Por otra parte, la situación que se presenta comúnmente en muchas regiones y que se vive, particularmente en los tribunales de ciudades pequeñas, en donde por ese mismo hecho, se logra un conocimiento cercano entre los miembros de la comunidad, pueden existir diversas relaciones entre demandantes, demandados y jueces que con frecuencia generan impedimentos y recusaciones; esta misma cercanía y conocimiento puede afectar la credibilidad de la sociedad de sus jueces, dificultar la consecución de magistrados idóneos e independientes y llevar a cambiar la radicación de un proceso con el fin de preservar la imparcialidad, requisito indispensable para la recta administración de justicia.

La frecuente ocurrencia de impedimentos y recusaciones en el proceso ético médico disciplinario, hacen necesario por parte de los magistrados, un conocimiento adecuado al respecto y lo prolijo de las sentencias en este aspecto por parte del Tribunal Nacional, facilitarán su entendimiento y evitarán posibles fallas procesales que podrían tener consecuencias indeseables como nulidades y dilaciones que afectan la correcta aplicación de la justicia.

Referencias

Ley 23 del 18 de febrero de 1981. Congreso de Colombia. Por la cual se dictan normas sobre ética médica.

El proceso ético médico disciplinario. Gaceta Jurisprudencial. Junio 2012, pp. 15 – 66.

Ley 906 del 31 de agosto de 2004. Congreso de Colombia. Código de Procedimiento Penal (CPP).

Ley 1395 del 12 de julio de 2010. Congreso de Colombia. Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial.

Constitución Política de Colombia de 1991.

CAPÍTULO XXV
PRESCRIPCIÓN

Definición

Prescripción (del latín praescriptio), de todos modos, es un concepto con diferentes usos de acuerdo con el contexto. En el derecho, la prescripción consiste en la formalización de una situación de hecho por el paso del tiempo, lo que produce la adquisición o la **extinción de una obligación.** (Autores: Julián Pérez Porto y Ana Gardey. Publicado: 2013. Actualizado: 2015. Definición de prescripción (https://definicion.de/prescripcion/)

Es cuando el Estado pierde la facultad para juzgar un ciudadano u hecho por vencimiento del término previsto por la Ley para ello.

Implica un derecho, una responsabilidad o una obligación.

En tanto derecho libra al implicado de una obligación por el transcurso del tiempo entre los hechos y el vencimiento de los términos establecidos por el legislador.

Es una responsabilidad del Estado para administrar justicia dentro de los términos previstos en la Ley si no actuó por renuncia, abandono, desidia, inactividad o impotencia.

Por lo tanto, la prescripción es el tiempo que el legislador le señala al Estado para que pueda ejercer el ius puniendi, es decir, la capacidad persecutora y sancionatoria del delito y de los delincuentes. Una vez transcurrido este término, el Estado pierde la competencia y capacidad para perseguir los delitos y delincuentes. En tal sentido la prescripción de la acción está concebida en el Código Penal, Ley 599 de 2000:

"Artículo 83. Término de la prescripción de la acción penal. La prescripción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la Ley, si fuera privativa de la libertad, pero en ningún caso será superior 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 30 años.

(Artículo adicionado por la Ley 1154 del 4 de septiembre de 2007) Cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o el delito consagrado en el artículo 237, cometidos en menores de edad, la acción penal prescribirá en veinte (20) años contados a partir del momento en que la víctima alcance la mayoría de edad."

Los términos para la prescripción inician en el momento en que se encuentran méritos para abrir la investigación formal. Previamente, los jueces pueden adelantar acciones conducentes a aclarar si la falta demandada ocurrió, si la persona señalada fue quien cometió la falta, si es competente para conocer del caso y si existen méritos para abrir la investigación.

El término de prescripción se debe diferenciar de otros términos que pueden generar confusión como son caducidad….

En la Gaceta Jurisprudencial del Tribunal Nacional de Ética Médica sobre prescripción la Corporación definió la caducidad.

"La caducidad es la expiración, la cesación o el vencimiento de algo. También se define como lapso que produce la extinción de una cosa o de un derecho// Pérdida de la validez de una facultad por haber transcurrido el plazo para ejecutarla.//Efecto que en el vigor de una norma legal o consuetudinaria produce el transcurso del tiempo sin aplicarlas, equiparable en cierto modo a una derogación táctica.// Ineficacia de testamento, contrato y otra disposición, a causa de no tener cumplimiento dentro de determinados plazos.// Cesación de derecho a entablar o proseguir una acción o un derecho, en virtud de no haberlos ejercitado dentro de los términos para ello."

(Prescripción. Gaceta Jurisprudencial. Tribunal Nacional de Ética Médica N° 18, septiembre de 2015, pág. 169)

Uno de los objetivos del Derecho es el uso racional de la justicia, para lo cual es necesario establecer unos límites para el acceso y permanencia en la misma, lo que impone al interesado el empleo oportuno de las oportunidades que le brinda la justicia para actuar. Si el interesado no defiende su derecho en el término fijado y con la presteza que exige la ley, la jurisdicción del Estado se extingue para mantener la estabilidad del derecho. Bajo esta perspectiva, la Corte Constitucional ha considerado la caducidad como el fenómeno jurídico procesal a través del cual: "El legislador en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que toda persona tiene para acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento de halla en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino por el contrario apunta a la protección del interés general. El señalamiento legal de un término de preclusión, dentro del cual sea posible ejercer oportunamente el derecho de acción, es un valioso instrumento que salvaguarda la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones, de modo general entre particulares y de modo específico entre los individuos y el Estado. Entonces, el derecho al acceso a la administración de justicia no es absoluto, pues puede ser condicionado legalmente a que la promoción de la demanda sea oportuna y las acciones se inicien dentro de los plazos que señala el legislador, pues la indeterminación y la incertidumbre chocan con los fines del derecho como herramienta para lograr la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones sociales." (Sentencias Cortes Constitucional C-832 de 2001 y del Consejo de Estado, sección Segunda. Exp. 6871-05 M.P. Tarsicio Cáceres Toro.)

Para la Sección Segunda del Consejo de Estado la prescripción y la caducidad son dos fenómenos diferentes con consecuencias jurídicas distintas.

De acuerdo al análisis jurisprudencial de la Corporación, la caducidad "es un fenómeno cuya ocurrencia depende del cumplimiento del término perentorio establecido para ejercer las acciones ante la jurisdicción derivadas de los actos, hechos, omisiones u operaciones de la administración, **sin que se haya ejercido el derecho de acción por parte del interesado"**. (Subrayado no lo es en el texto).

En cambio, según concepto de la Sala, la prescripción "es el fenómeno mediante el cual **el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo** de acuerdo a las condiciones descritas en las normas que para cada situación se dicten, bien sea en materia adquisitiva o extintiva." (Subrayado fuera del texto).

En conclusión, el alto Tribunal reiteró que la prescripción es una institución jurídica en virtud de la cual se adquieren o se extinguen derechos, mientras que la caducidad se relaciona con la oportunidad de acudir a la jurisdicción competente para instaurar la correspondiente acción legal, según sea el caso. (C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez). (Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia 27001233300020130034601 (03272014), 9/7/2015).

En el campo disciplinario médico se traen a colación apartes de la Sentencia número 42-2003 con ponencia del Magistrado Fernando Guzmán Mora, donde desarrolla la prescripción en el proceso ético disciplinario. (Fernando Guzmán Mora. Gaceta Jurisprudencial N| 16 Tribunal Nacional de Ética Médica. Memorias de la Reunión de Tribunales; junio 19 y 20 de 2015 págs 81-126)

I- LA PRESCRIPCIÓN EN EL PROCESO ÉTICO DISCIPLINARIO *RESPECTO DE LA PRESCRIPCIÓN, en providencia número 42-2003, con ponencia del Magistrado FERNANDO GUZMÁN 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 de código penal para concebir los períodos prescriptivos y es así como en el artículo 34 se disponía:

"Términos de prescripción de la acción y de la sanción. - La acción disciplinaria prescribe en el término de cinco (5) años. La prescripción de la acción empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de la consumación y, desde la realización del último acto, en las de carácter permanente o continuado. -

..

La prescripción de la acción es un instituto jurídico liberador, en virtud del cual por el transcurso del tiempo se extingue la acción o cesa el derecho del Estado a imponer una sanción.

Este fenómeno tiene operancia en materia disciplinaria, cuando la Administración o la Procuraduría General de la Nación, dejan vencer el plazo señalado por el legislador, -5 años-, sin haber adelantado y concluido el proceso respectivo, con decisión de mérito. El vencimiento de dicho lapso implica para dichas entidades la pérdida de la potestad de imponer sanciones, es decir, que una vez cumplido dicho período sin que se haya dictado y ejecutoriado la providencia que le ponga fin a la actuación disciplinaria, no se podrá ejercitar la acción disciplinaria en contra del beneficiado con la prescripción.

El fin esencial de la prescripción de la acción disciplinaria, está íntimamente ligado con el derecho que tiene el procesado a que se le defina su situación jurídica, pues no puede el servidor público quedar sujeto indefinidamente a una imputación. Si la acción disciplinaria tiene como objetivo resguardar el buen nombre de la administración pública, su eficiencia y moralidad, es obvio que ésta debe apresurarse a cumplir con su misión de sancionar al infractor del régimen disciplinario, pues de no hacerlo incumpliría una de sus tareas y, obviamente, desvirtuaría el poder corrector que tiene sobre los servidores estatales. "La defensa social no se ejerce dejando los procesos en suspenso, sino resolviéndolos..."

Si el proceso no se resuelve, no será por obra del infractor, sino, ordinariamente, por obra de la despreocupación o de la insolvencia técnica de los encargados de juzgar".
El término de cinco años fijado por el legislador, en el inciso primero del artículo 34 de la ley 200 de 1995, para la prescripción de la acción disciplinaria, fue considerado por éste como suficiente para que se iniciara, por parte de la entidad a la cual presta sus servicios el empleado, o la Procuraduría General de la Nación, la investigación, y se adoptara la decisión pertinente, mediante providencia que ponga fin al proceso.
Así las cosas, no encuentra la Corte justificación razonable para que se extienda dicho

término de prescripción, más allá de los cinco años señalados, para los casos en que se haya notificado fallo de primera instancia, como se hace en el parágrafo 1o. objeto de demanda, disposición que configura una clara violación de los artículos 29 y 13 de la Constitución, como se verá enseguida.

Según el parágrafo demandado, si el fallo de primera instancia se ha notificado al procesado, el término prescriptivo se prorroga por seis meses más, lo cual quiere decir, que si a un empleado estatal a quien se le ha iniciado investigación disciplinaria en la que se ha dictado providencia de primera instancia, la cual le ha sido debidamente notificada, el lapso de prescripción de la acción será de 5 años y seis meses, mientras que para los demás empleados, esto es, a quienes no se les haya notificado la providencia de primera instancia, el término prescriptivo es tan sólo de cinco años. Discriminación a todas luces contraria al Estatuto Máximo, pues si el Estado no ejercita el derecho que tiene de adelantar y fallar la investigación disciplinaria en el tiempo fijado por el legislador, ya sea por desinterés, desidia o negligencia no puede el empleado público sufrir las consecuencias que de tales hechos se derivan, sino la misma Administración por incuria, incapacidad o ineficiencia.

Es que, si el Estado no ejercita su potestad disciplinaria dentro del término quinquenal señalado por el legislador, no puede después, invocando su propia ineficacia, desinterés o negligencia, ampliar dicho lapso prescriptivo sin violar el derecho del infractor, de exigir una pronta definición de su conducta. Es que la potestad sancionatoria no puede quedar indefinidamente abierta, hasta cuando la autoridad respectiva la quiera ejercer, de ahí que el legislador haya establecido un límite en el tiempo de 5 años. (Subrayado no lo es en el texto)

…Si el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones, la obligación de adelantar los procesos sin dilaciones injustificadas también lo es. La justicia impartida con prontitud y eficacia no sólo debe operar en los procesos penales -criminales-, sino en los de todo orden, administrativos, contravencionales, disciplinarios, policivos, etc.

Con fundamento en lo expuesto, la Corte declaró inexequible el parágrafo 1o. del artículo 34 de la ley 200 de 1995, por infringir los artículos 29 y 13 de la Constitución…"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.

II. CONSIDERACIONES SOBRE LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

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 inefectividad en la resolución de casos de variada índole.

En nuestro sistema profesional médico 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 víctimas 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 posibles 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.

4- La excesiva carga de procesos en manos de un número 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 de 1981, 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 este interrogante, de si en el proceso disciplinario es posible la interrupción del período prescriptivo de la acción.* (Lo subrayado fuera de texto).

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 humana[1]*, ello supone de manera necesaria que el poder persecutor y sancionador del Estado debe ser limitado, puesto que tiene una valla inexpugnable que es la infinita, inquebrantable e indesconocible 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 capital,[2] *la desaparición forzada, los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes,*[3] *la imposibilidad de la prisión por deudas y de penas o medidas de seguridad imprescriptibles*[4]*, la prohibición del destierro, la cadena perpetua,*

---

*1 - ARTÍCULO 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, F**UNDADA 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 - ARTÍCULO 11. El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.

3 - ARTÍCULO 12. Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

4 - ARTÍCULO 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 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.

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 período 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.

y la confiscación;[5] *de prohibir el castigo reiterado o la persecución indefinida;*[6] *de imponer la judicialización de la pérdida de la intimidad de las comunicaciones,*[7] *de la inviolabilidad domiciliaria, de la libertad de locomoción.*[8] *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 tiempo,*[9] *la actuación investigativa, procesal y de juzgamiento debe hacerse dentro de los parámetros del debido proceso,*[10] *la práctica probatoria debe ser realizada dentro de los límites de la legalidad*[11] *y dentro de la inquebrantable dignidad del ser humano.*[12]

5 - ARTÍCULO 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 - ARTÍCULO 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).
7 - ARTÍCULO 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 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).
8 - ARTÍCULO 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).
9 - 10 - ARTÍCULO 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.
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.

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 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]

Igual tratamiento recibirá las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia.

12 - ARTÍCULO 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 más 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.

14 - ARTÍCULO 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.

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 Corte Penal Internacional, en aplicación del principio de subsidiaridad de su competencia.

Bien se sabe, que dicho Estatuto es complementario de las legislaciones nacionales, 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 TRANSCURSO DE CIERTO TIEMPO SIN PERSEGUIR EL DELITO O LA FALTA, O YA QUEBRANTADA LA CONDENA****. Precepto, orden, mandato. Proemio, prólogo, introducción de un escrito u obra.*[17](Lo destacado no lo es en el texto).

---

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.
17 - Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Guillermo Cabanellas. Pág 373, Tomo VI. E. Heliasta. Buenos Aires, 1996.

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 TRANSCURRIDO 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).

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 RESTRICTIVA 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 consumar 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.

---

18 - Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Guillermo Cabanellas. Pág 375, Tomo VI. E. Heliasta. Buenos Aires, 1996.

19 - Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Guillermo Cabanellas. Pág 375, Tomo VI. E. Heliasta. Buenos Aires, 1996.

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.

(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 en ejercicio de sus funciones, de su cargo o que 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](Lo subrayado no lo es en el texto)

Pero esa tradición jurídica se pierde con las previsiones del artículo 6º 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

---

20 - ARTÍCULO. 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).
*21 - ARTÍCULO 30. T**ÉRMINOS 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, 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.

cesó el deber de actuar, como se había contemplado en la legislación anterior, sino que **el término prescriptivo se comenzará a contar a partir de la fecha en que se dicte auto de apertura de la investigación disciplinaria.** (Lo subrayado no lo es en el texto)

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 al proceso y ha cumplido lealmente con sus deberes dentro del mismo, 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. 2º—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 parte del bloque de constitucionalidad.
23 - Ley 599 de 2000. ART. 6º—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.
La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados.
La analogía sólo se aplicará en materias permisivas.
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.
Las disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia.
24 - ARTÍCULO 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 este 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 sólo 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 remitirse 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 acudirse 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 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 sí es susceptible de ser cuestionada ante la justicia contencioso administrativa.

El Derecho Penal Disciplinario en el pensamiento de don Luis Jiménez de Asúa:

"Es un conjunto de normas que asocian a las infracciones en naturaleza administrativa en que interviene la potestad jerárquica, con una sanción que reviste carácter de pena".[26]

---

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

26 - Tratado de Derecho Penal, Luis Jiménez de Asúa, Tomo I, pág. 43. E. Losada, Buenos Aires, 1967.-

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, como es el caso de la Medicina.

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 para que establezca el régimen a que estarán sometidos quienes desempeñen funciones públicas transitorias.[28]

---

27 - Tratado de derecho penal, Luis Jiménez de Asúa, Op cit. Tomo I pág. 44.-.

28 - Art. 123.- 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-

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 6º del mismo Estatuto,[30] confiriéndose a la Procuraduría General de la Nación el poder disciplinario preferente en el numeral 6º 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 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]

---

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 públicas-

30 - ARTÍCULO 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 extralimitación 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 públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley. -

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.-

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 respeto 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 artículo 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 sanea¬miento 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 descentraliza¬da, 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 artículo 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 tuvieren 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 profe¬sión 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 vengan¬za 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. (Subrayado fuera de texto)

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, que 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 sólo 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 sólo están colaborando en bien de la salud y la vida de los miembros de la comunidad, sino que están 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. (Lo subrayado no lo es en el texto)

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.* (Lo subrayado no lo es en el texto)

"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. (Subrayado fuera de texto)

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 sólo 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 implantadas 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 sólo remite al ordenamiento procesal para llenar los vacíos contenidos 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 sólo 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 ha agravado a partir del 1º 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 sólo 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 fundamental el análisis y valoración de la conducta humana, era necesario, que las disciplinas derivadas del derecho penal, entre ellas, el disciplinario, llenaran sus vacíos con normas de naturaleza igualmente penal, porque ellas conservan la necesaria filosofía que lo caracteriza, 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 sólo 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).

"Artículo. 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 judice 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 ius filósofo 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. (Subrayado fuera de texto)

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 Kelsen[35] 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 aun observándola, el juez habrá decidido y de su decisión se seguirán, inexorablemente, consecuencias jurídicas. A título de 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

---

34 - La Plenitud del orden jurídico, Ed. Losada, 1936.
35 - Teoría Pura del Derecho, Eudeba, 1960.

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 ontogénicamente 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. (Lo subrayado no lo es en el texto)

6.2.4. La plenitud hermética en el Estado de derecho.

Pero si el juez está abocado 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 absolverse 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 artículo 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 artículo 13 de la misma ley (153 de 1887) que consagraba a la costumbre como fuente subsidiaria. Sobre este último punto no hay ya nada qué 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 general 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 Kelsen[36] 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, 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.

36 - Op. cit.

Así mismo, conviene precisar que no hay contradicción entre la tesis que aquí se afirma y la sentencia C-131/93, que declaró inexequible 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 judice 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.** (Subrayado fuera de texto)

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 judice) 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 Restrepo[37] 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).

---

37 - Nomoárquica, principalística jurídica o los principios generales del derecho, Temis, 1993.

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-Valdés[38] 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".

A su turno el publicista y ius filósofo 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).

La comprobación final y definitiva 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".*

---

38 - Los principios generales del Derecho y la formulación constitucional, Editorial Civitas, 1990.
39 - Principios jurídicos y positivismo jurídico, Abeledo-Perrot, 1970.
40 - El concepto de derecho, Abeledo Perrot, 1965

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 extra sistemático? 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 fe 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 fe 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 impide al cónyuge culpable, invocar como causal de divorcio aquélla en que él mismo ha incurrido. Tales disposiciones, justo es anotarlo, 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:

"ARTÍCULO 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 las normatividades sancionatorias (penal material, procesal penal, disciplinario), son materias especiales, respecto de las normas procedimentales de carácter administrativo, habrá de concluirse que en éste caso particular el vacío existente en la ley debe llenarse con la remisión al Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002, pues reúne una doble connotación, que tiene la misma naturaleza de la Ley 23 de 1981, por regular ambas procesos disciplinarios y en segundo lugar, por ser ambas de naturaleza penal y sancionatoria. La mencionada ley en relación con la prescripción de la acción disciplinaria dispone:

"ARTÍCULO 30. TÉRMINOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA. Modificado por el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011. Estatuto Anticorrupción. CADUCIDAD Y PRESCRIPICIÓN 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. (Subrayado fuera de texto)*
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. (Lo subrayado no lo es en el texto)

Por lo expresado, se considera que los cinco años de prescripción se reanudan a partir de la fecha de inicio de la acción disciplinaria:[42] [43]

---

41 - ARTÍCULO 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.
Hay que destacar los aportes intelectuales de la doctora María Mereces Vásquez Piñeros (Abogada Secretaria del Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá), del doctor Jacob Cuéllar Bermúdez (Abogado Secretario del Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca), de la doctora Gladys León Salcedo, (Abogada Secretaria del

El tema de la prescripción en el proceso ético disciplinario en Medicina debe tomar como referente el bien a proteger como es la dignidad, integridad, vida y salud de los asociados, así como el correcto ejercicio de la profesión médica, que se constituye, por su naturaleza y relación con la posibilidad del goce pleno de derechos de los ciudadanos, en un bien muy preciado para la sociedad.

Tribunal Seccional de Ética Médica de Cundinamarca), de la doctora Vanesa Francisca Guerra Castañeda, (Abogada Secretaria del Tribunal Seccional de Ética Médica de Huila), del doctor Carlos Andrés Bolaño Abogado Secretario del Tribunal Seccional de Ética Médica del Chocó) de la Doctora Zenit Cabrera Sierra Abogada Secretaria del Tribunal Seccional de Ética Médica de Bolívar) de la doctora Ramona del Socorro Mosquera (Abogada Secretaria del Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico) del doctor Juan Carlos Torres Díaz (Abogado Secretario del Tribunal Seccional de Ética Médica de Arauca) y la doctora Alejandra María Zapata Hoyos (Abogada Secretaria del Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia).

Así mismo de los señores Magistrados del Tribunal Nacional de Ética 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 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 alogenosis 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 el 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. (Subrayado fuera del texto)
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 código penal, en el que se establece que el término 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 actuación procesal que existe semejante en la norma procesal penal es el ESCRITO DE ACUSACIÓN, 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 término 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 le Ley 734 señala:
"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.*
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 sea 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 de 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..."***