TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

GACETA JURISPRUDENCIAL

ENCUENTROS NACIONALES DE TRIBUNALES DE ÉTICA MÉDICA 2019 - 2020

FEBRERO DE 2021

No. 42

© 2021 Tribunal Nacional de Ética Médica

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

ISSN 0123-0832

Diagramación: Giro Graphos Impresores SAS.
Preparación litográfica e impresión:
Giro Graphos Impresores SAS.
Carrera 69K No. 70 - 40
Cel.:316 491 4886
Bogotá, Colombia

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

Artículo 41 Ley 23 de 1982

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

© 2021

ENCUENTROS NACIONALES DE TRIBUNALES
DE ÉTICA MÉDICA 2019 - 2020
FEBRERO DE 2021
No. 42

MAGISTRADOS 2021

Dr. Germán Gamarra Hernández (Presidente)
Dr. Fernando Guzmán Mora
Dr. Hernán Jiménez Almanza
Dr. Ariel Iván Ruiz Parra
Dr. José Miguel Silva Herrera

Asesor Jurídico

Dr. Edgar Saavedra Rojas

Abogada Secretaría

Dra. Claudia Lucía Segura Acevedo

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 2021

INDICE

	Pag.
Editorial ENCUENTROS NACIONALES DE TRIBUNALES DE ÉTICA MÉDICA 2019 - 2020 Dr. Germán Gamarra Hernández Presidente del Tribunal Nacional de Ética Médica Dr. Ariel Iván Ruiz Parra Magistrado del Tribunal Nacional de Ética Médica	9
UNA MIRADA AL FUNCIONAMIENTO DE LOS TRIBUNALES DE ÉTICA MÉDICA Dra. Mélida Romero Ramos Abogada Secretaria del Tribunal de Ética Médica del Huila	16
UNA MIRADA A LA BIOÉTICA DESDE UN TRIBUNAL DE ETICA MEDICA Dr. Néstor Harry Amorocho Pedraza Magistrado del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca	23
ESTRUCTURA DEL MODELO GENERAL DE GESTIÓN DEL RIESGO Y SU APLICACIÓN EN CIRUGÍA Dr. William Libardo Murillo Magistrado del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca	28
EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA DEFENSA EN EL PROCESO MÉDICO DISCIPLINARIO. Dr. Edgar Saavedra Rojas. Asesor Jurídico del Tribunal Nacional de Ética Médica	32

Pag.

LAS QUEJAS POR EVALUACIONES MÉDICAS LABORALES 164
Dr. César Bruno y Caro
Magistrado del Tribunal de Ética Médica del Meta

DEFENSA TÉCNICA POR MEDIO DE ABOGADO ES FACULTATIVA DEL MÉDICO DISCIPLINADO 176
Dra. Claudia Lucía Segura Acevedo
Abogada Secretaria del Tribunal Nacional de Ética Médica

EL DICTAMEN PERICIAL COMO PRUEBA DOCUMENTAL Y EL TESTIMONIO DEL INVESTIGADO EN EL PROCESO DISCIPLINARIO ÉTICO PROFESIONAL MÉDICO 181
Dra. Laura Isabel Buitrago Correa
Abogada del Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia

EL ACTO MÉDICO 195
Dr. Ariel Iván Ruiz Parra, MD, MSc.
Magistrado del Tribunal Nacional de Ética Médica

IMPLICACIONES ETICAS Y MÉDICAS DE LA LEY 1996 DE 2019 212
Dr. Jacob Aaron Cuellar Bermúdez
Abogado Secretario del Tribunal de Ética Médica del Cauca

DEBER DE ATENCIÓN INTEGRAL DE VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL. UNA ORGANIZACIÓN NORMATIVA. 233
Dr. Diego Higuera Jiménez.
Abogado Secretario del Tribunal de Ética Médica de Boyacá
Dra. Erika González.
Abogada del Tribunal de Ética Médica de Boyacá

VIVENCIAS DE 22 AÑOS DE MAGISTRADO 251
Dr. Jorge Raad Aljure, MD
Presidente del Tribunal de Ética Médica de Caldas

¿A QUÉ SE ENFRENTAN LOS TRIBUNALES DE ÉTICA MÉDICA POSTERIOR A LA PANDEMIA COVID 19? 263
Dr. José Vicente Maestre Peralta
Magistrado Tribunal de Ética Médica del Magdalena

Pag.

REFLEXIONES SOBRE LA CAUSALIDAD EN EL DAÑO A LA PERSONA Y A LA SALUD 269
Dr. Jesús A. Chaustre Buitrago
Magistrado Tribunal de Ética Médica de Norte de Santander

DEBERES MÉDICOS
UNA BREVE MIRADA A LA LUZ DE LA BIOÉTICA Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL 283
Dra. Johana Giraldo Osorio
Abogada del Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia

FACTORES RELEVANTES PARA LA GRADUACIÓN DEL DEBER DE CUIDADO EN EL CASO CONCRETO 299
Dr. Juan Felipe Álvarez Arboleda
Abogado Asesor del Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia

IMPERATIVOS DEL PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO APLICADOS AL TRÁMITE DE ÉTICA MÉDICA 308
Dr. Diego Mauricio Higuera Jiménez. Ph.D.
Abogado Secretario del Tribunal de Ética Médica de Boyacá

ALGUNOS ASPECTOS JURISPRUDENCIALES RELACIONADOS CON EL TRATAMIENTO DE LOS DESÓRDENES DEL DESARROLLO Y DIFERENCIACIÓN SEXUALES 326
Dr. Ariel Iván Ruiz Parra. MD, MSc.
Magistrado del Tribunal Nacional de Ética Médica.

AUTONOMÍA MÉDICA CON AUTORREGULACIÓN 341
Dr. Hernán Jiménez Almanza. MD.
Magistrado del Tribunal Nacional de Ética Médica

EL ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN DERECHO DISCIPLINARIO 345
Dra. Laura Morales Mora.
Abogada del Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia

Pag.

RESPONSABILIDAD DEL ANESTESIÓLOGO EN EL INTRUSISMO MÉDICO 351
Dr. William Libardo Murillo
Magistrado del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca

CONVERSACIONES DIFÍCILES EN MEDICINA.- CÓMO DAR LAS MALAS NOTICIAS. 360
Dr. José Miguel Silva Herrera.
Magistrado Tribunal Nacional de Ética Médica

EXISTE NECESIDAD DE MODIFICAR, REFORMAR O REMPLAZAR LA LEY 23 DE 1981? 368
Dra. CLAUDIA LUCÍA SEGURA ACEVEDO
Abogada Secretaria del Tribunal Nacional de Ética Médica

LA INDAGACIÓN PRELIMINAR: ES NECESARIA EN EL PROCESO ÉTICO MÉDICO DISCIPLINARIO? 372
Dr. Germán Gamarra Hernández
Presidente. Tribunal Nacional de Ética Médica

EDITORIAL

ENCUENTROS NACIONALES DE TRIBUNALES DE ÉTICA MÉDICA 2019 - 2020

Germán Gamarra Hernández
Médico Especialista en Medicina Interna y Nefrología
Magíster en Epidemiología Clínica
Vice-presidente. Academia Nacional de Medicina de Colombia
Presidente. Tribunal Nacional de Ética Médica

Ariel Iván Ruiz Parra
Especialista en Ginecología y Obstetricia y en Biología de la Reproducción
Magíster en Educación
Magíster en Epidemiología Clínica
Profesor Titular, Departamento de Obstetricia y Ginecología
Facultad de Medicina, Universidad Nacional de Colombia
Magistrado. Tribunal Nacional de Ética Médica

En el presente número de la *Gaceta Jurisprudencial* se resumen algunos de los temas que fueron presentados y discutidos durante los últimos dos Encuentros Nacionales de Tribunales de Ética Médica realizados, el primero en Bogotá D.C., durante el año 2019, y el segundo llevado a cabo en noviembre de 2020 en modalidad virtual.

Los encuentros de tribunales constituyen una excelente oportunidad para intercambiar conceptos sobre temas éticos, médicos y disciplinarios-jurídicos, discutir problemas comunes, y llegar a acuerdos sobre algunos puntos que generan controversia. Para conveniencia de los propios tribunales, como también de los sujetos procesales, se deben unificar criterios y aclarar las diferencias que se presentan en la interpretación de las normas;

los encuentros de tribunales son una estrategia y una oportunidad para lograr estos propósitos.

Los temas tratados son muy diversos y en la mayoría de las veces obedecen a los intereses y áreas de conocimiento del propio ponente, bien sea, con base en dificultades encontradas en el ejercicio como magistrado o como abogado de un tribunal, o bien por motivaciones personales que lo llevan a expresar su interés particular en un tópico específico o su deseo de compartirlo con quienes considera, son sus pares en el ejercicio de esta noble labor.

El pluralismo temático que se presenta en este número de la *Gaceta Jurisprudencial*, es un reflejo de la diversidad de temas tratados durante los respectivos encuentros de tribunales. En la primera parte de esta gaceta se presentan los resúmenes de algunas de las conferencias presentadas en el Encuentro Nacional de Tribunales de Ética Médica, realizado en la ciudad de Bogotá en noviembre de 2019; aunque solo se recibieron 10 (diez) artículos para su publicación, existen temas que ameritan comentarios adicionales y ayudan a aclarar algunas de las respetables diferencias que se mantienen por parte de abogados y magistrados en la interpretación y en la aplicación de la normatividad vigente.

Uno de los temas que amerita un comentario especial se refiere a la defensa técnica en el proceso ético-disciplinario médico, particularmente en la diligencia de versión libre y espontánea que rinde el médico denunciado. La Ley 23 de 1981 plantea esta defensa como optativa y dice literalmente en su artículo 77 que el profesional acusado *"podrá"* asesorarse de abogados titulados, en los casos que lo considere conveniente; es decir, queda a discreción del acusado asistir o no acompañado de su abogado. Sin embargo, es necesario entender que esta norma fue promulgada en el año de 1981, diez (10) años antes de la nueva Constitución Política de Colombia que consagra el estado social de derecho y que, dentro de la protección del ciudadano, enfatiza en la necesidad de una defensa técnica desde las etapas tempranas del proceso. Es indudable el beneficio que se obtiene cuando desde un comienzo el acusado cuenta con una defensa técnica brindada por un experto en los aspectos judiciales que los médicos desconocemos; no es inusual que durante la versión libre el médico acusado de una presunta falta pueda auto incriminarse. Por otra parte, y por múltiples motivos, no

siempre existe la posibilidad de contar con un abogado. Se hace necesario establecer de manera precisa las etapas procesales con el fin de evitar que, durante una etapa de indagación previa, cuando aún no se ha iniciado la investigación disciplinaria, se cite al acusado a diligencias como la versión libre y se le exija comparecer acompañado de su abogado.

Durante el año 2020 la pandemia producida por la enfermedad COVID 19, afectó de manera importante todas las actividades en el país; por lo tanto, la administración de justicia y, por ende, la justicia médico disciplinaria no podía estar ajena a esta situación. Todos los tribunales seccionales y el mismo tribunal nacional fueron afectados en su labor; en el caso de éste último se observó ,una reducción mayor al cincuenta por ciento (50%) de sus sentencias en comparación con el año inmediatamente anterior.

Uno de los factores que explica la disminución ocurrida en las sentencias en los tribunales de ética médica fue la promulgación del Decreto Legislativo Número 564 del 15 de abril de 2020, del Ministerio de Justicia y del Derecho *"Por el cual se adoptan medidas para la garantía de los derechos de los usuarios del sistema de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica",* emitido durante la pandemia de la COVID-19, el cual en su artículo primero decretó:

"***Artículo 1. Suspensión de términos de prescripción y caducidad***. Los términos de prescripción y de caducidad previstos en cualquier norma sustancial o procesal para ejercer derechos, acciones, medios control o presentar demandas ante la Rama Judicial o ante los tribunales arbitrales, sean de días, meses o años, se encuentran suspendidos desde el 16 marzo 2020 hasta el día que el Consejo Superior de la Judicatura disponga la reanudación de los términos judiciales.

El conteo de los términos de prescripción y caducidad se reanudará a partir del día hábil siguiente a la fecha en que cese la suspensión términos judiciales ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura. No obstante, cuando al decretarse la suspensión de términos por dicha Corporación, el plazo que restaba para interrumpir la prescripción o hacer inoperante la caducidad era inferior a treinta (30) días, el interesado tendrá un mes contado a partir del día siguiente al levantamiento de la suspensión, para realizar oportunamente la actuación correspondiente.

Parágrafo. La suspensión de términos de prescripción y caducidad no es aplicable en materia penal."

La suspensión de términos decretada en forma diferencial por cada tribunal, ha afectado la duración de cada proceso; no todos los tribunales han suspendido de manera uniforme su actividad ni todas las regiones del país fueron afectadas de la misma forma, pero todos debemos cumplir con las normas que rigen el debido proceso con el fin de brindar las mejores garantías a las partes involucradas.

Desde hace al menos cinco (5) años el tema de la "Prescripción de la acción disciplinaria" ha sido motivo de discusión y debate en los diferentes encuentros naciones de tribunales de ética médica y aún persisten divergencias en las normas que se aplican, no solo entre los tribunales de las diferentes profesiones como Odontología, Enfermería y Medicina, sino en los términos que son utilizados por parte del Ministerio de Salud y Protección Social cuando se ha pronunciado sobre la prescripción.

Teniendo en cuenta que la Ley 23 de 1981, Ley de Ética Médica, no establece los términos de prescripción en el proceso ético-médico disciplinario, el Tribunal Nacional con el apoyo de un importante número de abogados asesores y secretarios de los tribunales seccionales, durante uno de los encuentros nacionales, revisó la normatividad existente y con base en ella resolvió iniciar el conteo de la prescripción a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria; es decir, desde el inicio formal de la etapa de investigación. Hasta la fecha, se han emitido numerosos fallos acatando esta normatividad.

En el No. 18 de la Gaceta Jurisprudencial publicada por el Tribunal Nacional de Ética Médica, correspondiente al mes de septiembre de 2015, se revisó de manera amplia la jurisprudencia sobre la prescripción de los procesos ético-médico disciplinarios, sus posibles causas y en particular la ley 1474 del 12 de julio de 2011, que permite contabilizar los cinco (5) años para la prescripción, a partir del auto de apertura de investigación. En la citada ley se establece:

Artículo 132. 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 (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.

***Parágrafo.** Los términos prescriptivos aquí previstos quedan sujetos a lo establecido en los tratados internacionales que Colombia ratifique".*

La citada norma ha sido utilizada desde entonces por el Tribunal Nacional de Ética Médica para decretar la prescripción, siempre y cuando los hechos que motivaron la investigación hubiesen ocurrido con posterioridad al 12 de julio de 2011, fecha en la que se promulgó la citada ley.

Como lo hemos anotado previamente, la normatividad en nuestro país cambia con inusitada frecuencia y el 28 de enero de 2019, se sancionó la Ley 1952 *"Por medio de la cual se expide el código general disciplinario, se derogan la ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario".*

A continuación, se anotan algunos artículos que se relacionan de manera directa con el fenómeno que se discute y que deberán ser tenidas en cuenta en los procesos ético-médico disciplinarios a partir del año 2021:

"Artículo 32. Causales de extinción de la acción disciplinaria. Son causales de extinción acción disciplinaria las siguientes:
1. La muerte del sujeto disciplinable.
2. La prescripción de la acción disciplinaria.
Parágrafo: el desistimiento del quejoso no extingue la acción disciplinaria.

Artículo 33. Prescripción e interrupción de la acción disciplinaria. La acción disciplinaria prescribirá en cinco años, contados para las faltas de ejecución instantánea desde el día de su consumación, para las ejecución permanente o continuada, desde la realización del último acto y para las omisivas, desde cuando haya cesado el deber de actuar. La prescripción se interrumpirá con la adopción y notificación del fallo de primera o única instancia. En este evento, para emitir y notificar el fallo de segunda instancia o de reposición, la autoridad disciplinaria tendrá un término de dos años contados a partir del siguiente día del vencimiento para impugnar la decisión. (…)

Cuando se investiguen varias conductas en un solo proceso, la prescripción se cumplirá independientemente para cada una de ellas.

Parágrafo. Los términos prescriptivos aquí previstos quedan sujetos a lo establecido en los tratados internacionales que ratifique Colombia.

Esta nueva ley, deroga el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011, que ha sido el soporte jurídico de los fallos de prescripción en los procesos ético médico disciplinarios que ha utilizado el Tribunal Nacional, y lo remplaza por el artículo 33 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 que entrará en plena vigencia dieciocho (18) meses después de su promulgación y nos obligará, una vez más, en acatamiento de la norma, a iniciar el conteo de los términos de prescripción a partir del día de consumación del hecho o a partir del último acto médico en el caso de que haya existido una acción continuada.

Es probable que, con la aplicación de la nueva normativa, el fenómeno de prescripción ocurra con una mayor frecuencia en los procesos ético-médico disciplinarios que se manejan por los tribunales de ética médica; sin embargo, el conocimiento de las normas que son de cumplimiento obligatorio en un Estado Social de Derecho, nos obligará a los jueces a ser más diligentes y ágiles con el fin de evitar, hasta donde sea posible, la ocurrencia del fenómeno de la prescripción y de esa forma se pueda cumplir a cabalidad con la función de impartir justicia, razón de ser de los diferentes tribunales.

El año 2020 también generó nuevas condiciones que afectaron la vida social y familiar, la economía, la educación y, por supuesto, la salud en todo el mundo. Estas circunstancias llevaron a decretar -con diferencias de intensidad en los diversos países y regiones- el aislamiento físico o social, como una medida para disminuir el contagio y, posteriormente, para mitigar la pandemia de la COVID 19. Así las cosas, nos vimos en la necesidad de aprender a comunicarnos a través de los medios digitales y a utilizar la tecnología disponible, con el fin de mantener y desarrollar las actividades de salud (teleconsulta y telemedicina), educación (enseñanza virtual o semipresencial, telepresencia y simulación), económica (transacciones y negocios por medios electrónicos), de administración y gobierno (juntas y reuniones virtuales) y, por supuesto, de mayor importancia para el quehacer de los tribunales de ética médica de la administración de justicia (sesiones de tribunales, diligencias y audiencias virtuales).

Dando estricto cumplimiento a las normas que regularon estas actividades durante el 2020, el Encuentro Nacional de Tribunales de Ética Médica, realizado en el mes de noviembre de este año, debió hacerse de forma virtual. Los ponentes hicieron sus presentaciones de manera, desde su lugar de residencia, de manera virtual sincrónica en cuatro sesiones y, al final de cada presentación, los participantes tuvieron la oportunidad de plantear preguntas o intervenciones complementarias. En este número de la Gaceta Jurisprudencial se presentan los escritos enviados por los ponentes para dar cumplimiento a la labor pedagógica que cumple el Tribunal Nacional de Ética Médica y a los tribunales seccionales. Se espera que en el 2021 se reanuden las visitas a los tribunales seccionales y los encuentros presenciales de tribunales, dos estrategias que permiten mejorar en forma continua nuestra labor en bien de la sociedad.

Bogotá, D.C. 23 de febrero de 2021.

UNA MIRADA AL FUNCIONAMIENTO DE LOS TRIBUNALES DE ÉTICA MÉDICA

Dra. Mélida Romero Ramos
Abogada Secretaria del Tribunal de Ética Médica del Huila

Sentencia No. T-151/96 M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo

OBJETO

"El papel confiado a los tribunales de ética médica implica el ejercicio de un control disciplinario desde el seno de la misma profesión sobre las conductas de los facultativos, con miras a salvaguardar el adecuado manejo de las relaciones entre aquéllos y sus pacientes, sus colegas, la sociedad y el Estado, todas las cuales, si responden a principios de moralidad y ética y a los mandatos de la ley, repercuten en beneficio de la colectividad".

ALCANCES DE SUS DECISIONES

"La importancia de las decisiones que tales órganos adoptan no se limita al seno del cuerpo profesional, en cuanto pueda interesar a la preservación de unas reglas mínimas por parte de quienes practican la medicina, sino que toca de manera directa a la sociedad, que resulta perjudicada en grado sumo cuando esas prescripciones mínimas se transgreden. Por eso, el ordenamiento jurídico reconoce efectos a las decisiones de los tribunales de ética médica y consagra los mecanismos necesarios para que las competentes autoridades del Estado las hagan cumplir fielmente".

Ahora bien, velar por el cumplimiento de lo consagrado en la Ley 23 de 1981 y su Decreto Reglamentario 3380 del mismo año, se ha convertido desde el punto de vista administrativo, en todo un reto para los Tribunales de Ética Médica que funcionan en el país.

Un reto desde diferentes puntos de vista, el primero de ellos y que entraña por sí mismo la justificación para que se tengan enormes dificultades para cumplir con las exigencias a las que estamos obligados en razón del marco normativo que nos es aplicable dada nuestra naturaleza y por funcionar precisamente con recursos públicos, lo que conlleva de igual manera a que seamos sujetos de vigilancia por Entes de Control, es el presupuestal.

DESDE EL PUNTO DE VISTA PRESUPUESTAL:

Cada año, los Tribunal Seccionales de Ética Médica nos vemos enfrentados a la realidad que nos presenta la asignación de presupuestos en algunos casos, por demás ajustados, y en otros muy por debajo del mínimo necesario para el adecuado cumplimiento de nuestras funciones.

Al hecho de que los recursos consignados no se compadezcan con la responsabilidad que tenemos a cargo los Tribunales, se suma la falta de oportunidad en el giro de los mismos, en un flagrante desconocimiento de la obligación legal a cargo de los respectivos Entes Territoriales.

Es usual iniciar actividades cada año, sin contar con recursos que nos permitan sufragar los gastos de funcionamiento; no cabe duda que más allá de un problema de planeación, nos enfrentamos a un notable desinterés de las Administraciones Departamentales que, en algunos casos parece que lindara en el desprecio por la actividad disciplinaria que adelantamos.

Como consecuencia lógica de las dificultades económicas, los Tribunales contamos con un limitado recurso humano, que con grandes esfuerzos sacamos avante nuestra ardua labor, se cuenta con un Abogado(a) Secretario(a) que en muchos casos a su vez funge como Tesorero(a), eso sin contar las demás actividades que de manera altruista se asumen ante las carencias a las que nos vemos avocados, algunos inclusive realizan actividades de mensajería, por mencionar solo una de ellas.

Apoya las labores del Abogado (a), un Auxiliar Administrativo. Se cuenta además con los servicios profesionales de un Contador Público. Lo limitado de los recursos no permite contar con los servicios de personal indispensable en nuestra labor, como lo es un sustanciador, un mensajero y una persona encargada de servicios generales.

Nuestros Magistrados reciben una remuneración que no es acorde precisamente con la Magistratura que representan y la falta de recursos conlleva a que se deban tomar decisiones como disminuir el número de sesiones o diligencias, afectando de esta manera la actividad procesal. Es inaceptable y de un profundo reproche que la actividad ético disciplinaria se vea supeditada a la disponibilidad de recursos económicos.

DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL CUMPLIMIENTO DEL MARCO NORMATIVO:

La falta de recursos y desarrollar actividades con un mínimo de personal disponible, hace que el cumplimiento de las obligaciones legales que están sujetas a ello, constituya un reto más para nuestro funcionamiento.

El artículo 92 de la Ley 23 de 1981 y el numeral 43.1.8 del artículo 43 de la Ley 715 de 2001, modificado por el artículo 2 de la Ley 1446 de 2011, disponen que los Tribunales Nacional y Seccionales de Ética Médica se financian con recursos públicos, razón por la cual el control fiscal sobre la ejecución de los mismos será ejercido por la Contraloría General de la República y las Contralorías de los respectivos Entes Territoriales.

La Corte Constitucional se ha referido sobre el asunto, en los siguientes términos:

"*En cuanto a los sujetos sobre los cuales se ejerce vigilancia fiscal, cabe mencionar, que independiente de la naturaleza pública o privada o de sus funciones, o de su régimen ordinario o especial, los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, quedan sujetos al control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República, por supuesto circunscrito a la gestión fiscal realizada. Por lo que es claro, que el artículo 267 de la Constitución, al disponer que la Contraloría General de la República vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes de la nación, sin excepción alguna, consagra una cláusula general de competencia para ésta entidad, a la cual se le encomendó, de manera exclusiva y excluyente, la función pública de control fiscal* (Sentencia C-1176/04).

En atención a ello, y solo para traer un ejemplo a colación, para efectos de rendición de cuentas de manera periódica se deben diligenciar y presentar ante la Contraloría Departamental los siguientes formatos:

Formato 1. Información general de la entidad,
Formato 10. Procesos judiciales,
Formato 11. Programación del Plan de Adquisiciones,
Formato 12. Ejecución del Plan de Adquisiciones,
Formato 14. Información contractual consolidada (en línea)
Formato 2. Ejecución del PAC
Formato 3. Constitución de Cuentas por Pagar
Formato 4. Constitución de cuentas por cobrar
Formato 6. Relación de cuentas bancarias
Formato 7. Garantías para el manejo de fondos y bienes de la entidad
Formato 8. Inventarios
Formato 9. Acciones de Repetición
Formato de certificación estados financieros
Formato de cierre de rendición
Formato OE1 Ejecución presupuestal de ingresos, rentas y recursos de capital
Formato OE2 Ejecución presupuestal de gastos y apropiaciones

Se rinden informes a través de la plataforma WEB SIA Observa cuya funcionalidad principal de acuerdo a lo que allí se describe, es ofrecer a las entidades de control fiscal y a los Sujetos Vigilados, una herramienta de captura de información contractual y presupuestal para la toma decisiones oportuna y con carácter preventivo.

La no presentación o presentación tardía de ésta información acarrea sanciones para el Representante Legal de la Entidad.

De otra parte, se tiene que la Contaduría General de la Nación es el máximo órgano rector en materia contable pública en Colombia (artículo 354 de la Constitución Política Nacional y la Ley 298 de 1996). En este mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional mediante sentencia C-487 de 1997, determinando que las normas y conceptos emitidos por esa entidad son de carácter vinculante y, en consecuencia, de obligatorio cumplimiento por parte de las entidades sujetas a la aplicación de la Regulación Contable Pública.

Los Estados Contables de los Tribunales de Ética Médica, se deben preparar atendiendo las resoluciones, circulares externas y los procedimientos emitidos por el Contador General de la Nación, en cumplimiento al mandato constitucional y legal, las definiciones contenidas en la Doctrina Contable Pública, el Manual de Procedimientos, el Plan General de

Contabilidad Pública (PGCP) del Régimen de Contabilidad Pública, éste último que se constituye en el elemento angular para el registro y reporte de la información contable básica a aplicar, con fundamento en las normas técnicas impartidas para la preparación de los estados, informes y reportes contables en el Régimen de Contabilidad Pública.

En materia laboral, el Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo (SG-SST), el cual debe ser implementado por todos los empleadores y que consiste en palabras del Ministerio del Trabajo, en el desarrollo de un proceso lógico y por etapas, basado en la mejora continua, lo cual incluye la política, la organización, la planificación, la aplicación, la evaluación, la auditoría y las acciones de mejora con el objetivo de anticipar, reconocer, evaluar y controlar los riesgos que puedan afectar la seguridad y la salud en los espacios laborales.

El sistema de gestión aplica a todos los empleadores públicos y privados, los trabajadores dependientes e independientes, los trabajadores cooperados, los trabajadores en misión, los contratantes de personal bajo modalidad de contrato civil, comercial o administrativo, las organizaciones de economía solidaria y del sector cooperativo, las empresas de servicios temporales, las agremiaciones u asociaciones que afilian trabajadores independientes al Sistema de Seguridad Social Integral; las administradoras de riesgos laborales; la Policía Nacional en lo que corresponde a su personal no uniformado y al personal civil de las Fuerzas Militares. Todo ello de conformidad con el Decreto 1072 de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo" Capítulos 6° y 7° del Título 4 de la Parte 2 del Libro 2.

El Ministerio de Trabajo expidió la Resolución No.0312 del 13 de febrero de 2019 "Por la cual se definen los Estándares Mínimos del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo SG-SST", que en su artículo 25 señala las fases de adecuación, transición y aplicación para la implementación del Sistema de Gestión de SST con Estándares Mínimos, indicando el cumplimiento de cinco (5) fases, y de acuerdo al cronograma que allí se plantea, actualmente (noviembre de 2019) se debe estar desarrollando la Fase de Inspección, Vigilancia y Control que la efectúa el Ministerio del Trabajo verificando el cumplimiento conforme a los estándares mínimos establecidos en la Resolución en mención.

En el mes de diciembre del presente año, se debe:

1. Aplicar la autoevaluación conforme a la Tabla de Valores y Calificación de los Estándares Mínimos del Sistema de Gestión de SST, mediante el diligenciamiento del formulario de evaluación establecido en el artículo 27 de la Resolución en comento.
2. Elaborar el Plan de Mejora conforme al resultado de la autoevaluación de los Estándares Mínimos.
3. Formular el Plan Anual del Sistema de Gestión de SST del año 2020.

Y en adelante el Plan Anual del Sistema de Gestión de SST se deberán formular en el mes de diciembre y se ejecutarán en el siguiente año (enero a diciembre).

El incumplimiento puede acarrear la imposición de multas que de hasta 500 salarios mínimos mensuales legales vigentes (Artículo 13 de la Ley 1562 de 2012).

Estos son solo algunos de los requerimientos que debemos cumplir y que como ya se anotó no solo conllevan a la destinación de recursos del presupuesto de cada uno de los Tribunales Seccionales de Ética Médica para asumirlos, sino que su implementación hace que el recurso humano con el que se cuenta, sea insuficiente para su cumplimiento.

PROPUESTA:

Un aspecto que se considera relevante y que aportaría en gran medida a fortalecer la imagen que ante la sociedad y de manera especial ante los profesionales de la medicina como sujetos disciplinables tienen los Tribunales de Ética Médica, es la unificación de criterios no solo al momento de adelantar la actividad ético disciplinaria, sino también al tomar e implementar decisiones de carácter administrativo, como lo son:

- La adopción de los diferentes manuales (de contratación, de funciones procesos y procedimientos, etc.).
- Adopción e implementación de los diferentes Sistemas y herramientas de obligatorio cumplimiento.
- Expedición de certificados de antecedentes ético disciplinarios médicos (cobro y contenido de los mismos).

• Adopción de la misma actividad principal en el RUT para todos los Tribunales.

Son solo algunas de las actividades que pueden marcar un inicio para suplir la necesidad de compartir y unificar criterios de organización y funcionamiento.

UNA MIRADA A LA BIOÉTICA DESDE UN TRIBUNAL DE ETICA MEDICA

Dr. Néstor Harry Amorocho Pedraza
Magistrado del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca

He oído y leído con alguna frecuencia la utilización de los términos ética y bioética seguidos el uno del otro dando a entender que son dos temas cercanos, pero de diferente contenido y en la medida que exploro sobre ello he llegado a percibir que el paradigma de lo ético está perdiendo vigencia ante la magnitud e importancia y evolución de la bioética.

El vocablo Bioética usado por Van Rensselaer Potter, un bioquímico dedicado a la oncología, en "*Bioethics, the science of survival*" [1] en 1970 artículo que hace parte de su libro *Bioethics Brigde to de future* de 1971 [2] donde denunciaba la brecha entre "dos culturas", las ciencias y las letras, como principal peligro para el futuro de la humanidad.

Durante las tres últimas décadas del siglo pasado ante los avances de la "tecnociencia" y el poder alcanzado por los científicos hizo que se prestara atención a nuevos problemas éticos en el campo de la salud (medicina, enfermería, psicología, farmacología) y de las ciencias de la vida (biología en general y en especial, la genética). Esta situación dio paso al nacimiento de una nueva disciplina en EEUU: la bioética, como vínculo entre estas dos culturas (las ciencias y las letras). Potter, más adelante en *Global Bioethics* [3] (1988) definió la bioética *como**" una combinación de la biología con los conocimientos humanísticos para forjar una ciencia que implante la***

[1] POTTER, V. R. (1970) "Bioethics, science of survival". *Biology and medicine*, 14: 127-53.

[2] POTTER, V. R. (1971) *Bioethics: Bridge to the Future*. Englewood Cliffs, N.J., Prentice-Hall.

[3] POTTER, V. R. (1988) *Global Bioethics: Building on the Leopold Legacy.* East Lansing, Michigan State University Press.

necesaria serie de prioridades médicas y ambientales para una supervivencia aceptable".

El mundo de la medicina no aplico la bioética global de Potter sino la bioética entendida como ética medica y aun hoy la tendencia en la práctica médica induce a que los problemas que primero se mencionan sean casi siempre los éticos médicos cuando se hable de la bioética como nueva disciplina.

La ética médica no es de conocimiento reciente, ya que existe desde el pensamiento hipocrático, desde que los médicos tienen problemas morales y piensan sobre ellos, pero la bioética la supera en al menos dos sentidos:

1.-No se limita a las cuestiones éticas en la relación del profesional de la medicina (doctor-paciente, doctor-enfermero, doctor- doctor etc.), sino que se extiende a cuestiones filosóficas sobre la naturaleza de la ética, el valor de la vida, la definición de la persona, o la relación entre los humanos y otras formas de vida. La bioética permea y se involucra con lo que se suele llamar "ética ambiental", volviendo así a la definición original de Potter.

2.-La bioética incluye la creación de políticas públicas y el control de la actividad científica, pero como objetivo no pretende el desarrollo y aplicación de un código deontológico o conjunto de normas de cumplimiento obligatorio para los profesionales, sino que además pretende comprender mejor lo que está en juego. [4]

El estudio de la bioética no es solo descriptivo, cuando examina los problemas que hay, sino también normativo puesto que establece recomendaciones acerca de lo que debe haber o hacerse. De esta forma intenta complementar los códigos deontológicos profesionales sanitarios, que hoy resultan insuficientes ante los múltiples problemas éticos que surgen por diferentes razones [5] :

A.-La cultura norteamericana es tal vez la primera que tuvo que enfrentar el problema del *pluralismo*. La bioética nació como un intento de resolver los conflictos éticos surgidos en el ámbito de las ciencias de la

[4] KUHSE, H. y SINGER, P., eds. (1998) *A Companion to Bioethics*. Oxford, Blackwell, 2001.

[5] GRACIA, D. (1999) "Planteamiento general de la bioética". En: A. Couceiro (ed.), *Bioética para clínicos*, Madrid, Triacastela; pp. 19-35.

vida cuando los hechos son enjuiciados por personas cuyos credos morales pueden ser o son, radicalmente distintos. De ahí que a menudo la bioética se presente como una ética civil, secular y pluralista, autónoma y racional.

B.-Las condiciones médicas, sanitarias y sociales crearon *un nuevo escenario técnico*, diferente al tradicional, y los problemas morales que se plantean a los profesionales de la medicina reclaman una formación ética adecuada de frente a los avances de la ingeniería genética y las técnicas de reproducción asistida que plantean el interrogante una vez más, si todo lo correcto técnicamente es éticamente bueno.

C.- Entre los adelantos tecnológicos que llegaron a la ciencia medica y las políticas sociales de sanidad aparece como una necesidad el consentimiento informado del paciente, como consecuencia del principio de autonomía del paciente, para el cambio del modelo paternalista en la relación medico-paciente en la que este tiene la oportunidad de decidir sobre el tratamiento frente a la propuesta del experto profesional médico.

D.- El principio de respeto por las personas Autonomía (PA) sumado a los principios de beneficencia (PB), "Haz a los demás lo que ellos quieran que les hagas" [6] y justicia (PJ), principios éticos mínimos que orientan la toma de decisiones en un medio pluralista mencionados por primera vez en el informe Belmont (1978-1979) [7] como "principialismo", conjunto de principios éticos mínimos universalmente aceptables para guiar resolución de conflictos de la practica bio-médica en un medio pluralista y complementado por Beauchamp y Childres (1979), Principles of Biomedical Ethics[8] con la definición clásica que incorpora a los principios anteriores el de no maleficencia, "primum non nocere" del corpus Hipocrática (PNN)."El "principialismo" (principlism) es el enfoque inicial típicamente americano de la resolución de los problemas bioeticos gracias a la aplicación de principios" [9]

La bioética tiene su primera aplicación en el campo institucional y en los años 80´s empieza su internacionalización, partiendo de los Estados Unidos de América a Europa y Francia es el primer país en crear por decre-

[6] www.bioeticaweb.com/index2.php?option=com_content..

[7] www.pcb.ub.edu/bioeticaidret/archivos/norm/InformeBelmont.pdf · archivo de PDF

[8] Oxford University Press, 5e. ed. 2001

[9] Hottois G, Qu¨est-ceque la biothique? Edicion parcial en español www.unbosque.edu.co

to en 1983 un comité nacional permanente: el Comité Consultatif National d´ Ethique pour les sciences de la vie et de la sanité [10] Esta institucionalización de la Bioética se difunde por Europa, en principio separada de los poderes político y jurídico que agrupa expertos de diversas disciplinas que buscan mostrar el pluralismo de una sociedad democrática.

La bioética institucional genera la inclusión de hospitales universitarios, cátedras, maestrías y doctorados en bioética despertando profesiones nuevas como bioeticistas o consultores en bioética que igual actúan en nuevas instancias como los comités de ética hospitalarios, de investigación, universitarios y comités clínicos que debaten casos médicos como problemas éticos, además de los relacionados con la investigación. [11]

En 1992 se establece en Europa el Comité Director para la Bioética – CDBI- que realiza la Convención sobre Derechos Humanos y Bioética y en 1993 la UNESCO conforma un Comité Internacional de Bioética que publica en 1997 su Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.

Los año9s 90¨s marcan la mundialización de la Bioética y en consecuencia el encuentro con los problemas derivados de la globalización tales como los bienes económicos y los capitales financieros. Aunque la Bioética se preocupa en general por los seres vivientes (humanos y no humanos) también contempla intereses particulares aun cuando no como objetivo prioritario.[12]

La ciencia es hoy, a la vez, la gran amenaza y la gran esperanza de la vida humana. y la Bioética constituye el nuevo rostro de la ética científica. Hoy, los hombres hemos conseguido varios modos distintos de poner en peligro nuestra propia existencia tales como la energía atómica, la superpoblación creciente que no podrá mantenerse al actual ritmo, el agotamiento de las materias primas, la degradación de la atmósfera, de los suelos, las aguas, los ecosistemas vegetales y animales, etc. En última instancia es la propia vida la que se encuentra amenazada. Por ello la protección y defensa de la vida sobre nuestro planeta se ha convertido en un imperativo ético, que

[10] Sicard D. (ed) Travaux du Comité Cosultatif National d´Ethique, Paris, PUE, 2003

[11] Bompiani A, Bioetica edit. Ética médica nell¨Europa occidentale, Trieste, Proxima Scientiific Press, 1977

[12] Hottois G, Qu¨est-ceque la biothique? Edicion parcial en español www.unbosque.edu.co

debe regir las actuaciones tanto de los científicos como de los políticos.

En esencia este imperativo es la Bioética.[13] Según el profesor Sanchez Torres" la Bioética es una ciencia, una disciplina, una doctrina, una filosofía, un instrumento, un movimiento, un saber cuya razón de ser es la supervivencia de la especie humana sobre el planeta Tierra. Siendo así, el epicentro de la Bioética es el hombre; por lo tanto, es **antropocéntrica**. Puesto que la supervivencia del hombre depende en mucho del ambiente que lo rodea, es decir el ecosistema, por extensión la Bioética es **antropoecocéntrica**. Pugnando por la protección del ecosistema, y de todo lo que esta encierra –diversas formas de vida-, la Bioética es además **vita céntrica** y **beneficentista**."[14]

"Es disciplina académica mira al pasado y al futuro, mira la cultura tecnocientífica y a la sociedad civil, tiene que cumplir con esa misión de puente entre la cultura y la sociedad civil. Todo puente une dos lados del río, los lados del río de la vida."

Mainetti José Alberto

[13] DE LA HOZ J, Carta Quirurgica.Departamento de Cirugía. Fundación Santa Fe de Bogotá.

[14] Sanchez Torres F, *Fundamentación y misión de la bioética.Memorias* III Congreso Internacional de la RED BIOETICA UNESCO para América Latina y el Caribe 23- 26 de noviembre de 2010, Bogotá, Colombia

ESTRUCTURA DEL MODELO GENERAL DE GESTIÓN DEL RIESGO Y SU APLICACIÓN EN CIRUGÍA

Dr. William Libardo Murillo
Magistrado del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca

El riesgo es un factor inherente a la condición humana. Cualquier acción que emprendamos conlleva un riesgo de no culminar exitosamente debido a una diversidad de factores, algunos predecibles y otros no. En este sentido, el riesgo ha sido motivo de estudio en diferentes frentes de la actividad humana. En particular, debido al alto impacto que los desastres tienen en la vida y la sociedad, los científicos han trabajado en la generación de un modelo general de gestión del riesgo cuyo desarrollo conceptual ha sido tan versátil, que puede ser aplicado en diversas actividades profesionales, como seguridad industrial, operacional y navegación aérea entre otros. Este modelo cuando aplicado al ámbito médico, se constituye en referente teórico importante por la forma en que desarrolla conceptos que permiten establecer paralelos con la gestión del riesgo en la planeación quirúrgica y sus consecuencias en el ámbito jurídico. Ser consciente de la aplicación de los ciclos de gestión ayuda a que el cirujano mediante una planeación estratégica sopese el riesgo -vs- el beneficio del procedimiento a realizar, en procura de cumplir con aquello que el paciente desea o necesita para su salud.

El análisis de la gestión del riesgo se soporta en tres conceptos fundamentales que son: riesgo, amenaza y vulnerabilidad, los cuales están íntimamente interrelacionados. El *riesgo* se define como la posibilidad latente de que un peligro se materialice llegando a ocasionar daños. Es un concepto cuyo significado se construye en función de la amenaza y la vulnerabilidad, siendo directamente proporcional a estos. Lo anterior indica que entre mayor sea el producto de esos dos factores, mayor será el riesgo,

De ahí se deriva la ecuación:

Riesgo = amenaza X vulnerabilidad

En donde la *amenaza,* la constituye cualquier factor externo con potencial para provocar daños individuales, sociales, ambientales y/o económicos durante un determinado periodo de tiempo. Por su parte la *vulnerabilidad* se concibe como algo inherente a la vida, como un factor interno de inseguridad ya sea de un individuo o de una comunidad expuesta a una amenaza, en función de su predisposición a resultar afectada. O sea, es la incapacidad de resistencia ante la presencia de un fenómeno amenazante, o la dificultad para reponerse después de que ha ocurrido un hecho lesivo. La vulnerabilidad existe en la medida en que se haga o se deje de hacer algo, siendo además dependiente de diferentes factores como por ejemplo la edad y la salud del individuo.

Cuando aplicado a la cirugía, el modelo general de gestión del riesgo tiene como objetivos primordiales disminuir el contagio biológico tanto en el sentido médico paciente, como a la inversa. Intenta disminuir las probabilidades de daño al paciente e igualmente busca abolir el riesgo jurídico que se deriva de la relación prestacional. Para ello es necesario entonces activar un plan de trabajo que incluye el llamado ciclo de gestión del riesgo compuesto por:

- La *Profilaxis,* con esta se pretende disminuir la probabilidad de materialización de daños potenciales en ausencia de factores amenazantes. Esta es una definición libre dada por este autor, al no encontrar en la literatura un factor diferencial con la prevención. Igualmente tenemos la *Prevención* la cual procura los mismos objetivos de la Profilaxis, solo que esta se ejecuta ante la presencia o ante indicios de factores amenazantes. Ejemplo, una campaña de vacunación contra la polio es profiláctica cuando no hay casos reportados, pero pasa a ser preventiva cuando se hace ante la presencia de un surto de la enfermedad. Esta etapa sin embargo, no debemos verla solamente como una actuación medicamentosa, sino también como parte de la atención en salud por lo tanto aquí se circunscriben igualmente la valoración médica general y la elaboración de la historia Clínica.

- De otra parte, en la práctica médica en general, es común encontrar pacientes con patologías de base para las cuales no existe aún un tratamiento curativo. Ante estos casos el médico solo podrá activar mecanismos de

Mitigación con los cuales ya no se busca la abolición sino la disminución de la amenaza, la vulnerabilidad y sus posibles efectos. Ejemplo de ello puede ser el control de la presión arterial del paciente hipertenso que va a ser llevado a cirugía.

- Una vez satisfechas las anteriores etapas, vamos a la *Planeación* o *Preparación*, la cual se lleva a cabo antes de la ocurrencia del evento quirúrgico. Sin embargo aquí debemos tener en cuenta que la buena preparación comienza con la idoneidad académica y profesional del recurso humano. Con ello se busca reducir la posibilidad de errores originados en el actuar de las personas, disminuir al máximo tanto la pérdida de vidas, así como la materialización de daños (por ejemplo no es idóneo el equipo "anestesiólogo & cirujano general" para la realización de una cirugía refractiva, porque aunque ambos son médicos titulados, como equipo están actuando en un campo ajeno a la formación de uno de ellos, en este caso el cirujano). La comunicación clara, amplia y efectiva del grupo interviniente es crucial. Aquí se determinan entre otros, los exámenes a que haya lugar, el tipo de intervención quirúrgica, tipo de anestesia, lugar de la cirugía y se obtiene el consentimiento informado del paciente, etc.

Se colige de lógica, que después de la realización de la cirugía, el médico debe estar capacitado para responder de manera adecuada a los requerimientos que el acto quirúrgico demande. Esta fase de *Reacción* o *Respuesta*, pone a prueba el despliegue de la diligencia profesional. En ella se objetiva la disminución de los riesgos secundarios y el sufrimiento del paciente. Por ejemplo se cohíbe el sangrado, se aplica analgesia, se suministra soporte ventilatorio, se hace reposición volumétrica y se reinterviene si necesario.

Una vez el paciente ha pasado el ciclo crucial, entra en la fase de *Rehabilitación*, en la cual se pone de manifiesto el objetivo cuidado médico. En esta etapa se lleva a cabo el monitoreo de la evolución clínica buscando el restablecimiento rápido del enfermo y/o la reparación de los daños que este haya sufrido por cuenta del evento quirúrgico.

Finalmente el paciente se reintegra paulatinamente a la sociedad, continuando con sus cuidados hasta que recibe el alta definitiva de su tratamiento quirúrgico. Esto equivale a la fase de *Reconstrucción* en la gestión del riesgo.

En conclusión, la Gestión del Riesgo compone una estructura ordenada, a través de la cual se pretende manejar la inseguridad que aportan la amenaza y la vulnerabilidad, las cuales es preciso evaluar a fin de poder minimizar sus efectos desfavorables.

Aplicada a la cirugía, la implementación del ciclo de gestión del riesgo proyecta ejercer una actividad vigilante y de reacción sobre sus aspectos clínico - quirúrgicos, los cuales no obstante ser objeto constante de estudio y por tanto conocidos en el medio científico, llevan implícito un importante factor de aleatoriedad e incertidumbre y como tal, en un momento dado pueden llegar a constituirse en elemento dañino para el paciente.

EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA DEFENSA EN EL PROCESO MÉDICO DISCIPLINARIO.

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

El derecho a la defensa. Origen y características.

El derecho a la defensa para los que han sido acusados de infringir o desconocer la ley ha sido reconocido desde los tiempos más remotos, y sin remontarnos a civilizaciones muy antiguas, recordemos el pensamiento del profesor Enrique Jiménez Asenjo, que nos hace una relación de este derecho en las culturas griega y romana al sostener en relación con el mismo:

> **"III. Apuntes históricos**. Teóricamente se puede suscribir la afirmación del profesor ROSS, al decir que la función de defender al desvalido que sufre la injusticia, en la cual se condensa la finalidad del abogado, es, sin constituir profesión de tan remoto origen como, el hombre. Pero la profesión del verdadero abogado, libre en su ejercicio, no nace en la Historia hasta muy entrada la civilización. Fue Grecia la que formó de los defensores la profesión del abogado... El Areópago, Tribunal superior de Atenas, institución también revestida de poderes políticos introdujo la costumbre de admitir que los litigantes comparecieren asistidos de un orador eminente que sostenía la defensa de los enjuiciados.
>
> Al rigor primitivo de no consentir en el Tribunal otra Defensa que la del propio interesado, sustituyó, aparte la representación en juicio, la facultad de alegar hechos e interpretar leyes por otro.... La nueva forma de sostener las pretensiones del litigante se propagó desde muy pronto a las demás ciudades Helenas, y así, convertido aquel uso en costumbre de carácter general, surgieron los abogados en todos los Tribunales de Grecia.
>
> "En Roma se organiza la defensa con el procedimiento formulario. Los patricios, como patrones y conocedores del Derecho, tuvieron a su cargo la defensa de sus clientes, por lo que todavía en el Bajo Imperio continuaron llamándose los abogados patronos.....Propiamente aparecen bajo la República en el sistema formulario, al admitir a un orador en el juicio. Este era el *patronus* o *causidicus*, el abogado informante perito en el arte de la oratoria, debidamente instruido y asesorado por el verdadero *advocatus*, conocedor de la jurisprudencia y adiestrado en los resortes del foro.
>
> "Según el testimonio de Quintiliano en su *Institutioneoratoris*, los jurisconsultos dejaron de

asistir al juicio en concepto de peritos en Derecho, y los oradores llegaron a ser hombres de ley, fundiéndose entonces en una misma persona el conocimiento del Derecho y el arte de la palabra...".[1].

El derecho a la defensa dentro del proceso ha sido una de las grandes conquistas de la época moderna, porque, pese a haber sido reconocido en el más remoto pasado, posteriormente, fue negado con la implantación del sistema procesal inquisitivo en la época medieval, caracterizado en toda su intensidad en los procesos adelantados por los Santísimos Tribunales de la Inquisición, en los que todas las funciones del proceso quedaban en manos del Tribunal, y, en tales condiciones se evidencia la inexistencia del derecho a la defensa, porque igualmente debemos recordar como el proceso en su fase de instrucción era secreto, y el procesado solo tenía derecho a la "defensa" - cuando el proceso ya había sido instruido, cuando el procesado había sido sometido a tortura, y, generalmente, confesado al ser reducido a insufribles padecimientos.

En tales circunstancias, es obvio que las posibilidades defensivas eran inexistentes, se sabía de antemano que el procesado tenía su lugar garantizado en la hoguera, atizada por absurdas interpretaciones del credo cristiano, por costosas indulgencias, y criticables alianzas con el príncipe de turno; era ley de imperativo cumplimiento que si habiendo confesado bajo tortura, no ratificaba la confesión en el juicio bajo juramento, se suspendía el juicio, se lo regresaba a las inhóspitas mazmorras, para repetir nuevamente la fase de la tortura, hasta que finalmente, confesase bajo tortura y luego lo ratificara en el juicio público.

Recuérdese como Beccaria critica la tortura como un medio de investigación criminal y como reconoce como un gran adelanto de la época que en algunos países el método de la tortura solo podía repetirse en tres ocasiones, porque si el procesado confesaba bajo tortura, pero luego negaba la responsabilidad en el juicio, se le repetía el proceso de tortura, hasta un máximo de tres ocasiones, casos en los cuáles si negaba en el juicio público su responsabilidad, quedaba libre [2].

[1] Enrique Jiménez Asenjo. Nueva Enciclopedia Jurídica. pág 324 Tomo VI. F. Seix Editor. Barcelona 1.954.

[2] "Esta verdad, finalmente, ha sido conocida, aunque confusamente, de aquellos mismos que más se alejan de ella. No vale la confesión dictada durante la tortura si no se confirma con juramento después de haber cesado ésta; pero si el reo no confirma lo que allí dijo es atormentado de nuevo. Algunas naciones y algunos doctores no permiten esta infame repetición más que tres veces; otras naciones y otros doctores la dejan al arbitrio del juez; de manera que puestos dos hombres igual-

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***[3]. (Lo destacado no lo es en el texto).

Este derecho innominado que aparece en la Declaración del Buen Pueblo de Virginia, documento precursor de la Declaración de Independencia de los EE. UU, pese a no mencionarse el derecho a la defensa, enumera algunos de los elementos que la integran:

a) El derecho del acusado a conocer la causa y naturaleza de la imputación;
b) A ser careado con sus acusadores y testigos; es decir, poder interrogarlos respecto a la acusación que se le formulaba;
c) A solicitar pruebas;
d) Se consagró el derecho a no tener que testificar contra sí mismo;
e) Se estableció el principio de legalidad, según el cual nadie podría ser privado de la libertad por un hecho que no estuviera previsto previamente en la ley.

La declaración del Buen Pueblo de Virginia se constituye en la manifestación política revolucionaria, precursora de la Declaración de Independencia de los EE.UU. de América (4 de julio de 1776) y de la promulga-

---

mente inocentes, o igualmente reos, el robusto y esforzado será absuelto, y el flaco y tímido condenado en fuerza de este exacto raciocinio: Yo, juez, debía encontraros reos de tal delito; tú, vigoroso, has sabido resistir al dolor, y por esto te absuelvo; tú, débil, has cedido, y por esto te condeno. Conozco que la confesión que te he arrancado entre la violencia de los tormentos no tendría fuerza alguna; pero no te atormentaré de nuevo si no confirmas lo que has confesado. "De los delitos y las penas, Cesare Beccaria, pág 56. Alianza Editorial S. A. Madrid, 1968.

[3] Derecho Penal Internacional, Derechos Humanos, Edgar Saavedra Rojas, Carlos Gordillo Lombana, Tomo I, pág. 47, E. Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1995.

ción de la Constitución del mismo país (17 de septiembre de 1787), que se concretaría posteriormente de manera innominada en la Quinta Enmienda de la Constitución de ese país (Los derechos en las 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 persona 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***[4]. (Lo destacado no lo es en el texto).

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 expedito 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***[5]. (Lo destacado no lo es en el texto).

En la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del ciudadano, adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia, el 26 de agosto de 1789, aceptada por el Rey Luis XVI el 5 de octubre de 1789, en

[4] Derecho Penal Internacional, Derechos Humanos, Edgar Saavedra Rojas, Carlos Gordillo Lombana, Tomo I, pág. 66, E. Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1995.

[5] Derecho Penal Internacional, Derechos Humanos, Edgar Saavedra Rojas, Carlos Gordillo Lombana, Tomo I, pág. 66, E. Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1995.

ella, 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[6]. (Lo destacado no lo es en el texto).

Concepto sobre el derecho a la defensa.

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) [7].

El mismo Cabanellas de manera más concreta en referencia a la defensa en juicio nos dice:

> "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***

[6] Derecho Penal Internacional, Derechos Humanos, Edgar Saavedra Rojas, Carlos Gordillo Lombana, Tomo I, pág. 77, E. Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1995.

[7] Diccionario Enciclopédico de derecho usual. Guillermo Cabanellas, pág. 44 Tomo III. E. Heliasta Buenos Aires 1996.

> ***cuanto de los derechos propios cabe disponer mediante renuncia o abandono gratuito*** " [8]. (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, evitando de tal manera la inaceptable y salvaje justicia por propia mano. El derecho a castigar por parte del Estado es una extraordinaria garantía, que no solo permite la convivencia social, sino que evita la anomia y la anarquía.

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 y limitado, porque el Estado es un instrumento de realización creado por el hombre para su propio beneficio, porque por encima del concepto de Estado y del ejercicio de su poder, 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 las normas mínimas de convivencia social, pero como siempre ocurre, el ejercicio del poder es 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 de poder enfrentar ese poder soberano en condiciones mínimas que le garanticen en circunstancias ideales, -ante una imposible igualdad, por el poder insuperable del Estado-, 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.

[8] Diccionario....Guillermo Cabanellas.... pág. 44 Tomo III Ob. Cit.

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 creación 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 múltiples limitaciones que el mismo Estado se impone, o con las que lo grava la comunidad internacional; cuando se consagra el concepto del debido proceso, no tiene otro objeto que restringir el poder represivo del Estado para evitar el abuso del mismo, la arbitrariedad, la corrupción, y en definitiva: la dictadura; y esto con el único objetivo de salvaguardar la vida, la libertad, la honra, la integridad personal, y en fin, la garantía de la totalidad de los derechos y garantías inherentes a la infinita e invulnerable dignidad del hombre [9].

Etimológicamente del vocablo, ***Defensa,*** se ha dicho:

> "Protección, acción de defender de un ataque: latín defensa, femenino de *defensus*, participio pasivo de *defendere*, defender[10].
> Desde la perspectiva etimológica sobre el vocablo ***Defender*** se ha dicho:
> "Proteger de un peligro o de un ataque; abogar a favor de: latín: *defendere*, defender, alejar, rechazar, de apartar[11].
> " 1155. Tomado del latín *defendere*, 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*[12].

[9] Recordemos que por debido proceso debe entenderse el conjunto de "autolimitaciones constitucionales y legales que el Estado se impone así mismo, para racionalizar dentro de los marcos infranqueables de la dignidad humana, el ejercicio del *ius puniendi*, que se logra con el establecimiento de una serie de garantías mínimas, que son el escudo protector del ciudadano frente a la arbitrariedad del funcionario o la omnipotencia del Estado. Ver Constitución, Derechos Humanos y proceso penal, Edgar Saavedra Rojas, pág 61, E. Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1995

[10] Breve Diccionario etimológico de la Lengua Castellana, Guido Gómez Silva. Fondo de Cultura Económica, México, 1995.

[11] Breve Diccionario etimológico de la Lengua Castellana, Guido Gómez Silva. Fondo de Cultura Económica, México, 1995

[12] Breve Diccionario etimológico de la Lengua Castellana. Joan Corominas. E. Gredos Madrid. 1990.

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 quo cumque 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 vultsusci pereactionem***. 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 [13].

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.

13 Los principios generales del derecho. Repertorio de Reglas, máximas y aforismos jurídicos, con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Jaime M. Mans Puigarnau. Bosch E. Barcelona 1979.

> " 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. "[14].

La interpretación propuesta por el autor citado, en la que da, una referencia bélica al derecho que se estudia no es gratuita, pues para llegar a ella, parte del significado etimológico del verbo "defender" del que como ya se vio atrás, se concreta siempre en el rechazo de un ataque a uno de nuestros derechos.

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, o los inherentes a su condición de persona, particularmente la libertad de locomoción, los derechos políticos, el honor, el patrimonio y algunos otros 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, presunción que solo desaparece con una sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada.

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 la realidad es que se trata de un verdadero combate, en el que se entrecruzan los ataques y contraataques de los sujetos procesales, cada uno de los contendientes prepara sus estrategias y se arma con un poderoso arsenal probatorio, con el que aspira vencer a su

[14] Enrique Jiménez Asenjo. Nueva Enciclopedia Jurídica. pág. 320 Tomo VI. F. Seix Editor. Barcelona 1.954.

contrincante, pero los unos y los otros son discursos razonados, fundamentados normativa, técnica y científicamente, tendientes a la búsqueda de un resultado final: absolución, atenuación de la imputación o de la pena, reconocimiento de determinados beneficios, y en sentido contrario, la declaratoria de responsabilidad y la consecuente sentencia condenatoria.

El juez en cumplimiento de su deber constitucional en la búsqueda de la verdad, para poder impartir justicia de conformidad con la Carta, debe actuar imparcial e independientemente, porque nunca el juez puede inclinarse en favor o en contra, de la misma manera que no se puede dejar influenciar por el poder, por el dinero, ni siquiera por las coacciones y amenazas, sino que debe limitarse a declarar lo que de conformidad con las pruebas se encuentre demostrado; mientras que los sujetos procesales buscarán un determinado resultado, pero lo pretendido solo podrá serlo de conformidad con lo que permitan los hechos probados dentro del proceso, pero claro, que con una evidente y entendible parcialidad por 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 [15]".

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:

[15] Enrique Jiménez....Nueva Enciclopedia....pág 321 Ob. Cit.

"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." [16].

Si estamos hablando de ataque y defensa y todo ello dentro de un marco jurídico, porque necesariamente ese duelo judicial solo puede concebirse dentro del plano de la más absoluta igualdad, -teóricamente hablando, porque bien se sabe que siempre predominará el poder avasallante del Estado -, 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, entendido este 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, porque al establecerse el concepto del debido proceso, el Estado restringe su poder represivo, y cada una de las limitaciones que se impone, constituye una garantía consagrada en beneficio del ciudadano; derechos, libertades y garantías que al establecerse de manera real logran un cierto equilibrio entre el infinito poder del Estado y las débiles fuerzas 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 sean 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 equidad y la justicia, busca 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, siem-

[16] Enrique Jiménez…Nueva Enciclopedia. pág. 323 Tomo VI Ob. Cit.

pre 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.

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 ".

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 de un verdadero Estado de Derecho, porque limita su propio poder y reconoce derechos, libertades y garantías, para que el ciudadano pueda defenderse de la imputación injusta, de la arbitrariedad, del error, y de la corrupción de los servidores públicos, de las pruebas amañadas o prefabricadas, del testimonio mendaz, y de tantas otras innobles pasiones que se debaten en los procesos, particularmente en los penales.

Pero el derecho a la defensa no es patrimonio del derecho penal, porque recuérdese que el artículo 29 dispone que el debido proceso y sus garantías se aplicarán a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, y en

tales condiciones ha de garantizarse en toda clase de procesos judiciales en las diversas especialidades del derecho, al igual que en todo tipo de actuaciones y procedimientos administrativos.

Y en relación con la universalización del derecho a la defensa, en cuanto a su cobertura, los tratados sobre derechos humanos con mayor precisión y claridad extienden el derecho a la defensa a otros ámbitos jurídicos, por fuera del derecho penal y es así como el Pacto Universal de los Derechos Humanos dispone: "….en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella ***o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil***….."; y la Convención Americana de Derechos Humanos en el mismo sentido: "…en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, ***para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral o de cualquier otro carácter***……".

Incluso nos parece mucho más amplia la fórmula utilizada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuando precisa que el derecho a ser oído por un tribunal con justicia, para el establecimiento de sus derechos y obligaciones, al precisarse: "….***para la determinación de sus derechos y obligaciones,*** o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal……..".

La universalización del derecho a la defensa.

Es evidente que las críticas que se le formulan al derecho a la defensa no son de carácter esencial y tan cierto es ello que hoy universalmente se encuentra reconocida en todas las constituciones y legislaciones del mundo, porque además se cuenta en este aspecto con el apadrinamiento de las Naciones Unidas que la consagraron en la Declaración Universal de Derechos Humanos, al determinarse:

> "Art. 10. Toda persona tiene 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***. (Lo destacado no lo es en el texto).
>
> "Art. 11. 1. ***Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad***, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del hecho. -

En el Pacto Universal de Derechos Humanos, al consagrar:

"Art. 14.- 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:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella,

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviere defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el Tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4)....."

En la Convención Americana de Derechos Humanos al estipularse:

" Art. 8. ***Garantías judiciales.*** 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial.....

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor,

e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare dentro del plazo establecido por la ley;

f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos,

g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h)....."

Es indubitable que la consagración del derecho a la defensa, inicialmente se concreta para el proceso penal, pero luego se proyecta para ser ejercido en procesos extrapenales, al establecerse en el Pacto Universal de Derechos Humanos: "…en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella ***o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil***."; y en la Convención Americana de la siguiente manera: "…..en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, ***para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral o de cualquier otro carácter***. ……".

Dado el valor que la Carta Política le otorga a los tratados sobre derechos humanos y del derecho internacional humanitario, en el artículo 93, ¿se podría sostener válida y constitucionalmente que el artículo 77 de la Ley 23 de 1981, - en cuanto a que consagra un derecho a la defensa potestativo y por tanto renunciable -,¿tiene mayor valor jerárquico que los Tratados y que por tanto se debe aplicar la norma citada de la ley, y no los

tratados que nos obligan por haber sido ratificados por el Congreso de la República?.

La respuesta anticipada a nuestro interrogante es claramente negativa, porque, si el art. 29 de la Carta no consagra excepciones al derecho a la defensa en ninguna clase de procesos en los que puedan ser afectados los derechos de una persona, menos aún se podrían consagrar excepciones en un proceso sancionatorio, -*el proceso disciplinario médico lo es*-. Bajo las mismas directrices axiológicas, los Tratados de Derechos Humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, con mayor claridad establecen que el derecho defensivo no existe solo para los procesos sancionatorios, sino para cualquier proceso que ponga en peligro alguno de los derechos aceptados universalmente como inherentes a la persona.

En tales circunstancias normativas, mal podría aceptarse que una ley, preconstitucional, pudiera tener la capacidad de limitar las posibilidades defensivas en el derecho disciplinario cursado en contra de los médicos, porque, en estos casos predomina la Constitución y prevalecen las disposiciones de los tratados, sobre la norma legal de conformidad con el art. 4 de la Carta Política, que establece la supremacía de la Constitución sobre cualquier otra normatividad.

Trayectoria constitucional y jurisprudencial del derecho a la defensa en Colombia.

Entre nosotros con la aprobación de la Constitución de 1.991, se avanza positivamente en relación con el derecho a la defensa y su vigencia dentro del proceso penal, aspecto dura y permanentemente conflictivo, pues es bien sabido qué en relación a él, la controversia doctrinaria ha sido permanente y la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal de justicia, cambiante con el paso de los tiempos.

La anterior afirmación, porque es bien sabido que en la normatividad constitucional de 1886 no se mencionaba el derecho a la defensa como uno de los elementos integrantes del debido proceso, ni tampoco se hacía alusión a este trascendental concepto, razón por la cual el reconocimiento del derecho a la defensa surgió como una deducción jurisprudencial de las sentencias de constitucionalidad, y de la Sala de casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que sostuvieron que si la intención del constituyente

había sido la de consagrar el principio del debido proceso en el artículo 26 de la pasada Constitución, era claro que la defensa era un elemento inescindible del mismo, y que por tanto debía entenderse como tácitamente reconocido en el texto constitucional [17].

Pero al ser derechos o garantías de reconocimiento jurisprudencial, la aceptación del mismo y las características del derecho a la defensa fueron constantemente pendulares, y es así como en ciertas épocas se sostuvo que solo debía de ser garantizada en la etapa del juicio, pero no en la investigación preliminar, ni en la sumarial; por el contrario, en otras épocas se sostuvo que el derecho a la defensa era intemporal, universal y por tanto debía de ser reconocido en todas las etapas del proceso, incluida la fase pre procesal.

Fue realmente el constituyente de 1991, quien vino a poner el punto sobre las íes, al disponer que el derecho a la defensa debía de ser garantizado tanto en la investigación sumarial, como en la etapa del juicio, y jurisprudencialmente se reconoció que igualmente tenía que ser reconocido en la etapa de investigación preliminar.

En relación con estas manifestaciones jurisprudenciales debemos recordar particularmente la sentencia C-150 de 1993, con ponencia del H. M. Fabio Morón Díaz, la C- 049 de 1996, con ponencia del mismo magistrado, y la Sentencia C-799 del 5 de agosto de 2005, con ponencia del H. M Jaime Araujo Rentería, en las que de manera contundente y precisa se reconoce que el derecho a la defensa es intemporal, en todas las etapas del proceso, incluyéndose la etapa pre procesal de la investigación preliminar.

Tanto la doctrina, como la jurisprudencia de nuestras Cortes han reconocido que el derecho disciplinario hace parte del derecho sancionatorio, y concretamente del derecho penal, y es claro que, si ello es así, es indiscutible que todas y cada una de las garantías del debido proceso constitucional son aplicables al proceso disciplinario sin ninguna clase de restricciones.

[17] "Art. 26. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.
En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la a la restrictiva o desfavorable

El debido proceso constitucional.

El debido proceso constitucional, es el conjunto de normas constitucionales y legales, por medio de las cuales el Estado limita su poder en el ejercicio del *ius puniendi*, y de otras competencias judiciales y administrativas, por medio de las cuales se resuelven los conflictos que se presentan al interior de la Nación, todo ello como una de las más importantes manifestaciones de su soberanía interna. Cada limitación a ese poder persecutor, represivo y sancionador, reafirma el concepto de un Estado Democrático y de Derecho, con fundamento en las mismas, se consagran las libertades, derechos y garantías que salvaguardan al ciudadano del poder omnímodo del Estado, lo protegen de la corrupción y de la arbitrariedad de los funcionarios que ejercen la represión, nos alejan de la dictadura, y es el necesario precedente para poder afirmar la existencia de un verdadero Estado de Derecho.

Mediante este derecho no solo se evita el abuso del poder y la tiranía por parte del príncipe de turno, sino que se logra la regularización en la actuación de los funcionarios que ejercen la represión, esto es policías, investigadores, fiscales, jueces y carceleros; igualmente se controla la actividad de los peritos, testigos y personas que de una u otra manera participan en los procesos judiciales o administrativos, por medio de los cuales se pueden suspender o restringir el ejercicio de ciertos derechos, o se imponen cargas fiscales, responsabilidades, o incluso, la suspensión, limitación o pérdida de ciertos derechos, todo ello en la prestación del servicio público más importante que el Estado dispensa a sus súbditos: ***la administración de justicia.***

La Constitución anterior consagró en el artículo 26, cuatro garantías, que evidentemente hacen parte de lo que hoy se conoce como debido proceso al establecer:

> "Art. 26. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.
> En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la a la restrictiva o desfavorable.

De la existencia normativa de esas cuatro garantías: a) Legalidad; b) Tribunal natural competente; c) Formas propias de cada juicio; y d) Favorabilidad de las leyes en materia criminal, la Corte Suprema de Justicia, en sus decisiones extrajo dos extraordinarias conclusiones a saber:

1º) Que era evidente que el Constituyente al incluir cuatro de las garantías de naturaleza judicial, la voluntad del mismo no había sido otra que institucionalizar el concepto político-jurídico del debido proceso; y 2º) Que era evidente que no podía concebirse el concepto del debido proceso, sin la previa existencia del derecho a la defensa.

En tales circunstancias dichos derechos o garantías surgen de reflexiones jurisprudenciales de nuestro más alto tribunal de justicia de aquella época, y precisamente por haber sido reconocidas de tal manera, la jurisprudencia fue pendular y cambiante con el paso de los tiempos, porque se sostuvo que el derecho a la defensa no podía ejercerse en la etapa preliminar de los procesos, que tampoco era trascendental en la etapa de investigación, porque su verdadera importancia era en la etapa del juicio o juzgamiento; pero siendo jurisprudencia, y esta siempre es cambiante con el paso de los tiempos y de los hombres que las elaboran, en otros períodos se sostuvo que era integral e intemporal, y que por tanto debía de ser reconocida en todas las etapas del proceso, incluida la pre procesal.

Fortunosamente todas esas dubitaciones y cambios de criterio desaparecieron con la promulgación de la actual Constitución porque con claridad que no deja lugar a dudas, consagró el debido proceso con características universales, y de aplicación imperativa a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

En el artículo 29 incluyó trece de los múltiples derechos, libertades y garantías que integran o constituyen el debido proceso, entre los cuales consagró el derecho a la defensa en juicio, también de manera integral puesto que dispuso que debía de reconocerse no solo en el sumario sino también en el juicio y reconoció igualmente las dos formas clásicas de ejercerse; a) el derecho material a la defensa, ejercida por el propio imputado o sindicado y b) el derecho a la defensa técnica, ejercida mediante un apoderado, que debe ser un abogado debidamente capacitado profesionalmente para poderla ejercer.

La consagración del debido proceso se hizo de la siguiente manera:

> *"**El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*** ".

El debido proceso es un concepto político-jurídico, de naturaleza compleja, porque su mayor o menor garantismo depende del modelo de estado y de sociedad seleccionados por el Constituyente, y porque está integrado por múltiples derechos, libertades y garantías, algunos de los cuales aparecen estipulados en el artículo 29 de la Carta Política, y los restantes están diseminados a lo largo y ancho de la Constitución.

Sobre la realidad de lo que es, o debe entenderse por debido proceso, cuando en el inciso primero del artículo 29 antes transcrito se dice que el debido proceso se aplicará, se ha de aclarar que se hace referencia a todos los derechos y a cada una de las garantías que aparecen en el artículo antes citado y en otras normas constitucionales, dentro de las cuáles necesariamente deben incluirse las de los Tratados sobre Derechos Humanos, y del Derecho Internacional Humanitario.

En dicho inciso se afirma igualmente que el reconocimiento de las garantías que constituyen el debido proceso, se "*aplicará*" a toda clase de "*actuaciones judiciales y administrativas*.

Lo anterior nos indica que su reconocimiento o aplicación, no depende de la voluntad del legislador, ni mucho menos, del funcionario competente, sino que es un mandato de carácter imperativo que el Constituyente impone tanto al legislador, como a los servidores públicos, encargados de adelantar todo tipo de procedimientos judiciales o administrativos y a los ciudadanos particulares involucrados por cualquier motivo en los procesos penales.

En esta última expresión quedan comprendidos todos los procedimientos adelantados por los fiscales y jueces, de todas las competencias, puesto que, al no hacerse referencia a actuaciones penales en particular, de manera necesaria se deberá entender, que la referencia gramatical comprende la totalidad de los procedimientos judiciales, sin que importe la especialidad jurídica de los mismos.

Tenemos que reconocer de manera necesaria, que mientras existen garantías universales, tal el principio de legalidad, aplicable en todos los procedimientos judiciales y administrativos, que tienen su fundamento y existencia en este derecho; hay por el contrario, otras, que son de aplicación exclusiva del proceso penal y de todos los sistemas procesales o adminis-

trativos sancionatorios, como es el caso de la presunción de inocencia. Es por esta razón que en el inciso tercero del artículo 29 se determina: "***En materia penal, la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".***

De la misma manera la expresión "administrativas" comprende todo tipo de actuaciones sancionatorias, que se adelanten por los funcionarios a nivel nacional, departamental, municipal, en los Departamentos Administrativos, a cualquier nivel, al igual que en las empresas del Estado, en las Superintendencias y en los diversos estamentos que comprenden la Fuerza Pública.

Si lo anterior es cierto, porque claramente, desde el punto de vista gramatical así lo quiso dar a entender el Constituyente, ¿con qué fundamento nuestro juez constitucional sostiene, que el derecho a la defensa en juicio está restringido al ámbito del proceso penal? Se hace referencia a la sentencia que controló parcialmente la constitucionalidad de la ley que regula el proceso de responsabilidad fiscal [18].

Equivocada afirmación que se reitera en el siguiente párrafo, cuando vuelve y se insiste en que el derecho a la defensa técnica está circunscrito por el constituyente al proceso penal, y luego se quiere dar mayor fundamentación jurídica al error con el que se comprometió en la decisión que se comenta, justificando tal posición, al afirmar que la responsabilidad penal involucra la afectación directa de derechos fundamentales tan trascendentes como lo es la libertad de locomoción. Y no podemos menos que preguntar, ¿es que acaso el único derecho defendible por los ciudadanos es la libertad?

[18] Sentencia C-131 del 26 de febrero de 2002, por medio de la cual se ejerce control de constitucionalidad del artículo 42 de la Ley 620 de 2000, que regula el proceso de responsabilidad fiscal de los servidores públicos.

¿Y es que acaso el derecho al buen nombre[19], a la honra[20], el derecho al trabajo[21], el libre ejercicio a una profesión[22], la propiedad y el patrimonio[23], por no citar sino unos pocos de los derechos constitucionalmente consagrados, no son derechos fundamentales inherentes al ser humano y de profundas raíces constitucionales, que también deben ser defendidos? ¿No son algunos de estos derechos los afectados con la decisión disciplinaria? ¿Es que acaso en este supuesto Estado de Derecho, los ciudadanos no pueden defender estos derechos en procesos judiciales o administrativos, en los que sean cuestionados y corran el peligro de ser limitados, o incluso de perderse de manera definitiva?. ¿Acaso han reflexionado sobre la posición social y profesional del médico, una vez cumpla una sanción de suspensión en el ejercicio profesional de cinco años de duración? ¿Cuáles pueden ser sus opciones laborales, después de haber sido sancionado tan gravemente?

[19] 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).

[20] ARTICULO 21. Se garantiza el derecho a la honra. La ley señalará la forma de su protección.

[21] ARTICULO 25. El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

[22] ARTICULO 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.

[23] ARTICULO 58. Artículo modificado por el artículo 16237o. del Acto Legislativo 1º de 1999. El nuevo texto es el siguiente: Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.
La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.
El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

De conformidad con criterios tan restringidos, y alejados del pensamiento y la voluntad del Constituyente, sería obvio concluir que en ámbitos procesales diferentes al penal, como serían los procesos civiles, laborales, comerciales, fiscales, administrativos, etc., no habría derecho a la defensa, y bien se sabe que ello no corresponde a la verdad, porque sostener tal posición no solo es desconocer el contenido de la Carta Política en relación con esta garantía, sino también lo establecido al respecto en el Pacto Universal de Derechos Humanos, Ley 74 de 1968, artículo 14, y en la Convención Americana de Derechos Humanos, Ley 16 de 1972, artículo 8, como lo demostraremos a continuación:

ARTÍCULO 14.

1.- Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. ***Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial*****, establecido por la ley,** ***en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.*** La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será publica, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.…….". (Lo destacado no lo es en el texto).

ARTÍCULO 8º. ***GARANTÍAS JUDICIALES***. 1. ***Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial*****, establecido con anterioridad por la ley,** ***en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral o de cualquier otro carácter.*** ……..” (Lo destacado no lo es en el texto)

El debido proceso es un concepto político-jurídico como ya se había expresado, porque su amplitud en cuanto a garantías reconocidas, depende del modelo de Estado y de sociedad que hayan sido seleccionados por el constituyente para modelar los destinos de una Nación.

Determinados esos modelos, de conformidad con una determinada ideología, el constituyente o el legislador, dentro de su libertad de configuración normativa, reconocen los derechos, garantías y libertades que han de integrar ese concepto complejo que es el debido proceso. Entre nosotros lo integran trece garantías en el artículo 29 de la Carta y cerca de 50 más diseminados a todo lo largo y ancho de la Constitución patria.

Establecida la estructura política, y jurídica del debido proceso, debemos analizar su configuración gramatical, porque dentro de este último contexto, al establecerse en el inciso primero del artículo 29 que el debido proceso ***se aplicará*** a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, se está haciendo alusión, a que todas y cada una de las garantías que constituyen este concepto deben ser aplicadas imperativamente en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Es claro qu**é** al establecerse esta oración gramatical en el primer inciso, se indica con precisión que el debido proceso, y es obvio, todas y cada una de sus garantías, se aplicarán a todo tipo de procedimientos judiciales o administrativos, por medio de los cuales se pueda poner en peligro, por la suspensión, limitación, o la **pérdida de uno cualquiera de los derechos, libertad**es y garantías reconocidos constitucionalmente, en los tratados sobre derechos humanos, o legalmente[24]; o aquellos aceptados y reconocidos culturalmente por la Nación [25].

Donde no distingue el legislador, no le está permitido hacerlo al intérprete, de conformidad con las previsiones de la ley, y ello es entendible, porque si ello fuese posible, los intérpretes y aplicadores de la ley, se convertirían en verdaderos legisladores, al poner a decir a la ley, lo que la misma no contempla, o no dice; y si ello es así, cómo puede explicarse y admitirse que, existiendo gramaticalmente un mandato imperativo según el cual el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, el juez constitucional acuda a una enrevesada interpreta-

[24] 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.

[25] La costumbre social o la cultura imperante, puede crear derechos o reconocer otros no regulados normativamente, que igualmente tendrían que tener reconocimiento de los miembros de la comunidad y de la autoridad.
Es obvio, que debe tratarse de un reconocimiento mayoritario socialmente y que no afecte los principios éticos aceptados y dominantes en el medio.

ción constitucional para terminar concluyendo que el derecho a la defensa y otras garantías que aparecen en los incisos tercero, cuarto, y quinto, están circunscritos al ámbito del derecho penal.

Es claro qué desde la perspectiva gramatical, lo ordenado imperativamente en el primer inciso cubre la totalidad de las garantías y derechos contemplados en los otros incisos de la misma norma, y la conclusión que se comenta lleva a lo inaceptable, es decir, que las siguientes garantías que aparecen consagradas en los incisos tres a cinco, están limitadas para ser aplicadas únicamente en el ámbito del derecho penal. Se hace referencia al derecho a la defensa en otro tipo de actuaciones judiciales como las civiles, laborales, administrativas, constitucionales, comerciales, agrarias, de familia y de cualquiera otra de las especialidades del derecho, en las que no existiría este derecho, porque el mismo, de conformidad con la decisión de la que se discrepa estaría circunscrito al ámbito penal.

Si bien es cierto que el principio de favorabilidad y la presunción de inocencia, se refieren de manera específica al derecho penal, en el inciso cuarto del artículo 29, se consagran otros derechos y garantías que son de aplicación universal, esto es, en procesos y actuaciones diversos a los propiamente sancionatorios, y se hace referencia a la publicidad del proceso, el derecho a una actuación sin dilaciones injustificadas, el derecho a la contradicción probatoria, el derecho a impugnar la sentencia desfavorables y el derecho a no ser sometido a un doble juicio por los mismos hechos. De conformidad con la jurisprudencia de la que discrepamos, será que estos derechos también están circunscritos al ámbito penal?

Lo anterior aparece inaceptable dentro de la concepción de un Estado de Derecho, pero no es una afirmación que nos vincule, porque lo anterior no lo aseveramos nosotros, es una formulación de nuestro juez constitucional cuando sostiene:

> " 7. El artículo 29 constitucional consagra el derecho fundamental al debido proceso. ***En el inciso primero establece una cláusula general que extiende la cobertura de ese derecho a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas y en virtud de ella ningún ámbito de solución de controversias y de aplicación del derecho sustancial está sustraído de la obligación de observar estrictamente ese derecho fundamental***. Y en los incisos dos a cinco consagra una serie de principios que desarrollan el derecho fundamental al debido proceso entre los que se encuentran los principios de legalidad, juez natural, favorabilidad, presunción de inocencia, derecho a la defensa, derecho a la defensa técnica, a un proceso sin dilaciones injustificadas, a aportar y contradecir prueba a la la impugnación de la sentencia condenatoria, a no ser juzgado

dos veces por el mismo hecho y a la nulidad de la prueba obtenida con violación del debido proceso.

A diferencia del alcance ilimitado de la cláusula general contenida en el inciso primero, el constituyente circunscribió el alcance de algunos de los principios que integran el debido proceso. Lo hizo, por ejemplo, en el inciso segundo al referir expresamente que lo allí indicado rige en materia penal. ***Lo expuesto es relevante porque entre los contenidos del derecho al debido proceso cuya cobertura ha sido circunscrita a la materia penal se encuentra precisamente el derecho a la defensa técnica, esto es, aquella que se dinamiza con el concurso de un apoderado que concurre al proceso para defender los intereses del investigado***. Así, el artículo 29 del Texto Fundamental, después de consagrar para la materia penal el principio de favorabilidad, ***aborda varios principios y, tras la alusión al principio de presunción de inocencia, afirma que "Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él durante la investigación y el juzgamiento". Nótese cómo la asistencia de abogado durante la investigación y el juzgamiento se presta al sindicado, esto es, al sujeto pasivo de la acción penal. De igual manera, al indicar que esa asistencia debe prestarse durante la investigación y el juzgamiento, el constituyente tiene en cuenta la estructura básica del proceso penal mixto con tendencia acusatoria por él consagrado. También se advierte que la referencia constitucional al derecho de defensa técnica le imprime a la defensa el carácter de una pretensión contraria a la acusación, pretensiones éstas promovidas por partes opuestas y sujetas a la decisión de un juez superior e imparcial.*** (Lo destacado no lo es en el texto).

Obsérvese que afirma de manera rotunda, aceptando la afirmación del primer inciso del artículo 29 constitucional que las garantías del debido proceso extienden su cobertura a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, concluyendo que: " ….***ningún ámbito de solución de controversias y de aplicación del derecho sustancial está sustraído de la obligación de observar estrictamente ese derecho fundamental…..***"

Luego afirma que la cláusula del inciso primero (se aplicará) es ilimitada, pero que el constituyente ha circunscrito algunos de los principios que integran el debido proceso, y para llegar a tal conclusión, se afirma que en el inciso segundo -ha debido hacer referencia al tercero- se reconoce el principio de favorabilidad en materia penal y luego concluye que lo expuesto es relevante porque entre los contenidos del debido proceso, cuya cobertura ha sido circunscrita al derecho penal, se encuentra el derecho a la defensa técnica, para terminar concluyendo con diversas reflexiones que el derecho a la defensa técnica es estrictamente referido al ámbito del proceso penal.

Nada se dice en relación a las siguientes garantías: presunción de inocencia, el derecho a la defensa material, publicidad del proceso, proceso sin dilaciones injustificadas, el derecho de probar, el derecho de controversia probatoria, el derecho de impugnación de la sentencia condenatoria, el

derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho y el derecho a la legalidad y legitimidad de la prueba.

Y no podemos menos que preguntarnos, ¿estos derechos y garantías no mencionados están circunscritos única y exclusivamente al ámbito del derecho penal? O debería entonces precisarse que estas garantías si son universales y aplicables a otras especialidades diversas al derecho penal y si ello es así, ¿con fundamento en qué criterio interpretativo se afirma que el principio de favorabilidad y el derecho a la defensa técnica son propias y exclusivas del derecho penal, mientras que las otras si son aplicables a otras ramas distintas del derecho penal?.

Nadie desconoce que el derecho a la libertad de locomoción es un derecho trascendental, tanto como la propia vida, porque ésta, sin libertad no merece la pena de ser vivida, pero ¿es que acaso los otros derechos, igualmente trascendentales como ya lo demostramos antes, no tienen acaso la posibilidad constitucional a ser defendidos ante cualquier proceso o trámite judicial o administrativo que los ponga en peligro de ser limitados, suspendido o perdidos?

Reconociendo la excelencia y primacía valorativa del derecho a la libertad de locomoción, en qué norma nacional o internacional se dispone que los otros derechos no son defendibles con todos los recursos previstos en la Constitución y la ley de un país civilizado?

Es bien sabido la trascendental importancia que la propiedad y el patrimonio tienen en la vida de todas las personas, y podemos aceptar con las consideraciones de esta sentencia que estos derechos fundamentales, con reconocimiento constitucional y en el bloque de constitucionalidad, no pueden ser defendidos en procesos judiciales y administrativos?

Luego se afirma que fuera del derecho a la defensa, muchas de las garantías que amparan al ciudadano ante el ejercicio del poder punitivo del Estado hayan sido configuradas directamente por el constituyente, con el propósito de limitar el poder público, que históricamente se ha prestado para el desconocimiento de los atributos de la persona como tal.

Y volvemos a preguntarnos, ¿acaso derechos como la honra, la libertad de pensamiento, libertad de información, libertad de prensa, libertad

de cultos, propiedad privada, derecho a la intimidad, inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones no son suficientemente trascendentes, para limitar el poder del Estado y garantizar al ciudadano que enfrentado ante cualquier proceso o trámite administrativo o judicial, para que tenga acceso a la defensa técnica y pueda proteger cualquiera de esos derechos, de la agresión que los pone en peligro.

Pero ¿qué sucede con los otros derechos y garantías que aparecen en los incisos cuarto y quinto? Según la argumentación propuesta tendríamos que afirmar que igualmente están circunscritos al derecho penal, porque no habría razón para excluir el derecho a la defensa y al mismo tiempo afirmar, que los otros derechos si son aplicables a otras ramas del derecho.

Lo más grave es que antes de las consideraciones con las que no estamos de acuerdo, se hubiera afirmado la universalidad del debido proceso y de sus garantías cuando se aseveró:

> "Ahora bien, ***es claro que las garantías que integran el debido proceso, y entre ellas el derecho de defensa, son de estricto cumplimiento en todo tipo de actuaciones, ya sean judiciales o administrativas, pues constituyen un presupuesto para la realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico. Ello es así por cuanto la concepción del proceso como un mecanismo para la realización de la justicia, impide que algún ámbito del ordenamiento jurídico se sustraiga a su efecto vinculante pues a la conciencia jurídica de hoy le repugna la sola idea de alcanzar la justicia pervirtiendo el camino que conduce a ella***. (Lo destacado no lo es en el texto).

Pareciera que para nuestra Corte Constitucional además del grave error de interpretación gramatical del artículo 29 del Estatuto Superior, no existiera el bloque de constitucionalidad, y no entendemos cómo haya sido posible que en la interpretación del artículo demandado en su constitucionalidad no hubiera acudido al contenido del artículo 14 del Pacto Universal de los Derechos Humanos y al artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos. ¿Si se hubiese tenido en cuenta estos dos estatutos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, la decisión de la que ahora discrepamos se hubiera podido producir? ¿Es posible dentro del actual Estado de Derecho que el juez constitucional de un país pueda decir

que una norma simplemente legal se encuentra por encima de la claridad gramatical de una norma constitucional y que tiene mayor poder valorativo que las previsiones del Pacto Universal y de la Convención Americana de Derechos Humano? Es indiscutible que el legislador tiene por excelencia la capacidad reglamentaria de la Constitución y es evidente que lo no regulado por el Constituyente es campo de acción para el legislador en ejercicio de su libertad de configuración legislativa, y por ello está dentro de su competencia regular, o reglamentar el ejercicio de tales derechos, pero dentro de esa libertad no puede desconocer los derechos constitucionalmente reconocidos, ni tampoco limitarlos, suspenderlos o restringirlos, porque si ello fuera posible se estaría sustituyendo al Constituyente y haciendo desaparecer la estructura del Estado de Derecho.

Es claro que por las diversas especialidades que existen en el derecho, hay algunos que son patrimonio exclusivo del derecho penal como sucede con la presunción de inocencia; pero al mismo tiempo hay otros elementos constitutivos del debido proceso que son universales y que por tanto hacen parte de todos los debidos procesos existentes, de conformidad con las múltiples especialidades del derecho, como sucede con el principio de legalidad.

Es evidente que el derecho a la defensa surge históricamente dentro del derecho penal, pero en el lento evolucionar de la humanidad, este derecho se fue proyectando a ámbitos diversos al del derecho penal; y de la misma manera debemos reconocer que el ejercicio del derecho a la defensa es más fulgurante, teatral y llamativo en el derecho penal, pero ello no es obstáculo para que se pueda afirmar que en cualquier tipo de actuación judicial o administrativa, o incluso en ciertas actuaciones adelantadas por particulares con la autorización de la ley, como es el caso de la justicia impartida por los patrones sobre los obreros, la de los docentes sobre los discentes en el ámbito educativo, o de las organizaciones deportivas profesionales o aficionadas, sobre los partícipes de los diversos deportes existentes y organizados por medios de ligas deportivas, el derecho a la defensa debe ser garantizado a plenitud, porque se trata de un imperativo impuesto por el constituyente.

En decisiones más recientes, la Corte Constitucional ha reiterado el criterio interpretativo según el cual, el debido proceso y todas y cada una de sus garantías deben ser aplicados a toda clase de actuaciones judiciales y

administrativas, de la misma manera que ha precisado que el objetivo de este principio constitucional es el de proteger los derechos e intereses de las personas involucradas en actuaciones judiciales y administrativas. Es así como recientemente sostuvo:

> " El debido proceso es un derecho fundamental [33], que se ha definido como ***"una serie de garantías que tienen por fin sujetar las actuaciones de las autoridades judiciales y administrativas*** *a reglas específicas de orden sustantivo y procedimental,* ***con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas en ellas involucrados".***
>
> En este sentido, constituye la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los individuos, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley [35]. Por consiguiente, exige de las autoridades públicas la sujeción de sus actuaciones a los procedimientos previamente establecidos, ajenos a su propio arbitrio y destinados a preservar las garantías sustanciales y procedimentales previstas en la Constitución y en la ley.
>
> Este derecho tiene por finalidad fundamental: *"la defensa y preservación del valor material de la justicia, a través del logro de los fines esenciales del Estado, como la preservación de la convivencia social y la protección de todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades públicas (preámbulo y artículos 1° y 2° de la C.P)"* [37].
>
> A su vez el debido proceso busca *"asegurar la objetividad en la confrontación de las pretensiones jurídicas"* [38], procurando satisfacer los requerimientos y condiciones que han de cumplirse indefectiblemente para garantizar la efectividad del derecho material y la consecución de la justicia.
>
> De esta manera, la importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo, por lo cual deben respetarse los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la

prueba, y, lo más importante: el derecho mismo [40]. Al respecto, esta Corporación ha señalado:

> "*El debido proceso compendia la garantía de que todos los demás derechos reconocidos en la Carta serán rigurosamente respetados por el juez al resolver asuntos sometidos a su competencia, como única forma de asegurar la materialización de la justicia, meta última y razón de ser del ordenamiento positivo"* [41].

De esta manera, el derecho al debido proceso, además de ser un derecho, constituye uno de los pilares de nuestro Estado Social, en la medida en que opera no sólo como una garantía para las libertades ciudadanas, sino como *un contrapeso al poder del Estado* [42], -en particular al *ius puniendi*-.

En ese orden de ideas, la necesidad de racionalizar el ejercicio del poder público y privado hace necesario un proceso que garantice: **(i)** la definición de los elementos básicos que estructuran cualquier relación jurídica, señalando tanto los supuestos relevantes para reconocer una conducta como jurídicamente significativa, como los efectos (consecuencias o sanciones) que se siguen de su incumplimiento, **(ii)** la identificación de la autoridad que es el tercero imparcial competente para adoptar las decisiones relativas a los desacuerdos que surjan en la relación jurídica, **(iii)** la existencia de medios jurídicos (acciones o recursos) que se puedan emplear en los casos en los que quienes hacen parte de una determinada relación jurídica estiman necesario la intervención de un tercero (la autoridad competente) para resolver las posibles diferencias que se originan en dicha relación jurídica, **(iv)** el conocimiento por parte de todos los interesados, tanto de los elementos que estructuran la relación jurídica que se establece y sus efectos concretos, como de los remedios jurídicos de los que gozan las partes para proteger sus intereses, y, finalmente, **(v)** el efectivo ejercicio de las herramientas jurídicas con las que el interesado puede adelantar su defensa ante las autoridades o terceros [44].

Finalmente, debe destacarse que la tutela constitucional de este derecho no se dirige a proteger el riguroso seguimiento de reglas de orden simplemente legal, sino el manejo de reglas procesales para

tomar decisiones que puedan justificarse jurídicamente, es decir, hay que ver el debido proceso desde el ámbito constitucional [45].

Características

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido que el debido proceso tiene una serie de características esenciales para su interpretación constitucional:

Debe aplicarse a todo tipo de actuaciones judiciales y administrativas.

Las garantías que integran el debido proceso, y entre ellas el derecho de defensa, son de estricto cumplimiento en todo tipo de actuaciones, ya sean judiciales o administrativas, pues constituyen un presupuesto para la realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico.[46] Ello es así por cuanto la concepción del proceso como un mecanismo para la realización de la justicia, impide que algún ámbito del ordenamiento jurídico se sustraiga a su efecto vinculante pues a la conciencia jurídica de hoy le repugna la sola idea de alcanzar la justicia pervirtiendo el camino que conduce a ella:

> *"Por disposición expresa de la norma Superior citada, el debido proceso está llamado a aplicarse en todas las actuaciones judiciales y administrativas, constituyéndose de este modo en un fundamento de la legalidad dirigido a controlar las posibles arbitrariedades en que puedan incurrir las autoridades como consecuencia del ejercicio del poder del Estado, privilegiando así el respeto por los derechos y obligaciones de los ciudadanos o de quienes son parte en un proceso o en una actuación administrativa"* [48].

En todo caso, el cumplimiento de las garantías mínimas del debido proceso contempladas en la Constitución, tendrán diversos matices según el derecho de que se trate, dado que no todo derecho es de orden penal, sino que es posible encontrar *"reglas y procedimientos"* de otros órdenes como el civil, el administrativo, el policivo, el correccional, el disciplinario o el económico, entre otros, que no son comparables o asimilables directamente al ordenamiento

> penal y que comportan decisiones y sanciones de diversa categoría, matices que deberán ser contemplados en la regulación correspondiente[49].
>
> Por lo anterior, frente a la exigencia de los elementos integradores del debido proceso, esta Corporación ha precisado que es más rigurosa en determinados campos del derecho, como en materia penal, en el que la actuación puede llegar a comprometer derechos fundamentales como la libertad de la persona; mientras que en el ámbito del derecho administrativo su aplicación es más flexible, en la medida en que la naturaleza del proceso no implica necesariamente la restricción de derechos fundamentales[50].[26]

Un poco antes con mayor precisión, la misma Corporación había precisado que el debido proceso tenía como finalidad fundamental la:

> ***"……de preservar las garantías -derechos y obligaciones- de quienes se encuentran incursos en una relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una sanción".*** [27]

Obsérvese que, en sintonía con la normatividad internacional de los Derechos Humanos, se reconoce que el objetivo de esta garantía constitucional es la de preservar los derechos y obligaciones de quienes se encuentren incursos en una relación jurídica, en el que la misma pueda llegar a crear, modificar o extinguir un derecho o la imposición de una sanción.

Advertimos que en sintonía con los tratados internacionales de derechos humanos que nos obligan, porque es en ellos que se establece que el derecho al debido proceso y a la defensa no se circunscribe al derecho penal, sino que deben igualmente respetarse en actuaciones extrapenales como el derecho civil, laboral, fiscal o de cualquier otra naturaleza. No es entonces como se dice en la providencia que hemos venido criticando que el derecho a la defensa es propio y exclusivo del derecho penal, porque allí se puede privar de la libertad a las personas, sino que el derecho a la defensa es universal para buscar la preservación de cualquier derecho

[26] Sentencia C 496 15. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[27] Sentencia C 594 14. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

constitucional o legalmente consagrados puestos en peligro en actuación judicial o administrativa, o incluso para la defensa de obligaciones de cualquier naturaleza.

En un verdadero Estado de Derecho es imposible afirmar que el único derecho que puede ser defendido es el de la libertad de locomoción.

La jurisprudencia constitucional que admite un derecho a la defensa potestativa en el derecho disciplinario.

Son varias las decisiones de constitucionalidad en las que se ha admitido, contra lo dispuesto expresamente en las normas superiores que integran el bloque de constitucionalidad, que en ciertas manifestaciones del derecho disciplinario el derecho a la defensa es potestativo.

Ante la imposibilidad de analizarlas todas, hemos seleccionado la Sentencia C-131 del 26 de febrero de 2002, con ponencia del H. M. Jaime Córdoba T., en la que se resolvió la exequibilidad parcial del artículo 42 de la Ley 610 de 2000 que regula el proceso de responsabilidad fiscal, concluyéndose que en la versión que rinde el disciplinado en procesos de responsabilidad fiscal, si quiere puede designar apoderado, pero en caso de no hacerlo, no existe la obligación a designarle defensor de oficio; y que si la diligencia se realiza sin la presencia del defensor, la misma no podrá ser invalidada por esta omisión.

El artículo cuestionado parcialmente en su constitucionalidad establece:

> "ARTÍCULO 42. ***GARANTÍA DE DEFENSA DEL IMPLICADO.*** Quien tenga conocimiento de la existencia de indagación preliminar o de proceso de responsabilidad fiscal en su contra y antes de que se le formule auto de imputación de responsabilidad fiscal, podrá solicitar al correspondiente funcionario que le reciba exposición libre y espontánea, ***para cuya diligencia podrá designar un apoderado que lo asista*** y lo represente durante el proceso, y así le hará saber al implicado, ***sin que la falta de apoderado constituya causal que invalide lo actuado.***
>
> En todo caso, no podrá dictarse auto de imputación de responsabilidad fiscal si el presunto responsable no ha sido escuchado previamente dentro del proceso en exposición libre y espontánea o no está representado por un apoderado de oficio si no compareció a la diligencia o no pudo ser localizado. (Los apartes destacados fueron los demandados como contrarios al texto de la Carta).

En la parte inicial de los considerandos de esta sentencia, enumera una serie de temas, que anuncia serán analizados para tomar la decisión corres-

pondiente, y que finalmente le sirven para fundamentar el sentido del fallo, entre los que se encuentra el siguiente:

> "La inexistencia de referencias expresas del constituyente a las condiciones de ejercicio de ese derecho en el proceso de responsabilidad fiscal;

Lo anterior es una argumentación engañosa, porque es claro que el constituyente no tendría por qué hacer referencia al ejercicio del derecho a la defensa en el proceso de responsabilidad fiscal, ni en ningún otro sistema procesal disciplinario. Al fin y al cabo, la Constitución no es una codificación procesal que deba contener todas las ritualidades que deban cumplirse en los distintos procedimientos disciplinarios que actualmente existen en la normatividad nacional.

En tales condiciones es claro que la no referencia en el texto constitucional, al ejercicio del derecho a la defensa en el proceso de responsabilidad fiscal, no constituye una omisión del constituyente, sino que por el contrario hacer esta exigencia es un verdadero atentado contra la técnica constitucional, porque la problemática del ejercicio del derecho a la defensa en toda clase de procesos judiciales y trámites administrativos está resuelto en el primer inciso del artículo 29 y es imposible exigir que en el texto de la Carta se haga una referencia específica al ejercicio de la defensa en todo tipo de procesos judiciales y de trámites administrativos.

En la argumentación que reprochamos se considera:

> "***Nótese cómo, a diferencia del proceso penal, el proceso de responsabilidad fiscal no ha sido detenidamente regulado por el constituyente. Se hacen referencias generales en torno a él cuando se desarrolla el control fiscal como función pública correspondiente a la Contraloría General de la República, pero de ellas no se infiere que en la exposición libre y espontánea sea necesario, como presupuesto de validez, que el investigado esté asistido por un abogado. Es más, se le defiere a la ley la determinación de los procedimientos,*** sistemas y principios aplicables en ese ámbito. ***De esta forma, cuando se trata de un proceso de responsabilidad fiscal, el derecho a la defensa también debe ser reconocido, pero ante el silencio del constituyente, sus distintos contenidos, y entre***

> ***ellos el derecho a la defensa técnica, deben ser regulados por el legislador***. (Lo desatacado no lo es en el texto).

Es claro que dentro del poder de configuración legislativa que le compete al Congreso de la República debe regular todos los aspectos no previstos en la Carta Política, pero este derecho no faculta al legislador para limitar, restringir o desconocer derechos y garantías que tienen reconocimiento constitucional.

Esa exigencia es verdaderamente inaceptable, y no corresponde a la verdad, como se demostrará un poco más adelante, porque, al establecerse en el primer inciso del artículo 29 que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, hacía innecesario e irrelevante que se hubiera puesto a hacer un catálogo de cómo se debe ejercer el derecho a la defensa en los múltiples procesos administrativos disciplinarios que ha consagrado el legislador.

No es cierto que el proceso penal se encuentre regulado detenidamente por el Constituyente, y dentro de la técnica constitucional es imposible pretender que en la regulación que en la Carta Política se hace del funcionamiento de la Contraloría General de la República, se hubiera incluido algo relacionado con el ejercicio del derecho a la defensa en la versión que los disciplinados rinden en el proceso de responsabilidad fiscal.

Y tampoco es cierto que el constituyente hubiere guardado silencio sobre el ejercicio del derecho a la defensa en los procesos de responsabilidad fiscal, porque no de una manera individualizada, sino con propuesta general y abstracta -como son las normas constitucionales- se determinó que el debido proceso y con él el derecho a la defensa, se debe aplicar a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, y es claro que el proceso de responsabilidad fiscal es una actuación administrativa que por tanto se encuentra incluida dentro del imperativo mandato contemplado en el inciso primero del artículo 29 constitucional.

En las consideraciones de nuestro juez constitucional, en la providencia que ahora se cuestiona, se incurre en un grave error de comprensión gramatical, porque es claro que si en el inciso introductorio del artículo 29 de la Carta Política, donde se consagra el debido proceso se menciona el concepto ***debido proceso***, y se determina que el mismo ***se aplicará a toda***

clase de actuaciones judiciales y administrativas, es evidente que ha de concluirse dentro de la lógica gramatical, que si el todo, -el debido proceso-, se debe aplicar a toda clase de actuaciones adelantadas por el Estado, sin hacer distinción entre las judiciales y las administrativas, no es posible al intérprete hacer distinciones o restricciones que no han sido establecidas por el constituyente. No debe olvidarse que, en uno de los criterios interpretativos de las normas, el legislador ha establecido que cuando el texto de la norma es claro, no puede el intérprete desatender su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu[28], de la misma manera que las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras[29].

De conformidad con los anteriores parámetros interpretativos es inentendible la decisión que se critica, porque es imposible pretender que, si el constituyente con claridad gramatical impuso de manera imperativa la aplicación del debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, el intérprete y aplicador de tales preceptos, pretenda construir restricciones para la aplicación de ciertas garantías en determinados procesos disciplinarios.

No se entiende cómo en las consideraciones de la decisión que se cuestiona, al citar equivocadamente el inciso 2º, cuando en realidad ha debido referirse al inciso 3º, se afirma que al mencionarse que en materia penal ha de aplicarse el principio de favorabilidad, concluye que allí el constituyente consagró unas restricciones, en cuanto a que las garantías, derechos y libertades consagrados en los incisos 3, 4, y 5, se circunscriben al ámbito penal [30].

---

[28] Código Civil &$**ARTICULO 27.** ***INTERPRETACION GRAMATICAL.*** Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.
Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.

[29] Código Civil. &$**ARTICULO 28.** ***SIGNIFICADO DE LAS PALABRAS.*** Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

[30] 7. El artículo 29 constitucional consagra el derecho fundamental al debido proceso. En el inciso primero establece una cláusula general que extiende la cobertura de ese derecho a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas y en virtud de ella ningún ámbito de solución de controversias y de aplicación del derecho sustancial está sustraído de la obligación de observar estrictamente ese derecho fundamental. Y en los incisos dos a cinco ($_{\text{debe leerse tres a cinco}}$) consagra una serie de principios que desarrollan el derecho fundamental al debido proceso entre los que se encuentran los principios de legalidad, juez natural, favorabilidad, presunción de inocencia, derecho a la defensa, derecho a la defensa técnica, a un proceso sin dilaciones injustificadas, a aportar y contradecir prue-

De conformidad con el inciso primero, el todo, es decir el debido proceso, que como concepto es una estructura compleja conformada por múltiples

bas, a la impugnación de la sentencia condenatoria, a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho y a la nulidad de la prueba obtenida con violación del debido proceso.

A diferencia del alcance ilimitado de la cláusula general contenida en el inciso primero, el constituyente circunscribió el alcance de algunos de los principios que integran el debido proceso***. Lo hizo, por ejemplo, en el inciso segundo (***$_{\text{inciso tercero}}$***) al referir expresamente que lo allí indicado rige en materia penal. Lo expuesto es relevante porque entre los contenidos del derecho al debido proceso cuya cobertura ha sido circunscrita a la materia penal se encuentra precisamente el derecho a la defensa técnica, esto es, aquella que se dinamiza con el concurso de un apoderado que concurre al proceso para defender los intereses del investigado. Así, el artículo 29 del Texto Fundamental, después de consagrar para la materia penal el principio de favorabilidad, aborda varios principios y, tras la alusión al principio de presunción de inocencia, afirma que: "Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él durante la investigación y el juzgamiento". Nótese cómo la asistencia de abogado durante la investigación y el juzgamiento se presta al sindicado, esto es, al sujeto pasivo de la acción penal. De igual manera, al indicar que esa asistencia debe prestarse durante la investigación y el juzgamiento, el constituyente tiene en cuenta la estructura básica del proceso penal mixto con tendencia acusatoria por él consagrado. También se advierte que la referencia constitucional al derecho de defensa técnica le imprime a la defensa el carácter de una pretensión contraria a la acusación, pretensiones éstas promovidas por partes opuestas y sujetas a la decisión de un juez superior e imparcial.***

De lo dicho se infiere que la exigencia de la defensa técnica como derecho fundamental ha sido circunscrita por el constituyente al proceso penal y ello es comprensible pues la responsabilidad penal involucra la afección directa de derechos fundamentales - piénsese por ejemplo, en la privación de la libertad permitida para muchos delitos, ya como pena, ya como medida de aseguramiento -, circunstancia que conduce a que se intensifiquen al máximo las garantías contenidas en el debido proceso puesto que se trata de dotar al ciudadano de las herramientas que requiera para colocarse en una situación de equilibrio ante el ejercicio del poder más drástico de que es titular el Estado. De allí también por qué, aparte del derecho a la defensa técnica, muchas de las garantías que amparan al ciudadano ante el ejercicio del poder punitivo hayan sido configuradas directamente por el constituyente pues se alienta el propósito de limitar un poder que históricamente se ha prestado al desconocimiento de los atributos inherentes al ser humano.

De lo expuesto se deduce, entonces, que la exigencia constitucional de defensa técnica ha sido circunscrita por el constituyente al proceso penal y no se ha extendido a otro tipo de procesos como es el caso del proceso de responsabilidad fiscal. De allí que la sola invocación de la referencia constitucional al derecho a la defensa técnica contenida en el artículo 29 de la Carta no baste para acreditar la inexequibilidad de una norma que le ha asignado carácter facultativo al derecho a la defensa técnica en la diligencia de exposición libre y espontánea que se rinde en el proceso de responsabilidad fiscal.

De acuerdo con ello, el cuestionamiento que hace el actor al carácter facultativo que la norma demandada le imprime al derecho a la defensa técnica durante esa diligencia y a su consecuente validez cuando se cumple sin apoderado, es infundado pues del hecho de que en el proceso penal tal presencia no sea facultativa sino obligatoria no se sigue necesariamente que así habrá de ser también en el proceso de responsabilidad fiscal. Tan disímil es la naturaleza de la responsabilidad penal, que el constituyente ha sustraído de la competencia del legislador la regulación del derecho de defensa técnica para imprimirle directamente una obligatoriedad que no podrá ser desconocida por éste. Por el contrario, ninguna alusión expresa ha hecho en torno al ejercicio del derecho de defensa técnica en los procesos de responsabilidad fiscal y de allí por qué ese es un ámbito en el que el legislativo puede ejercer legítimamente su capacidad de configuración normativa.

derechos, garantías y libertades, se debe aplicar a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, pero resulta que como consecuencia de la extraña interpretación que a la norma le da nuestro juez constitucional, algunas de esas garantías, derechos y libertades que lo conforman quedan restringidos a ser aplicadas en el ámbito del derecho penal.

Y si aceptamos tal interpretación resulta que en el inciso cuarto de la norma que se comenta, además de unas garantías realmente propias del derecho penal, como son la presunción de inocencia. El derecho a una actuación procesal sin dilaciones injustificadas, el derecho de contradicción probatoria, el derecho de las dos instancias en relación con las sentencias, el derecho al *non bis in* ídem y el derecho a la legalidad y legitimidad de la prueba.

Con las argumentaciones que estamos en desacuerdo, ¿tendríamos entonces que concluir que estas últimas garantías también son de aplicación restringida al ámbito del derecho penal?, -y a esta inaceptable conclusión nos llevaría la lógica de la argumentación de nuestro juez constitucional-, y si se responde que no, sería esa una conclusión contradictoria, ¿por qué entonces la única garantía que no aplica al proceso disciplinario es el derecho a la defensa en el momento de rendirse la versión por parte del disciplinado?, porque para completar la incongruencia de la decisión, un poco más adelante se reconoce que el disciplinado por responsabilidad fiscal tiene derecho a múltiples manifestaciones para ejercer el derecho a la defensa en ese tipo de procesos[31].

[31] No obstante, se impone aclarar que del hecho de que la defensa técnica tenga carácter facultativo en la diligencia de exposición libre y espontánea no se sigue que ese carácter se mantenga a todo lo largo del proceso. Ello es así por cuanto en la estructura del proceso de responsabilidad fiscal existe un momento fundamental que impone la necesidad de acentuar las garantías con que cuenta el investigado para que ellas resulten proporcionales a las afecciones generadas por el compromiso de su responsabilidad. Ese momento está determinado por la emisión del auto de imputación de responsabilidad, decisión que parte de un principio de prueba que compromete al investigado y que genera la expectativa de un fallo condenatorio que puede ser altamente afectivo de sus intereses no solo patrimoniales sino también personales.
La existencia de un acto administrativo fundado en el que al investigado se le imputa responsabilidad fiscal impone que la defensa pierda el carácter facultativo que le asistía hasta ese momento y que a partir de él se torne obligatoria pues de lo contrario sería evidente la desproporción existente entre la situación jurídica generada para el investigado por la imputación formulada en su contra y las oportunidades procesales concebidas para que de una manera legítima y eficaz se oponga a esa imputación y al eventual fallo condenatorio que pueda llegar a proferirse.
De allí por qué sea necesario que a partir del auto de imputación el investigado esté asistido por un defensor pues no puede perderse de vista la complejidad que asume el proceso de responsabilidad fiscal a partir de ese momento y la consecuente necesidad de se realice el derecho a la defensa técnica como el grado más elevado del derecho a la defensa. Tal es el verdadero alcance del artículo 42 de la Ley 610 de 2000 pues de lo contrario carecería de sentido la regla de derecho consagrada en su inciso segundo.

Código Civil &$**ARTICULO 27.** ***INTERPRETACION GRAMATICAL.*** Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

---

11. Por otra parte, en el proceso de responsabilidad fiscal el derecho de defensa resulta suficientemente desarrollado de tal manera que aun prescindiendo de la defensa técnica en la diligencia de exposición libre y espontánea, el investigado cuenta con la oportunidad suficiente de defenderse de la imputación que puede llegar a formularse en su contra.
Ello es así por cuanto, al examen de la regulación legal del proceso de responsabilidad fiscal, se advierte que, aparte del carácter obligatorio de la defensa técnica tras el auto de imputación, se han configurado múltiples espacios para que, bien en la etapa de indagación preliminar o bien en el proceso, el investigado pueda ser escuchado, vinculado a la práctica probatoria y a oído sobre la evaluación de las pruebas allegadas. Igualmente, se han propiciado espacios para que las decisiones proferidas puedan ser impugnadas dentro del proceso o incluso fuera de él. Entre esas oportunidades, la Corte destaca las siguientes:
- No obstante la reserva de la actuación, el investigado tiene derecho a obtener copia de la actuación para su uso exclusivo y el ejercicio de sus derechos (Artículo 20).
- Luego de haber rendido exposición libre y espontánea, tiene derecho a pedir pruebas o a aportarlas; a exigir la motivación del auto que las niegue; a ser notificado de tal decisión y a interponer contra ella los recursos de reposición y apelación (Artículo 24).
- Tiene derecho a que se tengan como inexistentes las pruebas practicadas sin las formalidades sustanciales o con violación de derechos fundamentales (Artículo 30).
- Tiene derecho a controvertir las pruebas a partir de la exposición libre y espontánea o de la notificación del auto de apertura del proceso (Artículo 32).
- Tiene derecho a que, hasta antes del fallo, se declare la nulidad de lo actuado, entre otros motivos, por la violación del derecho de defensa (Artículo 36) y a recurrir el auto que decida la petición de nulidad (Artículo 38).
- Tiene derecho a que se le notifique la apertura del proceso de responsabilidad fiscal (Artículos 40 y 41).
- Tiene derecho a que se le escuche en exposición libre y espontánea y a que, en caso de no haber comparecido o de no haber sido localizado, se le designe apoderado de oficio (Artículo 42).
- Tiene derecho a que se le notifique el auto de imputación de responsabilidad fiscal y si tal notificación no es posible y no está asistido por apoderado, a que se le designe un apoderado de oficio (Artículo 49).
- Durante el término de traslado tiene derecho a exponer argumentos defensivos y a solicitar y presentar pruebas (Artículo 50).
- Tiene derecho a que se le notifique y a recurrir la decisión que rechace las pruebas solicitadas (Artículo 51).
- Tiene derecho a que se le notifique el fallo y a interponer contra él los recursos de reposición y apelación (Artículo 55).
Como puede advertirse, entonces, el régimen legal vigente del proceso de responsabilidad fiscal prevé amplios espacios para el ejercicio del derecho de defensa. Esos derechos existen a lo largo de todo el proceso, incluso desde la etapa de indagación preliminar y tras la ejecutoria del fallo con declaratoria de responsabilidad fiscal. Todas esas oportunidades permiten que el investigado se oponga a la pretensión que alienta la entidad de control fiscal y que lo haga bien directamente o a través de apoderado. Ese cúmulo de oportunidades hacen que todo el peso de la defensa no recaiga necesariamente en la presencia del apoderado en la diligencia de exposición libre y espontánea. O, lo que es lo mismo, que en el proceso de responsabilidad fiscal, el derecho de defensa no se agote en la presencia del apoderado en la referida diligencia pues por fuera de esa oportunidad existen muchos espacios para el ejercicio de una serie de facultades que concretizan suficientemente el derecho de defensa [7].

> Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.

Código Civil. &$**ARTICULO 28.** ***SIGNIFICADO DE LAS PALABRAS.*** Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

7. El artículo 29 constitucional consagra el derecho fundamental al debido proceso. En el inciso primero establece una cláusula general que extiende la cobertura de ese derecho a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas y en virtud de ella ningún ámbito de solución de controversias y de aplicación del derecho sustancial está sustraído de la obligación de observar estrictamente ese derecho fundamental. Y en los incisos dos a cinco consagra una serie de principios que desarrollan el derecho fundamental al debido proceso entre los que se encuentran los principios de legalidad, juez natural, favorabilidad, presunción de inocencia, derecho a la defensa, derecho a la defensa técnica, a un proceso sin dilaciones injustificadas, a aportar y contradecir pruebas, a la impugnación de la sentencia condenatoria, a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho y a la nulidad de la prueba obtenida con violación del debido proceso.

A diferencia del alcance ilimitado de la cláusula general contenida en el inciso primero, el constituyente circunscribió el alcance de algunos de los principios que integran el debido proceso. Lo hizo, por ejemplo, en el inciso segundo al referir expresamente que lo allí indicado rige en materia penal. Lo expuesto es relevante porque entre los contenidos del derecho al debido proceso cuya cobertura ha sido circunscrita a la materia penal se encuentra precisamente el derecho a la defensa técnica, esto es, aquella que se dinamiza con el concurso de un apoderado que concurre al proceso para defender los intereses del investigado. Así, el artículo 29 del Texto Fundamental, después de consagrar para la materia penal el principio de favorabilidad, aborda varios principios y, tras la alusión al principio de presunción de inocencia, afirma que: "Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él durante la investigación y el juzgamiento". Nótese cómo la asistencia de abogado durante la investigación y el juzgamiento se presta al sindicado, esto es, al sujeto

pasivo de la acción penal. De igual manera, al indicar que esa asistencia debe prestarse durante la investigación y el juzgamiento, el constituyente tiene en cuenta la estructura básica del proceso penal mixto con tendencia acusatoria por él consagrado. También se advierte que la referencia constitucional al derecho de defensa técnica le imprime a la defensa el carácter de una pretensión contraria a la acusación, pretensiones éstas promovidas por partes opuestas y sujetas a la decisión de un juez superior e imparcial.

De lo dicho se infiere que la exigencia de la defensa técnica como derecho fundamental ha sido circunscrita por el constituyente al proceso penal y ello es comprensible pues la responsabilidad penal involucra la afección directa de derechos fundamentales - piénsese por ejemplo, en la privación de la libertad permitida para muchos delitos, ya como pena, ya como medida de aseguramiento -, circunstancia que conduce a que se intensifiquen al máximo las garantías contenidas en el debido proceso puesto que se trata de dotar al ciudadano de las herramientas que requiera para colocarse en una situación de equilibrio ante el ejercicio del poder más drástico de que es titular el Estado. De allí también por qué, aparte del derecho a la defensa técnica, muchas de las garantías que amparan al ciudadano ante el ejercicio del poder punitivo hayan sido configuradas directamente por el constituyente pues se alienta el propósito de limitar un poder que históricamente se ha prestado al desconocimiento de los atributos inherentes al ser humano.

De lo expuesto se deduce, entonces, que la exigencia constitucional de defensa técnica ha sido circunscrita por el constituyente al proceso penal y no se ha extendido a otro tipo de procesos como es el caso del proceso de responsabilidad fiscal. De allí que la sola invocación de la referencia constitucional al derecho a la defensa técnica contenida en el artículo 29 de la Carta no baste para acreditar la inexequibilidad de una norma que le ha asignado carácter facultativo al derecho a la defensa técnica en la diligencia de exposición libre y espontánea que se rinde en el proceso de responsabilidad fiscal.

De acuerdo con ello, el cuestionamiento que hace el actor al carácter facultativo que la norma demandada le imprime al derecho a la defensa técnica durante esa diligencia y a su consecuente validez cuando se cumple sin apoderado, es infundado pues del hecho de que en el proceso penal tal presencia no sea facultativa sino obligatoria no se sigue necesariamente

que así habrá de ser también en el proceso de responsabilidad fiscal. Tan disímil es la naturaleza de la responsabilidad penal, que el constituyente ha sustraído de la competencia del legislador la regulación del derecho de defensa técnica para imprimirle directamente una obligatoriedad que no podrá ser desconocida por éste. Por el contrario, ninguna alusión expresa ha hecho en torno al ejercicio del derecho de defensa técnica en los procesos de responsabilidad fiscal y de allí por qué ese es un ámbito en el que el legislativo puede ejercer legítimamente su capacidad de configuración normativa.

Obsérvese entonces que pareciera que se trata de una interpretación caprichosa, porque se niega el derecho a la defensa imperativamente impuesto en el inciso primero del artículo 29 constitucional, para ejercerlo en el momento de rendir el disciplinado la versión, porque se afirma que se trata de un derecho restringido al ámbito penal que por tanto no aplica al proceso de responsabilidad fiscal de los servidores públicos, pero a continuación reconoce y acepta que a lo largo del proceso tiene múltiples ocasiones para ejercer el derecho a la defensa que en principio se le ha negado.

Nuestra interpretación gramatical del inciso primero del artículo 29 de la Constitución tiene respaldo en la propia jurisprudencia constitucional porque en reiterados fallos, ha entendido el contenido de esta norma de manera similar a nuestra propuesta interpretativa. En tal sentido se sostuvo en decisión con ponencia del H. M. Alejandro Martínez Caballero:

> "El debido proceso está consagrado en el artículo 29 de la Constitución, que en su inciso primero dice:
> "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***... (negrillas fuera de texto).
>
> Como se observa en la norma transcrita, el debido proceso tiene tres dimensiones o aristas que se relacionan con el caso *sub-júdice*: ***primero, el debido proceso se aplica tanto a las actuaciones judiciales como administrativas -como la disciplinaria-***; segundo, él implica el derecho de defensa; y tercero, comporta también el derecho a escoger un abogado por parte del inculpado. Estos tres aspectos serán analizados a continuación.

Si el debido proceso se aplica a la actuación administrativa y si la investigación disciplinaria es una actuación administrativa, forzoso es colegir que el debido proceso se aplica también a las investigaciones disciplinarias, como en el caso que nos ocupa.

Tal afirmación encuentra respaldo, además, en las normas internacionales ratificadas por Colombia sobre debido proceso en materia administrativa, las cuales rigen internamente por disposición del artículo 93 de la Carta.[1][32].

La anterior decisión sería reiterada posteriormente en la Sentencia C-555 del 3 de mayo de 2001, con ponencia del H. M. Marco Gerardo Monroy Cabra al sostener la aplicabilidad del debido proceso y de sus garantías, al derecho disciplinario sancionador, con lo que se demuestra una vez más, la correcta interpretación que proponemos del inciso primero del artículo 29 de la Carta y la errónea concepción de dicha norma por parte de nuestro juez Constitucional en el fallo que se analiza:

"El principio del debido proceso en el procedimiento administrativo disciplinario.

5. El artículo 29 de la Constitución inicia su redacción con la siguiente frase:

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

Tan perentoria afirmación no deja duda acerca de la operancia en el derecho administrativo sancionador y dentro de él en el procedimiento administrativo disciplinario, del conjunto de garantías que conforman la noción de debido proceso. Así, los principios de la presunción de inocencia, el de in dubio pro reo que emana del anterior, los derechos de contradicción y de controversia de las pruebas, el principio de imparcialidad, el principio nulla poena sine lege, la prohibición contenida en la fórmula non bis in ídem y el principio de la cosa juzgada, entre otros, deben considerarse como garantías constitucionales que presiden la potestad sancionadora de la administración y el procedimiento administrativo que se lleva a cabo para ejercerla.

[32] Sentencia C-195 del 20 de mayo de 1993, con ponencia del H. M. Alejandro Martínez Caballero.

> ***Nótese que el aparte del artículo 29 superior que se transcribió anteriormente, explícitamente dice que el debido proceso se aplicará a toda actuación administrativa, de donde se deduce que todo el trámite del proceso disciplinario, en cualquiera de sus etapas, debe permitir las garantías que se derivan de dicho principio constitucional. En tal virtud, la Corte entiende, y ha entendido [6], que los derechos de contradicción y controversia tiene vigencia desde la iniciación misma del trámite administrativo disciplinario, es decir desde la indagación preliminar pasando por la investigación disciplinaria y el juzgamiento***. (Lo destacado no lo es en el texto).

Es importante destacar una de las excusas que argumentativamente se da en la decisión cuestionada, para justificar la no presencia de un defensor en la versión libre rendida en un proceso de responsabilidad fiscal, a un servidor público a quien se le han detectado faltantes o irregularidades en el manejo del patrimonio público, se afirma que ese servidor es un técnico, que conoce toda la problemática de la contabilidad fiscal y que para explicar las razones de las deficiencias imputadas no necesita de un defensor. En tal sentido se reflexionó:

> "***Por otra parte, la responsabilidad que se debate en los procesos fiscales remite a manejos técnicos que son muy conocidos por el servidor público o el particular que ha desempeñado gestión fiscal pues ese conocimiento está ligado a las calidades requeridas para el acceso a la función pública relacionada con la gestión de bienes estatales. De allí que ese conocimiento privilegiado le permita entender la imputación de que es objeto y controvertirla para oponer sus razones a las del investigador con miras a una decisión favorable a sus intereses. Y es claro que ante tal panorama la asistencia de un apoderado en esa diligencia no se muestra como un mecanismo imprescindible para la realización del derecho de defensa***. (Lo destacado no lo es en el texto).

Con las mismas consideraciones nadie finalmente tendría derecho a la defensa, ni siquiera en el proceso penal, porque es claro que el cajero de una empresa que es acusado de un desfalco es un técnico que conoce perfectamente el manejo del oficio que realiza; ni el conductor involucrado en un homicidio en accidente de tránsito; o mejor, ni el médico, porque se

encuentra académica y científicamente preparado, para actuar en las áreas de su especialización y para explicar técnica y científicamente la razón de ser de su comportamiento profesional.

Es un concepto equivocado de las finalidades y objetivos del derecho a la defensa, porque su existencia se justifica en la necesidad que tiene toda persona cuando es atacada y el proceso es un verdadero ataque en el que se pone en peligro un derecho normativamente consagrado, que cobija a todas las personas independientemente de su formación cultural, técnica o científica, y ello se evidencia en el caso del científico más importante y preparado del mundo, que cuando es sometido a proceso por conducta que él no ha realizado, o porque efectivamente como todo ser humano se equivocó, requiere de un abogado, no para que lo asesore en asuntos de su ciencia que domina perfectamente, sino de una asesoría jurídica técnica, para defenderlo de una imputación injusta, o de una conducta que sí realizó, para tratar de justificarla, o aminorar su gravedad.

Afirmar que el funcionario público no requiere de defensor en el momento de su versión en un proceso en el que se cuestiona su conducta, es una inaceptable distorsión de lo que es el derecho a la defensa, y menos cuando esta aseveración se sustenta supuestamente porque, como se trata de un funcionario técnico en contabilidad pública, no necesita auxilio jurídico para defenderse de una imputación, respecto a la cual no está preparado para hacerlo. En referencia específica al problema que nos convoca, no podemos menos que formular una serie de interrogantes, para demostrar con ellos, la ausencia de razón suficiente, en las consideraciones que en los párrafos anteriores hemos estado criticando y que parten de la inaceptable reflexión, que como los servidores públicos son funcionarios técnicos, para dar explicación sobre los recursos manejados por ellos, no requieren de la asistencia de un abogado en el proceso de responsabilidad fiscal.

Tradicionalmente nuestra legislación ha previsto que el único caso en el que no se requiere defensor, es cuando el procesado es abogado y decide defenderse por sí mismo, pero pese a tal licencia se dispuso, que en tales casos, de todas maneras en la versión libre y en la indagatoria debía de estar acompañado por un defensor[33].

[33] ARTICULO 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.

Los hipotéticos interrogantes los formulamos en referencia a la situación del médico, que luego de haber atendido un paciente en un tratamiento determinado, o de haberle realizado una intervención quirúrgica es acusado de haber vulnerado la *lex artis,* o las reglas de la ética médica.

Es indiscutible que el médico tendrá la capacidad profesional y científica para explicar sus actos como profesional de la medicina, pero ¿será que ese conocimiento científico lo valida y habilita para saber defenderse frente al interrogatorio de un funcionario, que, como sucede de manera regular en la mayoría de los procesos penales y disciplinarios, comienza a investigar, con una clara convicción de presunta culpabilidad?

Por el natural, explicable y generalizado temor de cualquier persona al verse cuestionada penal o disciplinariamente, es claro que quien rinde este tipo de versiones se encuentra en una verdadera situación de *capitis diminutio* psicológica, que por ese solo hecho puede afectar su capacidad de raciocinio y de respuesta frente al interrogatorio a que es sometido. A continuación, formulamos unos cuántos interrogantes para demostrar que la formación técnica y científica de un médico, no es suficiente para que pueda defenderse sin el auxilio de un abogado en un interrogatorio preparado por un avezado funcionario, en el que se lo acusa de una determinada infracción disciplinaria:

> A) ¿Está el médico en capacidad jurídica para rechazar las preguntas capciosas y\o sugestivas?
>
> B) ¿Conoce el médico del derecho constitucional a guardar silencio, y las consecuencias de su utilización adecuada o no?.
>
> C) ¿Tiene el médico el conocimiento técnico-jurídico, para saber cuáles son sus derechos y garantías en la diligencia de versión, para hacerlas exigibles?
>
> D) ¿Sabe el médico que tiene el derecho a solicitar las copias de la investigación antes de rendir la versión, para saber previamente de qué se lo acusa?
>
> E) ¿Tiene el médico la capacidad para argumentar jurídicamente que no está incurso en causales de culpa, es decir, que no actuó con imprudencia, negligencia, ni falta de idoneidad profesional?. Tiene

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. El apartado subrayado fue declarado exequible por Sentencia C 152 de 2004, con ponencia del H.M. Jaime Araujo Rentería.

la capacidad para ubicar su actuación profesional en el lenguaje técnico-jurídico de la culpabilidad?

F) ¿Sabe el médico que puede aportar pruebas en dicha diligencia, o que puede solicitar la práctica de las que considere necesarias?

G) A nivel probatorio, ¿sabrá el médico que todos los medios que aporte, o los que solicite, deben llenar el requisito de la conducencia o pertinencia?

H) ¿Tiene conocimiento el médico que en la diligencia de versión puede mentir en su beneficio, sin que le quepa ninguna clase de responsabilidad, sin que tal derecho, le otorgue la facultad de vincular como responsables a terceros inocentes?

I) ¿Tiene el médico la preparación para determinar la ilegalidad o legalidad de la prueba existente en el proceso, o en relación con las que aporte?.

J) ¿Conoce por su formación profesional las causales de exclusión de responsabilidad, o las de atenuación o agravación de la conducta?

K) Uno de los objetivos de la defensa es ejercer un control a la actividad persecutora y sancionadora del Estado, el *ius puniendi*, y no podemos menos que preguntarnos, ¿tiene el médico la preparación profesional adecuada para ejercer dicho control?

L) Tiene el médico la información jurídica suficiente para poder detectar las irregularidades del proceso, para efectos de lograr a anulación del mismo?

Las respuestas a los anteriores cuestionarios constituyen verdades de Perogrullo, porque es evidente que el médico, por preparado que se encuentre en su profesión, no lo está para responder adecuadamente en un difícil interrogatorio a las preguntas que se le formulen, teniendo en cuenta tales conceptos jurídicos, para poder afirmar que se defiende adecuada y técnicamente.

Siempre se ha sostenido jurisprudencial y doctrinariamente que la indagatoria del proceso penal y la versión en el proceso disciplinario son simultáneamente medios de prueba y medios de defensa, porque es en esta diligencia en la que el Estado le informa al ciudadano de qué se lo acusa y por qué se lo está investigando. Es obvio que es en este momento que se le brinda al ciudadano la oportunidad para defenderse de esa acusación,

explicando la razón de ser de su conducta, negándola, aportando pruebas, dando justificaciones o atenuaciones a su conducta. Es aquí cuando debe responder, teniendo en cuenta los conceptos anteriores, porque los errores que cometan en esta diligencia, son insalvables a lo largo del proceso.

Es uno de los momentos trascendentales del proceso y si se equivoca en la posición de defensa que asuma en tal diligencia, es probable que tal error no pueda ser corregido en el futuro. De allí la importancia y relevancia de estar asesorado y acompañado de un defensor cualificado, que lo aconseje y le indique cuál es la posición defensiva más adecuada que debe asumir. Con la presencia del defensor en tal diligencia se garantiza la oposición a formas de interrogación prohibidas o ilegales, que no son extrañas en este tipo de diligencias, sobre todo, cuando el procesado no está acompañado por quien lo puede defender de las ilegalidades a las que con frecuencia acuden los funcionarios que las realizan.

A continuación, seguiremos transcribiendo a pie de página, algunos de los argumentos que dieron fundamento a la decisión con la que discrepamos, y vamos a analizar algunos de esas consideraciones, para demostrar sus errores, contradicciones, falacias y sobre todo el desconocimiento del claro contenido gramatical del artículo 29 de la Carta y el hecho de haberse ignorado lo regulado en los otros ordenamientos que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, en materia de derechos humanos.

Haciendo eco del contenido del primer inciso del artículo 29 de la Carta, se afirma que es claro que las garantías que integran el debido proceso, entre ellas el derecho a la defensa, son de estricto cumplimiento en todo tipo de actuaciones judiciales o administrativas.

Sostiene que la ley no excluye la presencia del apoderado en tal acto procesal, puesto que el investigado puede designar un abogado, pero luego considera, con fundamento en lo dispuesto en la norma, que de todas maneras la ausencia de apoderado en esta diligencia no da lugar a la invalidación de la misma[34].

[34] El investigado puede designar un abogado que lo asista en la diligencia de exposición libre y espontánea. Ello implica que el ejercicio de la defensa técnica en esa diligencia es facultativa pues el investigado puede elegir si designa o no un apoderado para que lo asista, pero en caso de no hacerlo el investigador no está obligado a designarle un apoderado de oficio. Adviértase que la ley no excluye al apoderado del investigado de ese acto, sino que la concurrencia de tal profesional queda supeditada a la decisión del procesado.

Pese a los esfuerzos argumentativos, resurge con claridad la contradicción de la argumentación, porque lo cierto es que se puede realizar la diligencia sin apoderado y esta ausencia no es constitutiva de nulidad. Es entonces evidente que, con la consagración de un derecho de defensa potestativo, se está vulnerando el derecho de defensa constitucionalmente consagrado, al igual que el debido proceso, porque el adelantamiento de la diligencia sin abogado defensor no invalida la misma, lo que nos indica con claridad meridiana que el derecho a la defensa no es esencial en el trámite de ese proceso disciplinario administrativo. Y lo anterior es así porque los derechos constitutivos del debido proceso son de aplicación imperativa.

Se hacen igualmente consideraciones ininteligibles y contradictorias, destacando reiteradamente que se trata de actuaciones administrativas, adelantadas por funcionarios igualmente administrativos y que la responsabilidad que se declara es esencialmente administrativa y patrimonial, porque se juzgan los incumplimientos a deberes funcionales y se conmina al responsable a la reparación del daño causado al Estado, para terminar con una afirmación contradictoria cuando sostiene que tal decisión de responsabilidad. "…..***no tiene un carácter sancionatorio, ni penal, ni administrativo, sino estrictamente resarcitorio".***

La precedente reflexión es perversa, porque como el mandato constitucional sobre la obediencia al debido proceso comprende todas las actuaciones judiciales y administrativas, pretende quitarle, - en misión imposible -, el carácter de naturaleza administrativa, que necesariamente tienen las investigaciones fiscales.

Las anteriores apreciaciones llevan al juez constitucional a concluir que el proceso de responsabilidad fiscal no tiene naturaleza jurisdiccional sino administrativa. Se sostiene que en estricto sentido el investigado no es juzgado, que no es sometido a la función jurisdiccional del Estado, sino a la función administrativa. Finalmente afirma que terminado el procedimiento podría acudir a la justicia contenciosa para cuestionar la legalidad del procedimiento. En tal sentido se expresa:

> "9. De otro lado, según el artículo 1° de la Ley 610 de 2000, ***el proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones***

Como la designación de apoderado no es obligatoria, su ausencia no conlleva la invalidación de lo actuado. Esto es, el ejercicio de la defensa técnica, como contenido del derecho a la defensa,

> ***administrativas adelantadas por las contralorías*** con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa, un daño al patrimonio del Estado. Como lo tiene establecido la jurisprudencia de esta Corporación, ***se trata de un proceso de naturaleza administrativa*** pues recae sobre la responsabilidad de servidores públicos o de particulares vinculados a la gestión fiscal y ***su conocimiento le corresponde a autoridades administrativas***; ***la responsabilidad que en él se declara es esencialmente administrativa y patrimonial*** ya que juzga el incumplimiento de deberes funcionales y conmina a la reparación del daño causado al Estado y ***no tiene un carácter sancionatorio ni penal ni administrativo sino estrictamente resarcitorio***[5].
>
> Como puede advertirse, ***el proceso de responsabilidad fiscal no tiene una naturaleza jurisdiccional sino administrativa***. Esto es, ***el investigado en estricto sentido no es juzgado, no es sometido al ejercicio de la función jurisdiccional del Estado sino a la función administrativa***. Sólo cuando la actuación de esta ha culminado, puede optar por cuestionar ante la justicia contencioso administrativa la legalidad del procedimiento a que fue sometido y de la decisión proferida [6]. Esto implica que los servidores públicos o los particulares que cumplen gestión fiscal cuentan con dos escenarios posibles para plantear sus pretensiones y que ante cada uno de ellos son titulares de unos derechos que, aunque con las matizaciones de cada caso, no pueden ser desconocidos. (Lo destacado no lo es en el texto).

Obsérvese cómo se distorsiona el contenido de la norma constitucional que se discute, porque enfatiza de manera por demás reiterada la naturaleza administrativa de la actuación, que no es jurisdiccional, que el investigado no es juzgado, que no es sancionatorio, ni penal, y contra todo lo que ha venido enfatizando, afirma igualmente que la conminación a la reparación del daño ocasionado no tiene tampoco carácter administrativo, y todo lo anterior, para terminar concluyendo que el derecho a la defensa es propio del ámbito penal y a esta especialidad está circunscrita su aplicación y ejercicio.

Se afirma que no se trata de una decisión sancionatoria, ni de naturaleza penal, en la que el investigado ni siquiera es juzgado, porque el objetivo del proceso es puramente resarcitorio, pero no tiene en cuenta algunas de las características de estos procesos, en los cuales el objeto de la responsabilidad fiscal es "el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan la función fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sobre por el Estado"[35].

Y no podemos menos que preguntarnos ¿y es que acaso estos no son algunos de los objetivos de todo proceso y particularmente del proceso penal?.

No se tiene en cuenta que el fundamento de la responsabilidad fiscal está constituido por los mismos elementos que deben confluir para determinar la responsabilidad penal, puesto que debe demostrarse la existencia de una conducta dolosa o culposa, debe haberse producido un daño patrimonial al Estado y debe haber una relación causal entre la conducta y el resultado dañino [36].

Se omite considerar que el daño económico al patrimonio del Estado, debe producirse por menoscabo, disminución, perjuicio o detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producidos como consecuencia de una conducta dolosa o culposa por una gestión antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna, y nos parece que con tales precisiones nos acercamos peligrosamente al tipo penal de peculado[37].

---

35 ARTICULO 4o. ***OBJETO DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL***. La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.
Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.
PARAGRAFO 1o. La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad.

36 ARTICULO 5o. ***ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL***. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:
- Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.
- Un daño patrimonial al Estado.
- Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

37 ARTICULO 6o. ***DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO***. <Apartes tachados INEXEQUIBLES> Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los

Se trata de un proceso que da lugar a medidas cautelares, sin que quien las decreta deba prestar caución [38].

El fallo de responsabilidad fiscal es la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable, actualizada al valor presente de la fecha del fallo[39].

La decisión con la que termina este tipo de procesos presta mérito ejecutivo contra el responsable fiscal y/o sus garantes[40].

> "&$ARTICULO 60. ***BOLETIN DE RESPONSABLES FISCALES***. La Contraloría General de la República publicará con periodicidad trimestral un boletín que contendrá los nombres de las personas naturales o jurídicas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal en firme y ejecutoriado y no hayan satisfecho la obligación contenida en él.
>
> Para efecto de lo anterior, las contralorías territoriales deberán informar a la Contraloría General de la República, en la forma y términos que esta establezca, la relación de las personas a quienes

bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías.

Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público.

[38] ARTICULO 12. ***MEDIDAS CAUTELARES***. En cualquier momento del proceso de responsabilidad fiscal se podrán decretar medidas cautelares sobre los bienes de la persona presuntamente responsable de un detrimento al patrimonio público, por un monto suficiente para amparar el pago del posible desmedro al erario, *sin que el funcionario que las ordene tenga que prestar caución*. Este último responderá por los perjuicios que se causen en el evento de haber obrado con temeridad o mala fe.

[39] ARTICULO 53. ***FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL***. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> El funcionario competente proferirá fallo con responsabilidad fiscal al presunto responsable fiscal cuando en el proceso obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación, de la individualización y actuación cuando menos con culpa ~~leve~~ del gestor fiscal y de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño ocasionado al erario, y como consecuencia se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable.

Los fallos con responsabilidad deberán determinar en forma precisa la cuantía del daño causado, actualizándolo a valor presente al momento de la decisión, según los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los períodos correspondientes.

[40] ARTICULO 58. ***MERITO EJECUTIVO***. Una vez en firme el fallo con responsabilidad fiscal, prestará mérito ejecutivo contra los responsables fiscales y sus garantes, el cual se hará efectivo a través de la jurisdicción coactiva de las Contralorías.

se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal, así como de las que hubieren acreditado el pago correspondiente, de los fallos que hubieren sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y de las revocaciones directas que hayan proferido, para incluir o retirar sus nombres del boletín, según el caso. El incumplimiento de esta obligación será causal de mala conducta.

Los representantes legales, así como los nominadores y demás funcionarios competentes, deberán abstenerse de nombrar, dar posesión o celebrar cualquier tipo de contrato con quienes aparezcan en el boletín de responsables, so pena de incurrir en causal de mala conducta, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 6245o. de la ley 190 de 1995. Para cumplir con esta obligación, en el evento de no contar con esta publicación, los servidores públicos consultarán a la Contraloría General de la República sobre la inclusión de los futuros funcionarios o contratistas en el boletín.

ARTICULO 61. ***CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL***. Cuando en un proceso de responsabilidad fiscal un contratista sea declarado responsable, las contralorías solicitarán a la autoridad administrativa correspondiente que declare la caducidad del contrato, siempre que no haya expirado el plazo para su ejecución y no se encuentre liquidado.

En estos procesos de responsabilidad fiscal son aplicables las previsiones del artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, en el que se consagran peligrosas e inconstitucionales presunciones de culpabilidad en contra de los servidores públicos involucrados en este tipo de procesos al estipularse:

"ARTÍCULO 118218. ***DETERMINACIÓN DE LA CULPABILIDAD EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL.*** El grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o la culpa grave.

"***Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con dolo cuando por los mismos hechos haya sido condenado penalmente o sancionado disciplinariamente por la comisión de un delito o una falta disciplinaria imputados a ese título***.
"***Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con culpa grave en los siguientes eventos***:

"a) Cuando se hayan elaborado pliegos de condiciones o términos de referencia en forma incompleta, ambigua o confusa, que hubieran conducido a interpretaciones o decisiones técnicas que afectaran la integridad patrimonial de la entidad contratante;

"b) Cuando haya habido una omisión injustificada del deber de efectuar comparaciones de precios, ya sea mediante estudios o consultas de las condiciones del mercado o cotejo de los ofrecimientos recibidos y se hayan aceptado sin justificación objetiva ofertas que superen los precios del mercado;

"c) Cuando se haya omitido el cumplimiento de las obligaciones propias de los contratos de interventoría o de las funciones de supervisión, tales como el adelantamiento de revisiones periódicas de obras, bienes o servicios, de manera que no se establezca la correcta ejecución del objeto contractual o el cumplimiento de las condiciones de calidad y oportunidad ofrecidas por los contratistas;

"d) Cuando se haya incumplido la obligación de asegurar los bienes de la entidad o la de hacer exigibles las pólizas o garantías frente al acaecimiento de los siniestros o el incumplimiento de los contratos;
"e) Cuando se haya efectuado el reconocimiento de salarios, prestaciones y demás emolumentos y haberes laborales con violación de las normas que rigen el ejercicio de la función pública o las relaciones laborales." (Lo destacado no lo es en el texto)

Mientras en la sentencia que se cuestiona se afirma que el funcionario ni siquiera es motivo de juzgamiento, en la norma transcrita en precedencia se establecen los parámetros para determinar la culpabilidad en este tipo de proceso y se hace, consagrando graves y peligrosas presunciones de actuar doloso y culposo.

En el Código Único Disciplinario, Ley 734 de 2002, se consagran una serie de inhabilidades para el desempeño de cargos públicos, entre las que se incluye, la de haber sido declarado responsable fiscalmente.

ARTÍCULO 38. ***OTRAS INHABILIDADES***. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:
…….
4. ***Haber sido declarado responsable fiscalmente***.
PARÁGRAFO 1o. Quien haya sido declarado responsable fiscalmente será inhábil para el ejercicio de cargos públicos y para contratar con el Estado durante los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria del fallo correspondiente. Esta inhabilidad cesará cuando la Contraloría competente declare haber recibido el pago o, si este no fuere procedente, cuando la Contraloría General de la República excluya al responsable del boletín de responsables fiscales.
Si pasados cinco años desde la ejecutoria de la providencia, quien haya sido declarado responsable fiscalmente no hubiere pagado la suma establecida en el fallo ni hubiere sido excluido del boletín de responsables fiscales, continuará siendo inhábil por cinco años si la cuantía, al momento de la declaración de responsabilidad fiscal, fuere superior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por dos años si la cuantía fuere superior a 50 sin exceder de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por un año si la cuantía fuere superior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes sin exceder de 50, y por tres meses si la cuantía fuere igual o inferior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes……..". (Lo destacado no lo es en el texto).

Como se puede ver las consecuencias de una declaratoria de responsabilidad fiscal son realmente graves, pero en la sentencia que se analiza se afirma que en estos procesos el servidor público ni siquiera es juzgado.

En la norma demandada y ahora analizada, aparece un problema igualmente grave de inconstitucionalidad y es el desconocimiento de la conformación tripartita del Estado Colombiano, cuyo poder se encuentra dividido en tres ramas autónomas que colaboran armónicamente entre sí[41], y se viola este principio estructural del Estado de Derecho Colombiano, porque se acude a una especie de tarifa de las causales de nulidad, y se establece que la ausencia de defensor no es causal de invalidez de la diligencia. Se trata de una clara e inconstitucionalidad intromisión del legislativo sobre asuntos de competencia de los jueces, resolviendo anticipadamente que en ese tipo de eventos no habrá causal de nulidad.

Es el juez, quien luego de conocer los hechos, y los medios de prueba que los demuestran, con fundamento en la Constitución y los tratados sobre derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad y en las normas procesales, es el que debe determinar en cada caso si una determinada irregularidad procesal es constitutiva de nulidad y por tanto puede llegar a invalidar parcial o totalmente un proceso. El legislador no puede interferir esta función que es exclusiva de los jueces.

Es entonces el legislador, quien de manera general, abstracta y anticipada resuelve por medio de una norma legal que el desconocimiento del derecho a la defensa y la violación del principio constitucional del debido proceso no constituyen causal de nulidad. Es un peligroso precedente, porque por esa vía se termina desconociendo la figura del juez natural independiente, y porque finalmente se ignora la estructura tripartita del Estado de Derecho y el legislador se inmiscuye peligrosamente en la labor judicial, desconociéndose la autonomía de los jueces.

Es claro que cuando normativamente el legislador establece que pese a la ausencia del derecho a la defensa en un proceso de responsabilidad fiscal no habrá lugar a la declaratoria de nulidad, está asumiendo funciones propias de la judicatura y se abre la peligrosa compuerta, por medio de la cual el legislador en un futuro podría cercenar de un solo tajo algunas o la totalidad de las funciones de los jueces, porque en el día de mañana podrá afectar la autonomía de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de

[41] ARTICULO 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.
Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

Justicia o del Consejo de Estado, y es obvio que en ese momento habrá desaparecido el Estado de Derecho y se habrá instaurado la dictadura.

Recordamos algunas otras decisiones en las que se ha reiterado que el procesado en el proceso disciplinario, no siempre debe estar representado por un defensor y entre ellas se encuentra la Sentencia C-328 del 29 de abril del 2003, con ponencia del H. M. Manuel José Cepeda E., en la que se sostuvo:

> **"4. Análisis del inciso 1º del artículo 165 de la Ley 734 de 2002. El derecho fundamental a la defensa técnica en el campo del derecho disciplinario no exige que el procesado siempre deba estar representado por un apoderado.**
>
> Pasa la Corte a estudiar la constitucionalidad de la expresión "si lo tuviere" contenida en el inciso 1º del artículo 165 del Código Disciplinario Único, a la luz del siguiente problema jurídico: ¿Es contrario al debido proceso, específicamente al derecho a la defensa técnica, que la ley prevea situaciones en las cuales un servidor público procesado disciplinariamente no sea representado por un abogado?
>
> Para resolver esta cuestión es necesario determinar si cuando el artículo 29 de la Constitución dijo que "quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio" estableció una garantía que se ha de extender obligatoriamente a ámbitos diferentes al penal. La jurisprudencia constitucional ya se ha pronunciado acerca del problema planteado. La exigencia constitucional de la defensa técnica ha sido circunscrita al proceso penal y no se tiene siempre que extender a otro tipo de procesos, aunque el legislador puede en ejercicio de su potestad de configuración extenderla. Es así como en la sentencia C-131 de 2002 [30] la Corte resolvió declarar exequible una expresión del artículo 42 de la Ley 610 de 2000 que establecía que la defensa técnica del implicado en un proceso de responsabilidad fiscal era facultativa. [31] En esta sentencia, la Corporación consideró que el artículo 29 de la Constitución no ordena la defensa técnica en procesos que no son de naturaleza penal. …….

> En otra sentencia, la Corte Constitucional abordó indirectamente esta misma cuestión cuando declaró exequible una norma que decía que el procesado disciplinariamente podría designar un apoderado "si lo estima necesario". De dicho fallo se deduce que el derecho a la defensa técnica no está constitucionalmente ordenado en el campo del derecho sancionatorio disciplinario. Sentencia C-280 96. M. P. Alejandro Martínez C.
>
> Subraya la Corte que la ley vigente establece que el disciplinado tiene derecho a escoger un apoderado y si solicita su designación deberá hacerse. También prohíbe que el disciplinado sea investigado y juzgado en ausencia, sin la representación de un apoderado judicial o defensor de oficio.
>
> ……..
>
> Por lo tanto, no es contrario al artículo 29 de la Constitución que la ley deje a la libre determinación del sujeto disciplinado si desea o no ser representado por un abogado. Así, el enunciado acusado será declarado exequible.

Con anterioridad al fallo antes analizado, la Corte Constitucional en algunos de sus fallos había hecho la distinción entre el ejercicio del derecho a la defensa en el proceso penal y en el proceso disciplinario, y es así que en la Sentencia C-597 del 6 de noviembre de 1996, con ponencia de Alejandro Martínez C.

Inicialmente se asevera que el debido proceso se aplica a todas las actividades punitivas ejercidas por el Estado, pero a renglón seguido afirma, que sus garantías se ejercen con menos rigor en el derecho disciplinario. En tal sentido se sostiene:

> "11- La Corte no encuentra entonces ninguna objeción a que la ley prevea sanciones para aquellos contadores, revisores y auditores que incurran en conductas susceptibles de afectar el buen recaudo tributario pues ellas encuentran fundamento en el derecho sancionador tributario y en el control de las profesiones, que posibilita la existencia de sanciones que derivan de lo que esta Corporación ha denominado procesos disciplinarios ético profesionales [13]. ***Sin embargo, ello no quiere decir que esa potestad sancionadora no tenga límites, pues en múltiples oportunidades esta Corporación ha establecido que los principios del derecho penal -como forma***

paradigmática de control de la potestad punitiva- se aplican, con ciertos matices, a todas las formas de actividad sancionadora del Estado. Así, por ejemplo, la Corte ha señalado que el derecho disciplinario es una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual los principios del derecho penal se le aplican, mutatis mutandi [14], pues las garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se consagran para proteger los derechos fundamentales del individuo y para controlar la potestad sancionadora del Estado, por lo cual operan, con algunos matices, siempre que el Estado ejerza una función punitiva. Por ello la Constitución es clara en señalar que el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Ahora bien, lo anterior no significa que los principios del derecho penal se aplican exactamente de la misma forma en todos los ámbitos en donde se manifiesta el poder sancionador del Estado, ya que entre el derecho penal y los otros derechos sancionadores existen diferencias que no pueden ser desestimadas. Así, el derecho penal no sólo afecta un derecho tan fundamental como la libertad, sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, por lo cual es natural que en ese campo se apliquen con máximo rigor las garantías del debido proceso. En cambio, otros derechos sancionadores no sólo no afectan la libertad física, pues se imponen otro tipo de sanciones, sino que además sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial -como los servidores públicos- o a profesionales que tienen determinados deberes especiales, como médicos, abogados o contadores. En estos casos, la Corte ha reconocido que los principios del debido proceso se siguen aplicando pero pueden operar con una cierta flexibilidad en relación con el derecho penal. Así, al distinguir el derecho penal y el derecho disciplinario, dijo con claridad esta Corporación:

"Es cierto que existen elementos comunes entre el procedimiento penal y el procedimiento disciplinario en lo que tiene que ver con la definición y determinación de una conducta prohibida por la ley (tipicidad), en cuanto a la responsabilidad imputable al sindicado, y a la existencia de un procedimiento que asegure el debido proceso en la investigación y juzgamiento de las conduc-

tas ilícitas y la medición de las sanciones; no es menos cierto que de lo anterior no puede concluirse que se trata de unos mismos procedimientos, pues los fines perseguidos, la naturaleza de las faltas en general, y las sanciones por sus particulares contenidos, difieren unos de otros.

La prohibición legal de la conducta delictiva tiene por fin la defensa de la sociedad, mientras que las faltas disciplinarias buscan proteger el desempeño del servidor público, con miras al cumplimiento de la función pública.

La prohibición de la conducta delictiva involucra un conjunto de patrones que establecen una precisión tipológica en las que se describen de manera detallada los elementos conformantes del tipo, de manera que, sujeto activo, conducta, intención, sujeto pasivo y circunstancias llevan en el procedimiento penal a una exhaustiva delimitación legal de las conductas; mientras que en la definición de las faltas disciplinarias, entran en juego, elementos propios de la función pública que interesan por sobre todo a contenidos político-institucionales, que sitúan al superior jerárquico en condiciones de evaluar con mayor flexibilidad, y de acuerdo con criterios que permiten un más amplio margen de apreciación, tal como lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano competente para interpretar y aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos [15].[42]

Ahora bien, lo anterior no significa que los principios del derecho penal se aplican exactamente de la misma forma en todos los ámbitos en donde se manifiesta el poder sancionador del Estado, ya que entre el derecho penal y los otros derechos sancionadores existen diferencias que no pueden ser desestimadas. Así, el derecho penal no sólo afecta un derecho tan fundamental como la libertad, sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, por lo cual es natural que en ese campo se apliquen con máximo rigor las garantías del debido proceso. En cambio, otros derechos sancionadores no sólo no afectan la libertad física, pues se imponen otro tipo de sanciones, sino que además sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción

[42] Sentencia C-597 del 6 de nov de 1996. Alejandro Martínez C.

especial -como los servidores públicos- o a profesionales que tienen determinados deberes especiales, como médicos, abogados o contadores. En estos casos, la Corte ha reconocido que los principios del debido proceso se siguen aplicando pero pueden operar con una cierta flexibilidad en relación con el derecho penal. Así, al distinguir el derecho penal y el derecho disciplinario, dijo con claridad esta Corporación:

> "Es cierto que existen elementos comunes entre el procedimiento penal y el procedimiento disciplinario en lo que tiene que ver con la definición y determinación de una conducta prohibida por la ley (tipicidad), en cuanto a la responsabilidad imputable al sindicado, y a la existencia de un procedimiento que asegure el debido proceso en la investigación y juzgamiento de las conductas ilícitas y la medición de las sanciones; no es menos cierto que de lo anterior no puede concluirse que se trata de unos mismos procedimientos, pues los fines perseguidos, la naturaleza de las faltas en general, y las sanciones por sus particulares contenidos, difieren unos de otros.
>
> La prohibición legal de la conducta delictiva tiene por fin la defensa de la sociedad, mientras que las faltas disciplinarias buscan proteger el desempeño del servidor público, con miras al cumplimiento de la función pública.
>
> *La prohibición de la conducta delictiva involucra un conjunto de patrones que establecen una precisión tipológica en las que se describen de manera detallada los elementos conformantes del tipo, de manera que, sujeto activo, conducta, intención, sujeto pasivo y circunstancias llevan en el procedimiento penal a una exhaustiva delimitación legal de las conductas; mientras que en la definición de las faltas disciplinarias, entran en juego, elementos propios de la función pública que interesan por sobre todo a contenidos político-institucionales, que sitúan al superior jerárquico en condiciones de evaluar con mayor flexibilidad, y de acuerdo con criterios que permiten un más amplio margen de apreciación, tal como lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano competente para interpretar y aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos* [15].[43]

[43] Sentencia C-597 del 6 de nov de 1996. Alejandro Martínez C.

En Sentencia C-948 del 6 de noviembre del 2002, con ponencia del H.M. Álvaro Tafur G., se sostuvo la existencia del debido proceso en todos los ordenamientos sancionatorios, pero con diferencias en el reconocimiento de las garantías que lo integran en el ámbito disciplinario. En tal sentido se expresó:

> *"4.2.1.2 La especificidad del derecho disciplinario*
>
> De conformidad con la jurisprudencia constitucional, los principios del derecho penal -como forma paradigmática de control de la potestad punitiva- se aplican, a todas las formas de actividad sancionadora del Estado [39]. Sin embargo, en los otros ámbitos distintos al derecho penal dicha aplicación ha de considerar como lo ha señalado reiteradamente la Corporación, sus particularidades (C.P., art. 29) [40].
>
> Dicha especificidad en lo que tiene que ver con el derecho disciplinario ha sido objeto de consideración por esta Corporación en numerosas ocasiones [41], en las que se ha referido particularmente a tres aspectos que, por lo demás, revisten especial importancia para el examen de los cargos planteados por el actor, ello son (i) la imposibilidad de transportar integralmente los principios del derecho penal al derecho disciplinario, (ii) el incumplimiento de los deberes funcionales como fundamento de la responsabilidad disciplinaria y (iii) la vigencia en el derecho disciplinario del sistema de sanción de las faltas disciplinarias denominado de los números abiertos, o *numerus apertus*, por oposición al sistema de números cerrados o *clausus* del derecho penal.
>
> Al respecto cabe recordar en efecto que esta Corporación en relación con la imposibilidad de asimilar integralmente los principios del derecho penal al derecho disciplinario ha señalado que:
>
> *"La no total aplicabilidad de las garantías del derecho penal al campo administrativo obedece a que mientras en el primero se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la potestad sancionatoria de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones*

justifica la aplicación restringida de estas garantías - quedando a salvo su núcleo esencial - en función de la importancia del interés público amenazado o desconocido."[42]

Y en otra ocasión, la Corte expresó:

"Sea lo primero señalar que, el ejercicio del derecho del Estado a sancionar (ius puniendi) las faltas disciplinarias que cometan sus servidores para prevenir conductas contrarias al cumplimiento recto del servicio público y leal de la función pública, lesivas de los bienes jurídicos protegidos con ellas, debe estar revestido de todas las garantías de orden sustantivo y procesal, consagradas constitucional y legalmente para los regímenes sancionatorios, particularmente, en lo que hace al derecho penal [43]*, en la medida en que ambos participan de elementos comunes. Sin embargo, la remisión a los institutos de ese derecho sólo es viable en el evento de una inexistencia de regulación específica y suficiente, habida cuenta que el derecho disciplinario constituye una disciplina autónoma e independiente de orden jurídico* [44]*."*[45]

Dicha autonomía a que alude la jurisprudencia citada parte del hecho de que los objetivos perseguidos por la ley disciplinaria son claramente distintos a los que pretende el régimen penal.

La ley disciplinaria tiene como finalidad específica la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los afecten o pongan en peligro.

Cabe recordar en ese sentido que constituye elemento básico de la organización estatal y de la realización efectiva de los fines esenciales del Estado social de derecho, la potestad del mismo de desplegar un control disciplinario sobre sus servidores, dada la especial sujeción de éstos al Estado, en razón de la relación jurídica surgida por la atribución de una función pública; de manera que, el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades se efectúe dentro de una ética del servicio público y con sujeción a los principios de moralidad, eficacia y eficiencia que caracterizan la actuación administrativa y el cabal desarrollo de la función pública.

En el cumplimiento de esos cometidos estatales y durante el ejercicio de las correspondientes funciones o cargos públicos, los servidores públicos no pueden distanciarse del objetivo principal para el cual fueron instituidos, como es el de servir al Estado y a la comunidad en la forma establecida en la Constitución, la ley y el reglamento; por lo tanto, pueden verse sometidos a una responsabilidad pública de índole disciplinaria, cuando en su desempeño vulneran el ordenamiento superior y legal vigente, así como por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (C.P., arts. 6o. y 123) [46].

En ese contexto la Corte ha precisado que el derecho disciplinario pretende garantizar "la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo" [47]; cometido éste que se vincula de manera íntima al artículo 209 de la Carta Política porque sin un sistema punitivo dirigido a sancionar la conducta de los servidores públicos, resultaría imposible al Estado garantizar que la Administración Pública cumpliese los principios de "igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad" a que hace referencia la norma constitucional.

La Corte ha precisado igualmente que en materia disciplinaria, la ley debe orientarse a asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales que le asisten al servidor público o al particular que cumple funciones públicas pues las faltas le interesan al derecho disciplinario en cuanto interfieran tales funciones [48]. De allí que el derecho disciplinario valore la inobservancia de normas positivas en cuanto ella implique el quebrantamiento del deber funcional, esto es, el desconocimiento de la función social que le incumbe al servidor público o al particular que cumple funciones públicas [49].

En este sentido también ha dicho la Corte que, si los presupuestos de una correcta administración pública son la diligencia, el cuidado y la corrección en el desempeño de las funciones asignadas a los servidores del Estado, la consecuencia jurídica de tal principio no podría ser otra que la necesidad de castigo de las conductas que

atentan contra tales presupuestos, conductas que - por contrapartida lógica- son entre otras, la negligencia, la imprudencia, la falta de cuidado y la impericia. En términos generales, la infracción a un deber de cuidado o diligencia [50].

De otra parte, cabe recordar que la jurisprudencia ha señalado que el régimen disciplinario se caracteriza, a diferencia del penal, porque las conductas constitutivas de falta disciplinaria están consignadas en *tipos abiertos*, ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas a las autoridades o de los actos antijurídicos de los servidores públicos.

Ha dicho la Corte:

"(..) es de anotar como peculiaridad propia del derecho disciplinario, la posibilidad de que las conductas constitutivas de faltas disciplinarias se encuadren en la forma de tipos abiertos. A diferencia de la materia penal, en donde la descripción de los hechos punibles es detallada, en la disciplinaria el fallador cuenta con un mayor margen de valoración e individualización de las faltas sancionables por la diversidad de comportamientos que pugnan contra los propósitos de la función pública y del régimen disciplinario, por las razones que a continuación se señalan:

'La prohibición de la conducta delictiva involucra un conjunto de patrones que establecen una precisión tipológica en la que se describen de manera detallada los elementos conformantes del tipo, de manera que, sujeto activo, conducta, intención, sujeto pasivo y circunstancias llevan en el procedimiento penal a una exhaustiva delimitación legal de las conductas; mientras que en la definición de las faltas disciplinarias, entran en juego, elementos propios de la función pública que interesan por sobre todo a contenidos político-institucionales, que sitúan al superior jerárquico en condiciones de evaluar con mayor flexibilidad, y de acuerdo con criterios que permiten un más amplio margen de apreciación, tal como lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano competente para interpretar y aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos.
Las sanciones penales se dirigen, de manera general, a la privación de la libertad física y a la reinserción del delincuente a la vida social, al paso que las sanciones disciplinarias tienen que ver con el servicio, con llamados de atención, suspensiones o separación del servicio; lo que impone al acto sancionatorio un carácter independiente, de donde surge el aceptado principio, de que la sanción disciplinaria se impone sin perjuicio de los efectos penales que puedan deducirse de los hechos que la originaron'[51]*."*[52].

De las consideraciones anteriores se desprende entonces que las normas disciplinarias tienen un complemento normativo compuesto por disposiciones que contienen prohibiciones, mandatos y deberes, al cual debe remitirse el operador disciplinario para imponer las sanciones correspondientes, circunstancia que sin vulnerar los derechos de los procesados [53] permite una mayor adaptación del

> derecho disciplinario a sus objetivos. Así mismo cabe concluir que la infracción disciplinaria siempre supone la existencia de un deber cuyo olvido, incumplimiento o desconocimiento genera la respuesta represiva del Estado y que dado que el propósito último del régimen disciplinario es la protección de la correcta marcha de la Administración pública, es necesario garantizar de manera efectiva la observancia juiciosa de los deberes de servicio asignados a los funcionarios del Estado mediante la sanción de cualquier omisión o extralimitación en su cumplimiento, por lo que la negligencia, la imprudencia, la falta de cuidado y la impericia pueden ser sancionados en este campo en cuanto impliquen la vulneración de los deberes funcionales de quienes cumplen funciones públicas.
>
> Con base en las anteriores precisiones la Corte procede a efectuar el examen de los cargos planteados por el actor en relación con los artículos enunciados en el presente acápite de esta Sentencia [44].

Es importante destacar que en ninguna de las decisiones en que se sostuvo la tesis de un derecho a la defensa más laxo en el derecho disciplinario que en el penal, se realizó la confrontación de las normas legales bajo control de constitucionalidad, con el texto de los tratados sobre derechos humanos que ha sido ratificados por la República.

En tales circunstancias igualmente podemos predicar de dichos fallos no constituyen cosa juzgada constitucional y tenemos la certidumbre que, si se hubiese cumplido con la norma que regula el proceso de control constitucional, la decisión hubiera sido completamente diferente a la que se produjo, es decir, que el derecho a la defensa se encuentra igualmente garantizado en todo tipo de procesos disciplinarios.

La jurisprudencia constitucional que sostiene la imperatividad del derecho a la defensa en los procesos disciplinarios.

La posición jurisprudencial de la Corte Constitucional ha sido pendular, porque contra lo sostenido en las providencias que con anterioridad se han comentado, en otras, como algunas que a continuación se sintetizan, se ha planteado que el derecho al debido proceso y todas y cada una de sus garantías debe ser garantizado en el proceso disciplinario.

[44] Sentencia C-948 del 6 de noviembre del 2002, con ponencia del H.M. Álvaro Tafur G.

Se hace referencia, entre otras a la sentencia C-195 del 20 de mayo de 1993, con ponencia del H. M. Alejandro Martínez Caballero en la que se sostuvo que la dignidad humana es el valor que genera el reconocimiento efectivo de los derechos y garantías fundamentales consagrados en la Carta Política, y que en tales circunstancias, haciendo una adecuada interpretación del inciso primero del artículo 29 de la Constitución se concluye acertadamente que el debido proceso y todas y cada una de sus garantías, entre ellas el derecho a la defensa, deberán ser garantizados en todo tipo de procesos judiciales y en las actuaciones administrativas. En tal sentido se asevera:

> "La Constitución Política define a Colombia en su artículo 1º como un Estado Social de Derecho, uno de cuyos presupuestos es el logro de la dignidad del hombre.
>
> Se trata pues de una Carta humanista, personalista, fundada en unos valores y principios materiales que irradian todo el ordenamiento jurídico.
>
> ***La dignidad humana es el valor que genera el reconocimiento efectivo de los derechos y garantías fundamentales que reconoce la Carta. Dichos derechos y garantías son inalienables, inherentes y esenciales al hombre***.
>
> Es en este marco axiológico en el que debe inscribirse la solución al caso que nos ocupa.
>
> Así pues, a continuación, se analizarán el debido proceso y el libre desarrollo de la personalidad, como las disposiciones que han sido desconocidas en algunos apartes de las normas acusadas.
>
> El debido proceso está consagrado en el artículo 29 de la Constitución, que en su inciso primero dice:
>
> "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***... (negrillas fuera de texto).
>
> Como se observa en la norma transcrita, el debido proceso tiene tres dimensiones o aristas que se relacionan con el caso *sub-júdice*:

primero, el debido proceso se aplica tanto a las actuaciones judiciales como administrativas -como la disciplinaria-; segundo, él implica el derecho de defensa; y tercero, comporta también el derecho a escoger un abogado por parte del inculpado. Estos tres aspectos serán analizados a continuación.

Si el debido proceso se aplica a la actuación administrativa y si la investigación disciplinaria es una actuación administrativa, forzoso es colegir que el debido proceso se aplica también a las investigaciones disciplinarias, como en el caso que nos ocupa.

Tal afirmación encuentra respaldo, además, en las normas internacionales ratificadas por Colombia sobre debido proceso en materia administrativa, las cuales rigen internamente por disposición del artículo 93 de la Carta. [1].

La potestad disciplinaria consiste, según Parada Vázquez, citado por Sáinz Cantero [2], en la facultad de "imponer sanciones a los sujetos vinculados a la Administración por especiales deberes y relaciones jurídicas (funcionarios y contratistas, etc.), tratando con ello de tutelar su propia organización y orden internos (las sanciones incluidas en el reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios públicos, reglamento de disciplina académica, etc.)".

El proceso disciplinario es un proceso administrativo, como quiera que lo impone la administración, internamente, por autorización de la ley.

En este sentido, no se puede más que concluir que en el proceso disciplinario, la persona sujeta a éste goza de todos los derechos y garantías del derecho penal y entre estos se encuentra el derecho a la defensa en toda su dimensión.

Esta idea es ratificada por el constituyente Hernando Londoño Jiménez, quien explica que los principios fundamentales del derecho penal, como el principio de legalidad, el de juez competente, el de debido proceso y el de derecho de defensa, se deben aplicar a toda actividad punitiva del Estado, pues "es iluso creer

que la sanción administrativa, por responder a la punición de una contravención, implica una afectación menos trascendente, por no decir irrelevante, de intereses esenciales del individuo"; el constituyente añade además que "el error radica, como acertadamente lo expuso el doctor Manuel Gaona Cruz, en escindir las diversas disciplinas que tienen a su cargo la imposición de sanciones (derecho penal, disciplinario, contravencional, etc.) olvidando que todas ellas emanan de la facultad punitiva del Estado, que es una sola; esto es, el ius puniendi es uno, no importa el órgano del Estado que lo ejerza"[3].

Ahora bien, aunque el derecho a la defensa se aplica a toda la actividad del Estado, se debe hacer especial énfasis en el despliegue de su actividad punitiva, pues afecta directamente intereses esenciales de la persona como su libertad personal o su patrimonio económico.

El derecho de defensa es una subespecie del derecho genérico al debido proceso.

El derecho de defensa consiste en que la persona sujeta al Estado tenga la posibilidad de mostrar en la mejor manera posible su versión de los hechos y su interpretación de las normas jurídicas; por tanto, la persona goza de la opción de escoger libremente el abogado para que lo asesore técnicamente en la cuestión procesal.

Ante la necesidad manifiesta de que el inculpado exponga con la mayor precisión y técnica sus consideraciones sobre el asunto que se está dilucidando ante la autoridad competente, la Carta reconoce el derecho de defensa de esa persona.

Sostiene el tratadista Klaus Tiedemann, sobre el motivo de la asistencia jurídica al procesado, que [4]:

"Con frecuencia, el mismo inculpado no puede exponer su punto de vista en la forma exigida, y tampoco, en absoluto, defender él mismo la función de un control de los órganos de justicia. Esto depende muchas veces de que no está en situación de referir su opinión oralmente o por escrito. ***Ante todo, le falta el conoci-***

miento necesario sobre las cuestiones jurídico-procesales y materiales. También está a menudo confundido por la situación del proceso penal, para él desacostumbrada, y por esto no se encuentra en condiciones de apreciar objetivamente las cosas. Si se encuentra el inculpado en prisión provisional, entonces está todavía más claramente limitado respecto a sus posibilidades de defensa, ***especialmente en lo relativo a examinar circunstancias exculpatorias. El inculpado, no tiene normalmente, por lo tanto, ninguna oportunidad de triunfo***"……..

3. Conclusión.

Para la Corte Constitucional las normas acusadas desconocen el derecho de defensa, consagrado en el artículo 29 de la Constitución.

El artículo 29 se vulnera en cuanto que el vocero es el defensor en los procesos disciplinarios adelantados en la Policía Nacional, y en su escogencia el artículo 29 de la Carta señala que "quien sea sindicado tiene derecho a la asistencia de abogado escogido por él..." (subrayas fuera de texto).

Por este motivo las normas acusadas serán declaradas inexequibles en el aparte pertinente (inciso 1° del artículo 181 y el artículo 204 -parcial- del Decreto N° 100 de 1989) [45].

Por medio de Sentencia C-280 del 25 de junio de 1996, M. P. Alejandro Martínez Caballero., nuevamente la Corte Constitucional se pronunció, haciendo referencia a la rica tradición jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en la que se ha sostenido que los principios del derecho penal se aplican al derecho administrativo disciplinario, para garantizar la incolumidad de los derechos fundamentales del procesado y para controlar la potestad sancionadora del Estado.

La norma demandada es el artículo 73 del C.D.U., que establece el derecho a "***designar apoderado, si lo considera necesario***", pero no se analiza la norma demandada en cuanto a la consagración potestativa del derecho a la defensa, sino, si esa norma como está concebida constituye un obstáculo para que una organización sindical designe otro apoderado para la defensa de los intereses del procesado. En tal sentido se sostiene:

[45] Sentencia C-195 del 20 de mayo de 1993, con ponencia del H. M. Alejandro Martínez Caballero.

"10- ***El derecho disciplinario es entonces una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual esta Corte ya ha señalado[8], recogiendo la rica tradición jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en este campo[9], que los principios del derecho penal se aplican, mutatis mutandi, al derecho administrativo disciplinario, pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza, de un lado, en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y del otro, para controlar la potestad sancionadora del Estado***.

11- Uno de los principios esenciales en este campo es el de la tipicidad, según el cual no sólo las faltas disciplinarias deben estar descritas en norma previa, sino que, además, la sanción debe estar predeterminada. Debe haber pues certidumbre normativa previa sobre la sanción a ser impuesta pues, como esta Corporación ya lo había señalado, las normas que consagran las faltas deben estatuir "también con carácter previo, los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquéllas"[10]. Ahora bien, uno de los actores acusa la locución "o en su defecto, a una mayor entidad" del artículo 22 del CDU, precisamente por violar el principio de tipicidad, pues no se indica con precisión la sanción a aplicar en caso de un concurso de faltas disciplinarias.

……..

34- La Corte no encuentra admisible el cargo formulado contra el literal e) del artículo 73 del CDU, según el cual el disciplinado tiene derecho a "designar apoderado, si lo considera necesario". En efecto, como bien lo señala la Vista Fiscal, esta norma no excluye la opción del asesoramiento por parte de la respectiva organización sindical. Lo que sucede es que, como lo destaca el Viceprocurador, ***la asistencia de un apoderado escogido por el disciplinado es una expresión del derecho a la defensa técnica, que no podía ser ignorado por el régimen disciplinario, por cuanto hace parte del debido proceso en este campo, sin perjuicio de que el disciplinado también pueda ser asesorado, en forma extraprocesal, por diversas organizaciones sociales***[46]. (Lo destacado no lo es en el texto).

[46] Sentencia C-280 del 25 de junio de 1996, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Pero como ya lo habíamos advertido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional no ha sido uniforme, porque en varias decisiones se ha sostenido por esa Corporación, que el debido proceso y sus garantías, entre ellas el derecho a la defensa, deben ser garantizados integral y permanentemente en el derecho disciplinario. Es así como en la sentencia C-430 del 4 de septiembre de 1997, con ponencia del H. M. Antonio Barrera C., se sostuvo que las garantías del debido proceso y entre ellas el derecho a la defensa debían de ser garantizados de manera permanente en el proceso disciplinario al considerar:

> "2.3. ***Como parte integrante del derecho al debido proceso la Constitución reconoce, a quien sea sindicado o imputado, es decir, a quien se le endilga la comisión de un hecho que configura un ilícito penal, contravencional o disciplinario, el derecho de defensa que se traduce, entre otras manifestaciones, en la posibilidad de ser oído, "a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra***".
>
> 2.4. Según el actor, con fundamento en el art. 29 de la Constitución, el disciplinado tiene derecho a presentar pruebas y controvertirlas, desde el mismo momento en que se entera o es informado sobre la iniciación de la indagación o investigación en su contra. ***Por consiguiente, se viola esta norma superior, cuando el numeral 2o. del artículo 77 del Código establece que el investigado sólo tiene acceso al informativo una vez haya sido escuchado en versión espontánea o notificado formalmente de los cargos, según el caso, porque se estaría desconociendo la oportunidad que aquel tendría para ejercer sus derechos de contradicción y defensa en el periodo anterior a cualquiera de esas oportunidades***.
>
> La norma en cuestión interpretada de manera aislada, podría ser entendida de la misma manera como lo hace el demandante. Sin embargo, interpretada de manera sistemática tiene el siguiente alcance:
>
> Cuando dicha norma determina que "el investigado tendrá acceso al informativo disciplinario a partir del momento en que sea escuchado en versión espontánea o desde la notificación de cargos, según el caso", está regulando una de las formas o maneras como

se garantiza en los procesos disciplinarios el principio de imparcialidad. No esta indicando, por consiguiente, que esa sea la única oportunidad para ejercer el derecho de contradicción probatoria.

En efecto, el art. 80 del C.D.U. dispone:

"ARTICULO 80. ***PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN***. El investigado tendrá derecho a conocer las diligencias tanto en la indagación preliminar como en la investigación disciplinaria para controvertir las pruebas que se alleguen en su contra y solicitar la práctica de pruebas".

Como puede observarse el C.D.U., reconoce en favor del investigado su derecho a conocer la actuación procesal y a controvertir las pruebas, tanto en la indagación preliminar como en la investigación. Por consiguiente, la norma acusada entendida armónicamente con dicho artículo debe ser considerada como una reiteración del derecho de contradicción probatoria, referida específicamente a la necesidad de asegurar el principio de imparcialidad a que aquélla alude.

…….

2.6. Las mismas reflexiones que ha hecho la Corte en relación con el numeral 2 del art. 77 son igualmente válidas con respecto al art. 130 que se acusa. En efecto, cuando esta norma establece que el investigado puede controvertir las pruebas a partir del momento de la notificación del auto que ordena la investigación disciplinaria, está consagrando el ejercicio de este derecho para la etapa que se inicia una vez se ha establecido por el investigador la existencia de la falta y del posible autor del ilícito disciplinario (art. 144), lo cual no significa en forma alguna que se desconozca el derecho de contradicción para la etapa anterior, o sea la de la indagación preliminar, si la hubiere, ni para la posterior -el juzgamiento- que comienza con la formulación de cargos (art. 150).

En síntesis, como se ha visto la oportunidad de contradicción probatoria existe tanto en la indagación preliminar, como en la investigación y en la etapa de juzgamiento, según se desprende de los arts. 80 y 153 del C.D.U.

2.7. Según el demandante la norma del art. 147 desconoce el derecho de defensa del investigado, en la medida en que queda a discreción del funcionario la recepción o no de la exposición

espontánea, cuando ella constituye un derecho que tiene el investigado, y porque la oportunidad para rendir dicha exposición se restringe a partir de la apertura de la investigación disciplinaria, y en todo caso antes de que se le formulen cargos, con lo cual se lesiona su derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra.

La disposición acusada se encuentra incluida dentro de las normas del Capitulo III del Título VIII del C.D.U. que regulan la etapa de la investigación.

Interpretada en su contexto literal podría dar lugar a que se piense que con anterioridad a la investigación, esto es, dentro de la indagación preliminar no es procedente la rendición de dicha exposición. Sin embargo, ***el criterio de la Corte es bien diferente, pues considera de que dentro de dicha indagación es posible que el inculpado pueda solicitar que se le reciba su exposición espontánea, porque al igual que la indagatoria en los procesos penales ella es un acto de defensa, en cuanto tiene como finalidad fijar con claridad la posición de quien es señalado como presunto infractor de una norma penal, contravencional, disciplinaria, sobre su presunta culpabilidad, en el sentido de que puede admitir su responsabilidad, con o sin condicionamientos, o no aceptarla y, en tal virtud, reiterar su presunción de inocencia.*** Ambas posiciones, indudablemente tienen repercusiones en el adelantamiento y en el resultado de la actuación disciplinaria.

Esta Corte en varias sentencias ha sostenido que el derecho de defensa debe asegurarse permanentemente, es decir, tanto en la etapa de la investigación previa como en la investigación y en el juicio [2], por lo tanto, no se justifica que se restrinja el derecho a rendir exposición en la etapa de la indagación preliminar.

En las condiciones anotadas, no encuentra la Corte razonable ni proporcionada a la finalidad que pretende perseguirse -eventualmente la economía procesal o la eficiencia y la eficacia para la administración de la actuación disciplinaria- el que quede a la voluntad del funcionario recibir o no la exposición espontánea que solicita el inculpado, pues siendo ella como se dijo un acto de defensa, no existe justificación alguna valedera para su restricción.

> 3. En conclusión, la Corte considera que los artículos 77-2 y 130 se ajustan a la Constitución y, por lo tanto, serán declarados exequibles, no así la expresión "aquél la recibirá cuando considere que existen dudas sobre la autoría de la falta que se investiga. En caso contrario negará la solicitud con auto de trámite", que será declarada inexequible.
>
> ***En relación con el resto del artículo se declarará su exequibilidad, condicionada en el sentido de que se entienda que la oportunidad para rendir la exposición voluntaria se contrae no sólo a la etapa de la investigación sino de la indagación preliminar.*** [47] (Lo destacado no lo es en el texto).

En la Sentencia C-892 de 1999, 10 de noviembre, con ponencia del H.M.P. Alfredo Beltrán S., se declaró la inexequibilidad de la expresión: "...podrá oír en exposición espontánea ***al servidor público que considere necesario*** para determinar la individualización o identificación de los intervinientes en el hecho investigado", contenida en el artículo 140 de la Ley 200 de 1995, cuando era el Código Disciplinario Único, en cuanto se consideró que los derechos de contradicción y de defensa son de carácter imperativo, y se deben garantizar tanto en la investigación preliminar, como en la investigación propiamente dicha. En tal sentido se sostuvo:

> "(...)
>
> "Con arreglo a las referidas previsiones, se distinguen dentro del proceso disciplinario las siguientes etapas: la indagación preliminar, la investigación disciplinaria y el juzgamiento.
>
> "La indagación 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.
>
> (...)
>
> "***Como parte integrante del derecho al debido proceso la Constitución reconoce, a quien sea sindicado o imputado, es decir, a***

[47] Sentencia C-430 del 4 de septiembre de 1997, con ponencia del H. M. Antonio Barrera C.

quien se le endilga la comisión de un hecho que configura un ilícito penal, contravencional o disciplinario, el derecho de defensa que se traduce, entre otras manifestaciones, en la posibilidad de ser oído, 'a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra'.

"(...)

"Como puede observarse el C.D.U., reconoce a favor del investigado su derecho a conocer la actuación procesal y a controvertir las pruebas, tanto en la indagación preliminar como en la investigación. Por consiguiente, la norma acusada entendida armónicamente con dicho artículo debe ser considerada como una reiteración del derecho de contradicción probatoria, referida específicamente a la necesidad de asegurar el principio de imparcialidad a que aquélla alude

(...)

"...En efecto, cuando esta norma establece que el investigado puede controvertir las pruebas a partir del momento de la notificación del auto que ordena la investigación disciplinaria, está consagrando el ejercicio de este derecho para la etapa que se inicia una vez se ha establecido por el investigador la existencia de la falta y del posible autor del ilícito disciplinario (art. 144), lo cual no significa en forma alguna que se desconozca el derecho de contradicción para la etapa anterior, o sea la de la indagación preliminar, si la hubiere, ni para la posterior –el juzgamiento- que comienza con la formulación de cargos (art. 150).

"En síntesis, como se ha visto la oportunidad de contradicción probatoria existe tanto en la indagación preliminar, como en la investigación y en la etapa de juzgamiento, según se desprende de los arts. 80 y 153 del C.D.U.". (Sent. C-430 de 1997).

En conclusión, el servidor público investigado, tiene la facultad de solicitar la práctica de las pruebas que estime conducentes o, aportarlas, desde el momento mismo de la etapa de indagación preliminar y, siendo ello así, el inciso primero del artículo 119 del Código Disciplinario Único, se ajusta a las disposiciones de orden superior, como en efecto se declarará.

4.6. Artículo 140 de la Ley 200 de 1995.

Según el demandante la norma acusada, no se ajusta a los postulados del debido proceso, toda vez que, el derecho a ser oído se constituye en una facultad discrecional del investigador y, no como un derecho del disciplinado.

En relación con la discrecionalidad con que cuenta el servidor público que adelanta una investigación disciplinaria, respecto del derecho que tiene el investigado a ser escuchado en exposición espontánea, esta Corporación precisó que no se trata de una facultad "discrecional" del investigador, sino que por el contrario, se trata de un derecho del disciplinado.

Manifestó la Corte Constitucional, en sentencia C-430 de 1997, lo siguiente:

"Interpretada en su contexto literal podría dar lugar a que se piense que, con anterioridad a la investigación, esto es, dentro de la indagación preliminar no es procedente la rendición de dicha exposición. Sin embargo, el criterio de la Corte es bien diferente, pues considera que dentro de dicha indagación es posible que el inculpado pueda solicitar que se le reciba su exposición espontánea, porque al igual que la indagatoria en los procesos penales ella es un acto de defensa, en cuanto tiene como finalidad fijar con claridad la posición de quien es señalado como presunto infractor de una norma penal, contravencional, disciplinaria sobre su presunta culpabilidad, en el sentido de que puede admitir su responsabilidad, con o sin condicionamientos, o no aceptarla y, en tal virtud, reiterar su presunción de inocencia. Ambas posiciones, indudablemente tienen repercusiones en el adelantamiento y en el resultado de la actuación disciplinaria.

"Esta Corte en varias sentencias ha sostenido que el derecho de defensa debe asegurarse permanentemente, es decir, tanto en la etapa de la investigación previa como en la investigación y en el juicio, por lo tanto, no se justifica que se restrinja el derecho a rendir exposición en la etapa de la indagación preliminar".

> Ahora bien, de la lectura atenta del artículo 140 del Código Disciplinario Único, se tiene que el investigador "...podrá oír en exposición espontánea **al servidor público que considere necesario** para determinar la individualización o identificación de los intervinientes en el hecho investigado" (negrillas fuera de texto). Ello significa que, cuando no existe una persona claramente definida o, lo que es lo mismo, no se tiene certeza sobre el posible autor de la falta disciplinaria, el servidor público que tiene a su cargo el esclarecimiento real de los hechos que dieron lugar a la queja, puede acudir a los medios de prueba que considere pertinentes, sin que ello autorice al funcionario investigador a negarse a oír al servidor público que así lo solicite si este último lo estima pertinente, pues, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, si un servidor público tiene conocimiento de que su conducta puede resultar comprometida en virtud de una queja o denuncia instaurada y, solicita al funcionario investigador la recepción de la exposición espontánea, en aras de ejercer su derecho de defensa, tendrá que ser escuchado, sin que esta solicitud quede sujeta a la discrecionalidad del investigador.
>
> ***Así las cosas, de conformidad con lo expuesto, habrá de declararse la inexequibilidad del artículo 140 del Código Disciplinario Único, en cuanto hace referencia a la expresión "que considere necesario***", norma que es exequible en lo demás, bajo el entendido de que se es oído en exposición espontánea, cuando así se solicita por un servidor público para fines de la investigación preliminar, constituye para éste el legitimo ejercicio del derecho de defensa como posible investigado, el cual no se encuentra sujeto a la discrecionalidad del funcionario investigador, en ningún caso. (Lo destacado no lo es en el texto).

En la Sentencia C- 555 del 3 de mayo de 2001, con ponencia del H. M. Marco Gerardo Monroy Cabra, se consideró:

> "En relación con el artículo 147 de la misma Ley que ahora se acusa, la Corte vertió las siguientes consideraciones para fundamentar la decisión antes referida:

"Según el demandante la norma del art. 147 desconoce el derecho de defensa del investigado, en la medida en que queda a discreción del funcionario la recepción o no de la exposición espontánea, cuando ella constituye un derecho que tiene el investigado, y porque la oportunidad para rendir dicha exposición se restringe a partir de la apertura de la investigación disciplinaria, y en todo caso antes de que se le formulen cargos, con lo cual se lesiona su derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra.

"La disposición acusada se encuentra incluida dentro de las normas del Capitulo III del Título VIII del C.D.U. que regulan la etapa de la investigación.

"Interpretada en su contexto literal podría dar lugar a que se piense que, con anterioridad a la investigación, esto es, dentro de la indagación preliminar no es procedente la rendición de dicha exposición. ***Sin embargo, el criterio de la Corte es bien diferente, pues considera de que dentro de dicha indagación es posible que el inculpado pueda solicitar que se le reciba su exposición espontánea, porque al igual que la indagatoria en los procesos penales ella es un acto de defensa, en cuanto tiene como finalidad fijar con claridad la posición de quien es señalado como presunto infractor de una norma penal, contravencional disciplinaria sobre su presunta culpabilidad, en el sentido de que puede admitir su responsabilidad, con o sin condicionamientos, o no aceptarla y, en tal virtud, reiterar su presunción de inocencia. Ambas posiciones, indudablemente tienen repercusiones en el adelantamiento y en el resultado de la actuación disciplinaria.***

"Esta Corte en varias sentencias ha sostenido que el derecho de defensa debe asegurarse permanentemente, es decir, tanto en la etapa de la investigación previa como en la investigación y en el juicio [2], por lo tanto, no se justifica que se restrinja el derecho a rendir exposición en la etapa de la indagación preliminar.

(….)

El principio del debido proceso en el procedimiento administrativo disciplinario.

5. El artículo 29 de la Constitución inicia su redacción con la siguiente frase:

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

Tan perentoria afirmación no deja duda acerca de la operancia en el derecho administrativo sancionador y dentro de él en el procedimiento administrativo disciplinario, del conjunto de garantías que conforman la noción de debido proceso. Así, los principios de la presunción de inocencia, el de in dubio pro reo que emana del anterior, los derechos de contradicción y de controversia de las pruebas, el principio de imparcialidad, el principio nulla poena sine lege, la prohibición contenida en la fórmula non bis in ídem y el principio de la cosa juzgada, entre otros, deben considerarse como garantías constitucionales que presiden la potestad sancionadora de la administración y el procedimiento administrativo que se lleva acabo para ejercerla.

Nótese que el aparte del artículo 29 superior que se transcribió anteriormente, explícitamente dice que el debido proceso se aplicará a toda actuación administrativa, de donde se deduce que todo el trámite del proceso disciplinario, en cualquiera de sus etapas, debe permitir las garantías que se derivan de dicho principio constitucional. En tal virtud, la Corte entiende, y ha entendido [6], que los derechos de contradicción y controversia tiene vigencia desde la iniciación misma del trámite administrativo disciplinario, es decir desde la indagación preliminar pasando por la investigación disciplinaria y el juzgamiento. Sobre el particular son claros los siguientes conceptos vertidos en la Sentencia anteriormente citada:

"En síntesis, como se ha visto la oportunidad de contradicción probatoria existe tanto en la indagación preliminar, como en la investigación y en la etapa de juzgamiento, según se desprende de los arts. 80 y 153 del C.D.U."

…

"Esta Corte en varias sentencias ha sostenido que el derecho de defensa debe asegurarse permanentemente, es decir, tanto en

> ***la etapa de la investigación previa como en la investigación y en el juicio [7], por lo tanto, no se justifica que se restrinja el derecho a rendir exposición en la etapa de la indagación preliminar." [8]***
>
> ***Acorde con los anteriores criterios, la norma que ocupa la atención de la Corte, como se dijo, en su primer inciso (no acusado) reconoce el derecho de contradicción y controversia que le asiste al funcionario investigado desde la etapa de la indagación preliminar, cuando dispone: El investigado tendrá derecho a conocer las diligencias tanto en la indagación preliminar como en la investigación disciplinaria para controvertir las pruebas que se alleguen en su contra y solicitar la práctica de pruebas***. Para dar a conocer las referidas diligencias, se dispone en seguida su "comunicación" al interesado. Se pregunta entonces la Corte, qué alcance tiene esta expresión como garantía del debido proceso. (Lo destacado no lo es en el texto).

Como se puede comprobar existen precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional que aceptan el reconocimiento pleno y permanente del debido proceso y de todas y cada una de sus garantías para los ciudadanos sometidos a procesos administrativos disciplinarios.

Es importante destacar la reflexión que se hace en la sentencia C-195 del 20 de mayo de 1993, con ponencia del H. M. Martínez Caballero, luego de afirmar que el debido proceso y sus garantías se aplican a las actuaciones administrativas y entre ellas al proceso disciplinario, concluye que tal afirmación tiene respaldo en las normas internacionales ratificadas por Colombia sobre debido proceso en materia administrativa que rigen internamente en virtud de lo previsto en el artículo 93 de la Carta:

> ***"Tal afirmación encuentra respaldo, además, en las normas internacionales ratificadas por Colombia sobre debido proceso en materia administrativa, las cuales rigen internamente por disposición del artículo 93 de la Carta***.[1].

El Bloque de constitucionalidad.

Finalmente debemos adelantar que el control de constitucionalidad no fue ejercido a plenitud, ni correctamente por el juez encargado de velar por

la integridad de la Carta al adoptar esta decisión, porque de conformidad con la ley que regula el procedimiento de control constitucional, las normas demandadas como presuntamente contrarias a la Carta Política, deben ser confrontadas con todas las normas Superiores, y como la jurisprudencia constitucional ha venido configurando de manera reiterada y uniforme la teoría del bloque de constitucionalidad, la confrontación que se exige en la norma procesal ha de ampliarse, porque la misma no se puede limitar a confrontar los artículos demandados en su constitucionalidad con las normas de la Carta Política, exclusivamente, sino que debe extenderse, para los efectos de este ejercicio, a los Tratados de Derechos Humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Se hace referencia al Pacto Universal de Derechos Humanos, Ley 74 de 1958 y a la Convención Americana de Derechos Humanos, Ley 16 de 1972. Al no haberse realizado la necesaria confrontación de la norma demandada, art. 42 de la Ley 610 de 2000, con el articulado de las codificaciones ahora mencionadas, se ha de concluir que hay un juicio de constitucionalidad deficiente e incompleto, porque si el artículo antes mencionado hubiera sido confrontado con los artículos 14 y 8º del Pacto y la Convención, se hubiera verificado, que el derecho a la defensa se extiende a todos los ámbitos judiciales y administrativos en cuyas decisiones se pueda ocasionar un perjuicio o una carga patrimonial, fiscal o disciplinaria contra un determinado ciudadano, como consecuencia de decisiones tomadas por funcionarios del Estado, o incluso por particulares, cuando la ley les ha dado competencia para tomar decisiones sancionatorias o de responsabilidad civil o fiscal, en contra de un determinado ciudadano.

Lo anterior sucede como consecuencia de la inserción del contenido gramatical que integra el artículo 93 de la Carta Política[48], en su primer inciso, en relación con el cual nuestro juez constitucional, ha ido desarrollando una jurisprudencia uniforme sobre lo que se ha calificado como " bloque de constitucionalidad ", según la cual, existen normas equivalentes en su valor normativo a la propia Carta Política, posición ideológica que surge del contenido de la norma citada cuando en su primer párrafo dispone:

[48] ARTICULO 93. ***Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.***
Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

> ***“ 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***. “.(Lo destacado no lo es en el texto).

La claridad política del mensaje transcrito no admite dubitaciones de ninguna naturaleza, esto es, que los tratados internacionales ratificados por nuestro Congreso, son normas de la República, en materia de derechos humanos, o en el Derecho Internacional Humanitario que prevalecen en el orden interno, es decir tienen valor equivalente al de la propia Carta Política.

Es claro entonces que esa normativa internacional se constituye en estatutos normativos válidos de la República, pero dándoles un valor superior al de las leyes al disponerse que las mismas, “***prevalecen en el orden interno*** “.

Igualmente, en el segundo inciso de la norma que se comenta se dispone con iguales propósitos, de establecer una igualdad valorativa entre los preceptos constitucionales y los de los Tratados sobre los Derechos Humanos al disponerse:

> ***“Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.*** (Lo destacado no lo es en el texto).

La doctrina ha transitado por caminos similares a los de la jurisprudencia constitucional y es así como se ha sostenido en relación con este trascendental tema del constitucionalismo contemporáneo:

> ***“El Bloque de Constitucionalidad se trata de un conjunto de disposiciones de relevancia y nivel constitucional que conforma junto con el texto constitucional, la norma de normas del ordenamiento jurídico interno a la cual debe sujetarse la totalidad de la normatividad inferior, por lo que sirve como parámetro de análisis de validez de las normas con rango de ley.***

Las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad cumplen diversas funciones dentro del ordenamiento jurídico colombiano; en relación con el establecimiento de límites al margen de configuración del legislador (…) el bloque de constitucionalidad cumple dos funciones

– generales, distintas: una función interpretativa – sirve de parámetro guía en la interpretación del contenido de las cláusulas constitucionales y en la identificación de las limitaciones admisibles a los derechos fundamentales -, y una función integradora – provisión de parámetros específicos de constitucionalidad en ausencia de disposiciones constitucionales expresas, por remisión directa de los artículos 93, 34, 44 y 53 Superiores.

Ambas funciones han sido aplicadas por la Corte Constitucional en su jurisprudencia sobre los límites del margen de configuración del legislador (…) sea para identificar un desconocimiento de la Constitución con la ayuda interpretativa de las normas incluidas en el bloque, o para aplicar directamente los parámetros establecidos por tales normas en ausencia de una cláusula constitucional específica.

La Corte Constitucional asigna estas funciones generales al Bloque de Constitucionalidad y otras que se desprenden de sus disposiciones que se concretan en unos propósitos que se precisan en (i) interpretar sistemáticamente las normas fundadas del sistema jurídico y las reglas subalternas, (ii) integrar la normatividad constitucional mediante relaciones de reciprocidad, (iii) brindar soluciones cuando no exista norma directamente aplicable a un determinado caso, (iv) orientar las funciones de las instituciones encargadas de la producción y aplicación del Derecho, (v) otorgar legitimidad, validez y eficacia a las regulaciones normativas subordinadas, (vi) proteger los derechos subjetivos reconocidos en normas internacionales ante las autoridades nacionales, (vii) guiar las políticas públicas de conformidad con la normatividad internacional incorporada al ordenamiento interno, (viii) cumplir un papel de complementariedad, en tanto amplía el alcance del contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el texto de la Constitución, (ix) ampliar el catálogo de derechos reconocidos en el ámbito interno por la Carta Fundamental, en

tanto incorpora a ésta derechos no incluidos en la Constitución y (x) actualizar la labor hermenéutica de los derechos fundamentales constitucionales.

Interpretar sistemáticamente las normas fundadas del sistema jurídico y las reglas subalternas. La función interpretativa del bloque de Constitucionalidad determina el alcance de las cláusulas constitucionales frente a las normas del ordenamiento jurídico, integrando un estudio jurídico que comprende tanto los contenidos del Derecho constitucional como los que conciernen a las reglas y decisiones que se adopten en el desarrollo del sistema jurídico.

La interpretación del orden jurídico debe partir del entramado normativo de la Norma Fundamental, en tanto parámetro obligatorio que proporciona contenido iusfundamental a todas las normas del sistema jurídico.

La hermenéutica constitucional del orden normativo debe iniciarse con el análisis de la decisión jurídica frente a los derechos fundamentales y los instrumentos sobre Derechos Humanos incluidos por el sistema constitucional por vía de la cláusula de inserción normativa.

El bloque de Constitucionalidad desprende una interpretación de garantía de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico en tanto ha de orientarse por el postulado universal indicado por el principio pro homine.

La interpretación constitucional del ordenamiento jurídico procede a establecer la consonancia que ha de existir entre la estricta constitucionalidad y la estricta legalidad formal y material del sistema, lo que pone de presente la correspondencia que se configura entre el orden jurídico y el acto fundacional de consenso plasmado en el Bloque de Constitucionalidad[49].

Sin mencionarlos todos, ha de concluirse que el contenido de las leyes 74 de 1968, - Pacto Universal de Derechos Humanos -; Ley 16 de 1972, -

[49] Bloque de Constitucionalidad. Cesar Augusto Londoño Ayala. Págs. 67 a 69, Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. 2010.

Convención Americana de Derechos Humanos -; la ley 5ª de 1960, - que aprueba los Convenios de Ginebra sobre los derechos humanos durante los conflictos armados y la Ley 742 de 2002 ratificatoria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hacen parte del bloque de constitucionalidad, y cuando se demande una norma que trate cualquiera de los temas anteriores, la confrontación de constitucionalidad, debe realizarse no solo con el articulado de la Carta política, sino también con las normas de todos y cada uno de los tratados que tratan estas temáticas.

En una de sus primeras, manifestaciones jurisprudenciales sin mencionar el concepto, bloque de constitucionalidad, pero definiéndolo tal como se ha entendido y reiterado con posterioridad, se sostuvo conclusivamente:

> **"Primera.** ***La Carta reconoce plenos efectos jurídicos a los tratados y convenios -debidamente ratificados- concernientes a los derechos humanos (art. 93).*** Esto indica que los constituyentes no ignoraron la existencia de esa amplia y promisoria rama que es el derecho internacional de los derechos humanos, algunas de cuyas características tuvimos ya ocasión de señalar.
>
> **Segunda.** ***Asimismo, ella reconoce también plenos efectos jurídicos a las reglas del derecho internacional humanitario, particularmente durante la vigencia de los denominados Estados de Excepción (Art. 214-2).***
>
> Es claro, pues, que las facultades del gobierno durante tales estados encuentran límites efectivos que operan aún antes de la vigencia de la ley estatutaria a que alude la misma disposición constitucional.
>
> Lo cual significa, ni más ni menos, que las reglas del derecho internacional humanitario son hoy, -por voluntad expresa del Constituyente-, normas obligatorias ***per se*** sin ratificación alguna previa o sin expedición de norma reglamentaria. Y lo son "en todo caso" como lo señala significativamente la propia Carta.
>
> En estas condiciones, no hay duda que el derecho internacional humanitario constituye uno de los más eficaces instrumentos de protección del núcleo común que comparte con los derechos humanos, tal como lo ha señalado la mas autorizada doctrina.
>
> **Tercera.** ***Por virtud del texto expreso del artículo 94, bien pueden considerarse incorporados a los derechos y garantías reconocidos por la Carta todos aquellos que sean inherentes a la persona humana. Así se reconoce su identidad universal, la cual***

constituye el fundamento ontológico del derecho internacional humanitario en la Constitución vigente.

Cuarta. En diversos pronunciamientos de esta Corte se ha reconocido el alcance que tiene el principio fundamental del respeto de la dignidad humana consagrado en el artículo 1º de la Constitución Nacional de 1991.

No cabe duda que uno de los desarrollos más positivos de este principio lo constituye precisamente -por su naturaleza y fines- el derecho internacional humanitario.

Quinta. ***El Constituyente de 1991 fue plenamente consciente de la importancia de incorporar el derecho internacional humanitario al acervo jurídico nacional como instrumento de protección de la dignidad humana y reconocimiento de la identidad universal de la persona***.

Sexta. ***Los valores y principios incluidos en el texto constitucional cumplen la función de asegurar la permanencia y obligatoriedad del contenido material de la Constitución. Aquí se refleja la voluntad constituyente de hacer obligatorio el respeto de principios considerados como universales e inherentes a la persona, cuya obligatoriedad va más allá de las contingencias propias del ordenamiento jurídico nacional***.

La referencia a valores y principios constitucionales y supraconstitucionales, se explica como una pretensión enérgica de los constituyentes acerca de la validez material de la Constitución que en opinión de Bachof [50]:

"implica un orden de valores que ha sido considerado por la Constitución como anterior a ella misma (...)" .

Séptima: El texto del protocolo I coincide totalmente con la Constitución como quiera que está orientado a proteger la integridad de la población civil en las circunstancias de una guerra internacional.

De otra parte, en su incorporación se han cumplido los procedimientos previstos en los artículos 189 -2, 150-16 y 93 de la Constitución Política para la adopción de tratados. ***[51]***. *(Lo destacado no lo es en el texto)*.

La Corte le ha dado el siguiente entendimiento al Bloque de Constitucionalidad:

[50] **"**Jueces y Constitución", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 40

[51] Sentencia C-574 1992. M. P. Ciro Angarita Barón. 28 octubre de 1992.

"El control constitucional de una ley deberá verificarse no sólo frente al texto formal de la Carta, sino también a partir de su comparación con otras disposiciones con carácter "supralegal" que tienen relevancia constitucional. En otras palabras, el conjunto de normas que se utilizan como parámetro para analizar la validez constitucional de las leyes integra el denominado bloque de Constitucionalidad. Por consiguiente, existen ocasiones en las cuales las normas que, por su naturaleza, se convierten en parámetros para el enjuiciamiento de la constitucionalidad de una ley, pueden integrar el bloque de constitucionalidad. *Todas las normas que integran el bloque de constitucionalidad son parámetros de legitimidad constitucional, pero no por ello gozan de idéntica jerarquía normativa. Así pues, no todos los contenidos normativos que son parámetros de constitucionalidad, deban ser modificados de acuerdo con el procedimiento previsto para la reforma constitucional, pues el proceso de cambio normativo varía según la naturaleza de cada disposición. Pero, todas las normas que integran el bloque de constitucionalidad son parámetros necesarios e indispensables para el proceso de creación de la ley.*

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Se entiende en dos sentidos

Es posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. El primero: stricto sensu, conformado por aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional, como los tratados de derecho humanitario. *De otro lado, la noción lato sensu del bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas disposiciones que "tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias", aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional.* Sentencia C-582/99, 11 DE AGOSTO DE 1999. M. P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. (Lo destacado no lo es en el texto).

En otra decisión sostuvo:

> *"**El bloque de constitucionalidad, estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta**,* por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias.
>
> BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Tratados internacionales no forman parte
>
> *Los tratados internacionales, por el sólo hecho de serlo, no forman parte del bloque de constitucionalidad y, por tanto, no ostentan una jerarquía normativa superior a la de las leyes ordinarias. Sin embargo, la jurisprudencia ha dejado abiertas las puertas para incluir convenios internacionales distintos a los mencionados en el artículo 93 de la Carta dentro del bloque de constitucionalidad si alguna norma constitucional, por expresa referencia, los incluye dentro del mismo.* Sentencia C-191/98 6 DE MAYO. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. (Lo destacado no lo es en el texto).

En una nueva decisión se sostuvo en relación con el mismo tema:

> "De conformidad con la jurisprudencia constitucional sobre la materia, *el bloque de constitucionalidad, definido como **"...el conjunto de normas que se utilizan como parámetro para analizar la validez constitucional de las leyes ..."[2], admite que en él se incluyan tratados internacionales, una vez éstos se incorporen debidamente en nuestro ordenamiento jurídico, esto es, una vez hayan sido aprobados por el Congreso de la República y superado el control de constitucionalidad que para los mismos establece el artículo 241-10 de la Carta Política;** ahora bien, no todos los tratados internacionales incorporados en nuestro ordenamiento pueden ser incluidos en el bloque de constitucionalidad, pues el Constituyente introdujo esa prerrogativa únicamente para aquellos tratados que versen sobre derechos humanos o sobre la prohibición de limitarlos en los estados de excepción, tal como lo dispone el artículo 93 de la Carta*.

Sobre el particular esta Corporación ha dicho lo siguiente:

"Es posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. El primero: stricto sensu, conformado por aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional, como los tratados de derecho humanitario. De otro lado, la noción lato sensu del bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas disposiciones que "tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias", aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional.
(...)
En principio, integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato: (i) el preámbulo, (ii) el articulado de la Constitución, (iii) ***algunos tratados y convenios internacionales de derechos humanos (C.P. art. 93***), (iv) las leyes orgánicas y, (v) las leyes estatutarias. ***Por lo tanto, si una ley contradice lo dispuesto en cualquiera de las normas que integran el bloque de constitucionalidad la Corte Constitucional deberá retirarla del ordenamiento jurídico, por lo que, en principio, los actores tienen entonces razón en indicar que la inexequibilidad de una disposición legal no sólo se origina en la incompatibilidad de aquella con normas contenidas formalmente en la Constitución.***

No todos los tratados y convenios internacionales hacen parte del bloque de constitucionalidad, pues tal y como la jurisprudencia de esta Corporación lo ha señalado en varias oportunidades, "los tratados internacionales, por el sólo hecho de serlo, no forman parte del bloque de constitucionalidad y, por tanto, no ostentan una jerarquía normativa superior a la de las leyes ordinarias". En efecto, la Corte ha señalado que, salvo remisión expresa de normas superiores, ***sólo constituyen parámetros de control constitucional aquellos tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos (i) y, que prohíben su limitación en estados de excepción (ii). Es por ello, que integran el bloque de constitucionalidad, entre otros, los tratados del derecho internacional humanitario, tales como los Convenios de Ginebra,***

> ***los Protocolos I y II y ciertas normas del Pacto de San José de Costa Rica***. Sentencia C-1490/00, 2 DE NOVIEMBRE. FABIO MORÓN DÍAZ. (Lo destacado no lo es en el texto)

Posteriormente, por medio de sentencia C- 067 del 4 de febrero de 2003, con ponencia del H. M. Marco Gerardo Monroy Cabra, se dio el siguiente concepto del bloque de constitucionalidad, haciendo referencia a sus orígenes europeos:

> "3. El Bloque de constitucionalidad
>
> A. Concepto
>
> ***Es sabido y últimamente aceptado por algunos doctrinantes que la normatividad constitucional no es privilegio exclusivo de los artículos que formalmente integran el texto de la Carta Política. El Estatuto Superior está compuesto por un grupo más amplio de principios, reglas y normas de derecho positivo que conforman el denominado "bloque de constitucionalidad" y que comparten con los artículos de texto de la Carta la mayor jerarquía normativa en el orden interno. En este sentido, la noción "bloque de constitucionalidad" pretende transmitir la idea de que la constitución de un Estado es mucho más amplia que su texto constitucional, dado que existen otras disposiciones, contenidas en otros instrumentos o recopilaciones, que también son normas constitucionales.***
>
> Este concepto amplificado del derecho positivo constitucional tuvo sus orígenes en la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés en cuanto le dio valor normativo al preámbulo de la Constitución de 1958. Luis Favoreu sostuvo que fue en el seno del Consejo Constitucional de la Quinta República en donde por primera vez se utilizó el concepto de normas de constitucionalidad (la expresión como tal fue acuñada por la doctrina, no por la jurisprudencia), bajo la denominación de *"principios y reglas de valor constitucional"*, para hacer referencia al conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, cuyo respeto se impone a la Ley. También en Derecho Administrativo se utilizó la expresión *"bloque de legalidad"*, importada de Hauriou, para referirse al conjunto de

leyes, principios y reglas a que estaba sometida la Administración, que no tenían jerarquía legal. Dice entonces Favoreu que fue en las decisiones D-39 del 19 de junio de 1970 y D-44 del 16 de julio de 1971 en donde el Consejo Constitucional reconoció el valor constitucional del preámbulo de la Constitución de 1958 y, por remisión hecha por el mismo texto, adoptó como normas de rango constitucional la Declaración de los Derechos Humanos de 1789, tal como fue confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946.[1]

Rubio Llorente advierte que después de arraigarse en Francia, el concepto pasó a otros países europeos, como España. Sostiene al respecto que el Tribunal Constitucional español hizo uso por primera vez de la expresión en el fallo STC 10/82 y ***recuerda que dicho tribunal se refirió al bloque como "a un conjunto de normas que ni están incluidas en la Constitución ni delimitan competencia, pero cuya infracción determina la inconstitucionalidad de la ley sometida a examen"*** (STC 29/1982) (JC, vol III, pág 371). [2]

Otros países del viejo continente adoptaron decisiones similares. Así, por ejemplo, la Constitución austriaca decidió integrar las normas de Derecho Internacional a su bloque de constitucionalidad, mientras que en Italia el ordenamiento jurídico comunitario adquirió por disposición de la misma constitución prevalencia y aplicación preponderante frente al ordenamiento jurídico interno. El artículo 25 de la Constitución de Alemania Occidental establecía por su parte que *"**las reglas generales de derecho internacional forman parte del derecho federal. Tendrán precedencia sobre las leyes y crearán derechos y deberes directamente para los habitantes del territorio federal**"*.[3]

Luego de arraigarse en Europa, el criterio del bloque hizo su aparición en la jurisprudencia colombiana, aunque su presentación inicial no fue del todo aceptada.

Bajo la vigencia de la Constitución de 1886, la idea de que ciertas normas de Derecho Internacional tienen prelación sobre la legislación interna no fue suficientemente esclarecida. La inexistencia de una norma inequívoca que reconociera esa prelación dificultó la

admisión de la tesis. Fue esa la razón por la cual la Corte Suprema de Justicia se negó a ejercer el control de constitucionalidad de las leyes frente a los textos de derecho internacional. Se decía que *"en ejercicio de la jurisdicción constitucional sólo le es dado confrontar a la Corte la ley con los textos de la Carta, cuya integridad se le ha confiado. Por tanto, no procede el examen del cargo de violación del artículo 1º de la citada Ley 74 de 1968(Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)".*[4] Los textos del derecho internacional no tenían, en ese sentido, fuerza de referencia para determinar la constitucionalidad de las normas legales.

B. El bloque de constitucionalidad en la Carta de 1991

La promulgación de la Constitución de 1991 marcó una nueva pauta en el acoplamiento de las disposiciones internacionales al orden constitucional interno. Aunque no fue sino a partir del año 1995 que la Corte Constitucional adoptó sin ambages el concepto de bloque de constitucionalidad -tal como se utiliza hoy en día- muchos de los fallos producidos antes de ese año reconocieron ya la jerarquía constitucional a ciertos instrumentos internacionales.

El primer elemento en contribuir a este cambio fue la introducción en el texto constitucional de seis importantes artículos que definirían los parámetros de adopción de las normas internacionales en el orden interno. Estos fueron:

α) ***El artículo 9º, el cual reconoció que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto por la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia*;**

b) El artículo 93, según el cual *"**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**."*

c) El artículo 94, que establece 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.**"*

d) El artículo 214 que al regular los estados de excepción dice en su numeral 2: *"**No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario.**"*

e) El artículo 53 que preceptúa: *"**Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna**"*, y

d) El artículo 102 que dice en su inciso 2 que: ***"Los límites señalados en la forma prevista por esta Constitución, solo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el presidente de la república"***. [52]. [53].

Refiriéndose ahora al campo de la función jurisdiccional, uno de los primeros fallos en aplicar la normatividad constitucional referida y, por consiguiente, en hacer alusión a los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Colombia como legislación prevalente fue la Sentencia T-409 de 1992. En dicha providencia la Corte procedió a hacer el análisis de la tensión existente entre el deber de prestar el servicio militar y el derecho a la libertad de conciencia a la luz del criterio de la obediencia debida. La Corte manifestó que en aplicación del artículo 93 de la Carta, la obediencia debida no podía interpretarse como una obligación ciega de cumplimiento de órdenes superiores, sino como una sumisión a la jerarquía militar sometida al concepto de orden justo. Dijo así la Corte en su Sentencia:

[52] La norma que ha debido citarse es el artículo 101 de la Carta.

[53] Creemos que en este listado se ha debido citar el artículo 44 de la Carta, consagratorio de los derechos fundamentales de los niños, que en la parte final del primer inciso se determina: ***"Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia".***

"Así, en virtud del criterio que se deja expuesto, bien podría negarse un subalterno a obedecer la orden impartida por su superior si ella consiste en infligir torturas a un prisionero o en ocasionar la muerte fuera de combate, pues semejantes conductas, por su sola enunciación y sin requerirse especiales niveles de conocimientos jurídicos, lesionan de manera abierta los derechos humanos y chocan de bulto con la Constitución.

"***No podría interpretarse de otra manera el concepto de orden justo, perseguido por la Carta Política, según su preámbulo, ni entenderse de modo diverso el artículo 93 constitucional, a cuyo tenor "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".***

"Según el Convenio de Ginebra I, del 12 de agosto de 1949, aprobado por la Ley 5a. de 1960 (Diario Oficial No. 30318), que las Altas Partes Contratantes se comprometieron a respetar y a hacer respetar "en todas las circunstancias", existen infracciones graves, contra las cuales los estados han de tomar oportunas medidas. Entre ellas se enuncian, a título de ejemplo, "el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente" (artículo 50).

"Obligado en esos términos el Estado colombiano, mediante un convenio internacional que, por otra parte, es hoy fuente interpretativa sobre el alcance de los derechos y deberes de rango constitucional (artículo 93 Constitución Política), mal podría prohijarse actualmente una concepción absoluta y ciega de la obediencia castrense." (Sentencia T-409 de 1992 M.P. Drs. Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz) (Subrayas fuera del original)

La Corte ratificó su postura en la Sentencia C-574 de 1992, en donde analizó la exequibilidad del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949, relativo a la protección de las

víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I). En dicha oportunidad el tribunal sostuvo que los convenios sobre derecho internacional humanitario tienen carácter prevalente sobre la legislación nacional, tal como se deduce de la siguiente transcripción:

"Primera. ***La Carta reconoce plenos efectos jurídicos a los tratados y convenios - debidamente ratificados- concernientes a los derechos humanos (art. 93).*** Esto indica que los constituyentes no ignoraron la existencia de esa amplia y promisoria rama que es el derecho internacional de los derechos humanos, algunas de cuyas características tuvimos ya ocasión de señalar.

"Segunda. ***Asimismo, ella reconoce también plenos efectos jurídicos a las reglas del derecho internacional humanitario, particularmente durante la vigencia de los denominados Estados de Excepción*** (Art. 214-2). Es claro, pues, que las facultades del gobierno durante tales estados encuentran límites efectivos que operan aún antes de la vigencia de la ley estatutaria a que alude la misma disposición constitucional.

"***Lo cual significa, ni más ni menos, que las reglas del derecho internacional humanitario son hoy, - por voluntad expresa del Constituyente -, normas obligatorias per se sin ratificación alguna previa o sin expedición de norma reglamentaria. Y lo son "en todo caso" como lo señala significativamente la propia Carta***.

"***En estas condiciones, no hay duda que el derecho internacional humanitario constituye uno de los más eficaces instrumentos de protección del núcleo común que comparte con los derechos humanos, tal como lo ha señalado la mas autorizada doctrina***." (Sentencia C-574 de 1992 M.P. Dr. Ciro Angarita Barón)

Posteriormente, en la Sentencia T-426 de 1992 y con ocasión de la tutela interpuesta por una persona de la tercera edad para que se le reconociera una sustitución pensional, ***la Corte Constitucional dejó sentado que un tratado internacional de derechos humanos puede tomarse como elemento de interpretación de los derechos***

consagrados en el texto de la Carta Política y que, por tanto, sus disposiciones tienen jerarquía superior en el ordenamiento interno.

Tal como se había adelantado, el concepto de *"bloque de constitucionalidad"* fue sistematizado de manera definitiva en la Sentencia C-225 de 1995[5], fallo en el cual la Corte Constitucional procedió a la revisión del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), así como de la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994, por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo. ***La Corporación definió entonces el bloque de constitucionalidad como aquella unidad jurídica compuesta "por...normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu."***

La incorporación en la doctrina jurídica nacional de una institución como el bloque de constitucionalidad surgió entonces del reconocimiento de la prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos sobre el orden interno, pero también, y de manera específica, de la necesidad de armonizar dicho principio con la ya tradicional preceptiva constitucional que erige a la Carta Política en el estatuto de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico nacional. Ciertamente, el artículo 4º de la Constitución Política establece que la Constitución es norma de normas y que en caso de incompatibilidad con cualquiera de las normas subordinadas, aquella se aplicará de preferencia.

Del análisis de los artículos 4º y 93 de la Constitución Política era evidente para la Corte que la coexistencia de dos jerarquías normativas de carácter prevalente constituía un escenario jurídico de gran complejidad; por esta razón, la Corporación entendió

que la única manera de conciliar dicha contradicción era aceptando que los tratados internacionales de los cuales Colombia es estado parte, en los que se reconocieran derechos humanos de conculcación prohibitiva en estados de excepción, también tenían jerarquía constitucional y conformaban, con el texto del Estatuto Superior, un solo bloque normativo al que la legalidad restante debía sumisión.

Así resolvió la Corte el dilema planteado por esta normatividad:

"***En tales circunstancias, la Corte Constitucional coincide con la Vista Fiscal en que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts. 93 y 214 numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad" , cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93).***" (Sentencia C-225/95, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero)

En la misma decisión se hace un muy buen análisis de las normas nacionales e internacionales que integran el concepto del bloque de constitucionalidad:

" C. Componentes del Bloque de constitucionalidad según la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Como primera medida, es necesario advertir que la Corte Constitucional reconoció que del bloque de constitucionalidad puede hablarse en dos sentidos: uno amplio y uno restringido. En efecto, a este respecto la Corte sostuvo que

" (...) resulta posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. ***En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad strictu sensu, se ha considerado que se encuentra conformado por***

aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C.P., artículo 93).... Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias." (Sentencia C-191 de 1998, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz)

En desarrollo de dicha premisa y refiriéndose concretamente a los componentes del bloque, la jurisprudencia constitucional acepta que los tratados internacionales que definen los límites del Estado hacen parte de esta entidad constitucional. Así lo estableció la Corte en la Sentencia C-1022 de 1999 al sostener que los *"tratados de fronteras que ya estaban perfeccionados al momento de entrar en vigencia la Constitución no pueden ser demandados, puesto que en el fondo son normas que integran el bloque de constitucionalidad, como ya lo había indicado la sentencia C-400 de 1998, cuando precisó que esos acuerdos internacionales, junto con algunos convenios de derechos humanos, tenían un status y jerarquía diferentes a los otros tratados en el ordenamiento colombiano."*

Y además agregó:

"...debido la jerarquía constitucional de esos tratados, esta Corte considera que la modificación de fronteras, que implique una cesión de territorio en relación con los límites consolidados existentes al aprobarse la Carta de 1991, requiere no sólo un nuevo tratado internacional, como lo señala el artículo 101 de la Carta, sino que, además, ese tratado debe internamente aprobarse por los procedimientos de reforma constitucional previstos por el título XIII de la Carta. En efecto, un convenio de esa naturaleza implica

una mengua del territorio colombiano previsto por la Constitución, por lo cual, si es incorporado al ordenamiento colombiano por una simple ley aprobatoria, la Corte se vería forzada a declarar su inexequibilidad, por violar la soberanía nacional (CP art. 9º) y el contenido del territorio protegido por la Carta (CP art. 101). Pero la modificación de una frontera no se puede hacer únicamente por medio de una reforma constitucional, puesto que no sólo el artículo 101 de la Carta exige un tratado internacional, sino que ese requisito se infiere de la inevitable dimensión internacional de las fronteras. Por ende, una conclusión inevitable se sigue: una cesión de territorio colombiano requiere que el correspondiente tratado internacional sea aprobado internamente por los procedimientos de reforma constitucional previstos por la propia Carta."

También hacen parte integrante y principal del bloque de constitucionalidad los tratados internacionales que consagran derechos humanos intangibles, es decir, cuya conculcación está prohibida durante los Estados de Excepción; así como también integran el bloque, de conformidad con el artículo 214 de la Constitución Política, los convenios sobre derecho internacional humanitario, como es el caso de los Convenios de Ginebra [6].

Por vía de una aplicación extensiva del inciso segundo del artículo 93 de la Constitución Política, la Corte ha admitido que incluso aquellos tratados internacionales que establecen derechos humanos que pueden ser limitados durante los estados de excepción –tal es el caso del derecho a la libertad de movimiento– forman parte del bloque de constitucionalidad, aunque sólo lo hagan como instrumentos de interpretación de los derechos en ellos consagrados.

Así, por ejemplo, mediante Sentencia T-483 de 1999 la Corte Constitucional sostuvo que, aunque el derecho a la libre circulación puede ser restringido durante los estados de excepción, dicha restricción debe estar encaminada a "hacer prevalecer valiosos intereses públicos y los derechos y libertades de las personas". En vista de que ésta era la interpretación que debía dársele al derecho a la libertad de movilización de conformidad con las normas de derecho internacional que lo consagran, la Corte adujo que tales

instrumentos internacionales debían entenderse incorporados al bloque de constitucionalidad como herramientas hermenéuticas para juzgar la legitimidad de la normatividad interna.

Así entonces, sostuvo que *"según el inciso segundo del art. 93 de la Constitución, los derechos y deberes consagrados en ésta se interpretarán, de conformidad con los Tratados Internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia"*, agregando:

"Ello significa, que para efectos de interpretar los referidos derechos las normas de los tratados en referencia tienen carácter prevalente en el orden interno, formando por lo tanto parte del bloque de constitucionalidad, como lo ha reconocido la Corte en diferentes pronunciamientos." (Sentencia T-483 de 1999 M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell)

Adicional a lo anterior, la Corte sostuvo que el preámbulo de la Constitución también hace parte del bloque de constitucionalidad porque aquél delinea los fundamentos básicos y define los propósitos que confluyen a la conformación del Estado colombiano. En esta línea la Corte defendió *"la concepción jurídica según la cual el Derecho no se agota en las normas y, por ende, el Constitucional no está circunscrito al limitado campo de los artículos que integran una Carta Política."* Y agregó:

"***El Preámbulo de la Constitución incorpora, mucho más allá de un simple mandato específico, los fines hacia los cuales tiende el ordenamiento jurídico; los principios que inspiraron al Constituyente para diseñar de una determinada manera la estructura fundamental del Estado; la motivación política de toda la normatividad; los valores que esa Constitución aspira a realizar y que trasciende la pura literalidad de sus artículos.***

"El Preámbulo da sentido a los preceptos constitucionales y señala al Estado las metas hacia las cuales debe orientar su acción; el rumbo de las instituciones jurídicas.

"Lejos de ser ajeno a la Constitución, el Preámbulo hace parte integrante de ella. Las normas pertenecientes a las demás jerar-

quías del sistema jurídico están sujetas a toda la Constitución y, si no pueden contravenir los mandatos contenidos en su articulado, menos aún les está permitida la transgresión de las bases sobre las cuales se soportan y a cuyas finalidades apuntan.

"Considera la Corte que la preceptiva constitucional ha sido enderezada por el propio Constituyente a la realización de unos fines, al logro de unos cometidos superiores ambicionados por la sociedad, que cabalmente son los que plasma el Preámbulo y que justifican la creación y vigencia de las instituciones. Quitar eficacia jurídica al Preámbulo, llamado a guiar e iluminar el entendimiento de los mandatos constitucionales para que coincida con la teleología que les da sentido y coherencia, equivale a convertir esos valores en letra muerta, en vano propósito del Constituyente, toda vez que al desaparecer los cimientos del orden constitucional se hace estéril la decisión política soberana a cuyo amparo se ha establecido la Constitución.

"Juzga la Corte Constitucional que el Preámbulo goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instaura y, por tanto, toda norma -sea de índole legislativa o de otro nivel- que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios." (Sentencia C-479 de 1992 M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero) [54].

De la lectura de la parte inicial de los artículos 14 del Pacto y 8º de la Convención no surge la más mínima duda que la protección de los derechos y garantías que hacen parte del debido proceso, no cubren solo a los ciudadanos involucrados en un proceso penal, sino en cualquier otro ámbito jurídico, sin importar su naturaleza. El Pacto establece:

"*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.*

[54] Sentencia C 067 del 4 de febrero de 2003, con ponencia del H. M. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Por su parte la Convención determina:

> **"*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial*, establecido con anterioridad por la ley, *en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, PARA LA DETERMINACIÓN DE SUS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE ORDEN CIVIL, LABORAL O DE CUALQUIER OTRO CARÁCTER."***

No existe entonces duda de ninguna naturaleza que las garantías propias del debido proceso, no son un patrimonio exclusivo del Derecho Penal, sino que se hacen extensivas a procesos extrapenales como son el civil, laboral, fiscal, o de cualquier otra naturaleza. Pero adicional a lo anterior, las garantías que conforman el debido proceso, entre ellas el derecho a la defensa, se trasladan a todos los procesos sancionatorios, entre ellos los disciplinarios de contenido judicial,-Consejo Superior de la Judicatura-, y a los disciplinarios de contenido administrativo (los adelantados por la Procuraduría Gral. de la Nación, las Contralorías en todas sus categorías, los de los entes territoriales, empresas sociales del Estado, establecimientos públicos, y a los procesos disciplinarios adelantados por particulares con autorización de la ley, como son los procesos disciplinarios laborales, estudiantiles y deportivos, etc.)

Dentro de la reiteración de la misma línea jurisprudencial se ha sostenido:

> " 4.1.- ***En numerosas oportunidades la Corte ha tenido ocasión de analizar la naturaleza y alcance del bloque de constitucionalidad, precisando que se trata de normas que a pesar de no estar formalmente en el texto de la Carta Política se integran a ésta y son referente para el control de constitucionalidad, en tanto se sitúan en el mismo nivel jerárquico[6]. En materia de tratados internacionales uno de los fundamentos de dicha integración es el artículo 93 de la Constitución*** [7], según el cual:

"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 (…)".

4.2.- Si bien es cierto que las normas que se integran al bloque de constitucionalidad tienen la misma jerarquía que los preceptos de la Carta Política, también lo es que existen diversas formas para su incorporación al ordenamiento jurídico. Además, en ningún caso la disposición internacional constituye un referente autónomo para el control constitucional, por cuanto la integración normativa debe partir de una interpretación armónica, teleológica y sistemática de la Carta Política en su conjunto [8].

En cuanto a la forma de incorporación de los tratados al bloque de constitucionalidad, la jurisprudencia ha señalado dos vías:

(i) La primera consiste en la *"integración normativa"* en virtud de lo dispuesto en el primer inciso del artículo 93 de la Constitución [9]. Para ello se requiere que un tratado ratificado por Colombia reconozca derechos humanos cuya limitación se prohíba en los estados de excepción [10]. ***Desde esta perspectiva su incorporación es directa y puede comprender incluso derechos que no estén reconocidos en forma expresa en la Carta.***

En este punto conviene precisar que, de conformidad con el artículo 101 Superior, también hacen parte del bloque de constitucionalidad los tratados que definen los límites del Estado [11]. Así mismo, por mandato del artículo 214-2 de la Constitución, se incluyen aquí las normas convencionales y consuetudinarias de derecho internacional humanitario [12]. Además, otras normas como los artículos 44 y 53 de la Carta autorizan la inclusión de tratados en el bloque de constitucionalidad respecto de temas específicos como los derechos de los niños.

(ii) La segunda forma de incorporación de tratados al bloque de constitucionalidad es como *"referente interpretativo"* y opera al amparo del inciso segundo del artículo 93 de la Carta [13]. ***En este sentido la jurisprudencia ha reconocido que algunos tratados de derechos humanos cuya limitación no está prohibida en los estados de excepción también hacen parte del bloque de constitucionalidad, aunque por una vía de incorporación diferente; es decir, no como referentes normativos directos sino "como herramientas hermenéuticas para juzgar la legitimidad de la normatividad interna"*** [14]. Al respecto, en la Sentencia C-067 de 2003,

que examinó una norma del código disciplinario relacionada con la aplicación de tratados internacionales sobre derechos humanos, esta Corporación explicó lo siguiente:

"***Por vía de una aplicación extensiva del inciso segundo del artículo 93 de la Constitución Política, la Corte ha admitido que incluso aquellos tratados internacionales que establecen derechos humanos que pueden ser limitados durante los estados de excepción –tal es el caso del derecho a la libertad de movimiento – forman parte del bloque de constitucionalidad, aunque sólo lo hagan como instrumentos de interpretación de los derechos en ellos consagrados"*** [15]. (Resaltado fuera de texto).

De esta manera la Corte ha precisado que el artículo 93 de la Constitución contempla dos hipótesis normativas diferentes para la incorporación de tratados de derechos humanos al bloque de constitucionalidad y su alcance frente al control constitucional:

"El inciso primero incorpora, por vía de prevalencia, los derechos humanos que no pueden limitarse bajo estados de excepción. La norma constitucional no establece relación alguna entre normas constitucionales y las disposiciones que se incorporan al ordenamiento jurídico nacional***. De ahí que pueda inferirse que se integran al bloque de constitucionalidad inclusive derechos humanos no previstos en la Constitución, que cumplan con el requisito mencionado***.

El inciso segundo, por su parte, ordena que los derechos y deberes previstos en la Constitución se interpreten de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Así, esta vía de incorporación está sujeta a que el derecho humano o el deber, tengan su par en la Constitución pero no requiere que el tratado haga referencia a un derecho no suspendible en estados de excepción.

En tales condiciones, el inciso primero del artículo 93 de la Carta permite incorporar ciertos derechos y principios al bloque de constitucionalidad, incluso cuando éstos no han sido reconocidos por el articulado constitucional, pero para ello se requiere

que sean derechos no limitables en estados de excepción. Este artículo 93-1 adquiere entonces una verdadera eficacia cuando se trata de derechos o principios que no aparecen expresamente en el articulado constitucional, pero que se refieren a derechos intangibles incorporados en tratados ratificados por Colombia. Por su parte, ***el inciso segundo del artículo 93 superior tiene otra finalidad pues esa norma completa y dinamiza el contenido protegido de un derecho que ya está consagrado en la Carta, puesto que, conforme a ese inciso, tal derecho debe ser interpretado de conformidad con los tratados ratificados por Colombia***" [16]. (Resaltado fuera de texto).

En síntesis, en virtud del doble sistema de incorporación de una norma a través del bloque de constitucionalidad, el inciso primero del artículo 93 cumple una función *integradora* de los tratados de derechos humanos cuya limitación se prohíbe en estados de excepción, mientras que ***el inciso segundo del mismo artículo cumple una función interpretativa, en tanto "constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos" [17]. Esto último corresponde al principio de interpretación más favorable en materia de derechos humanos o principio pro homine, que en varias ocasiones ha servido de base para adelantar el examen de constitucionalidad de normas de derecho penal*** [18].

Sin embargo, la Corte debe precisar que no todos los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia hacen parte del bloque de constitucionalidad bajo la previsión del artículo 93 de la Carta Política, pues es claro que no todos ellos involucran el reconocimiento y la protección de derechos humanos, al menos en forma directa.

4.3.- Concordante con lo anterior la jurisprudencia ha explicado cómo, de la mano de las normas que se integran al bloque de constitucionalidad, hay otro tipo de disposiciones que no tienen rango ni jerarquía constitucional, aunque sí constituyen un referente o pa-

> rámetro necesario para la creación legal y el control constitucional. En ocasiones la Corte se ha referido a ellas como pertenecientes al bloque de constitucionalidad *"lato sensu"*, entre las cuales se destacan algunas normas orgánicas y estatutarias, pero como es obvio estas normas son de naturaleza infra constitucional[55]. (Lo destacado no lo es en el texto)

En otra decisión de manera expresa se reconoce que los Tratados que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad deben ser tenidos en cuenta como parámetros, para el control constitucional al aseverarse:

> "***Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu***"[56].

En el mismo sentido se reiteró que los principios contenidos en estos Tratados, debían ser referentes o parámetros en la realización del control de las normas legales demandadas. En tal sentido se afirmó:

> " ***En suma, es posible afirmar que aquellas normas que pertenezcan al denominado bloque de constitucionalidad lato sensu, se caracterizan por: (1) ser parámetro para efectuar el control de constitucionalidad del derecho interno***; (2) ***tener un rango normativo superior a las leyes ordinarias (en algunos casos son normas constitucionales propiamente dichas y, en otros casos, ostentan una jerarquía intermedia entre la Constitución y la ley ordinaria***); y, (3) ***formar parte del bloque de constitucionalidad gracias a una remisión expresa efectuada por alguna disposición constitucional***.[57] (Lo destacado no lo es en el texto)

[55] Sentencia C 488 de 2 de julio de 2009. M. P. Jorge Iván Palacio P.

[56] Sentencia C 225 95. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

[57] Sentencia C 191 98. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

La Corte Constitucional se pronunció en relación con la fuerza normativa de las leyes que integran el bloque de constitucionalidad, en la sentencia C-067 del 4 de febrero de 2003, con ponencia del H. M. Marco Gerardo Monroy Cabra al sostenerse:

> " D. Fuerza normativa del Bloque de Constitucionalidad
>
> ***De lo dicho anteriormente se tiene que las disposiciones que hacen parte del bloque de constitucionalidad ostentan jerarquía constitucional por estar situadas a la altura de las normas del texto de la Carta y forman con el un conjunto normativo de igual rango.***
>
> ***El hecho de que las normas que integran el bloque de constitucionalidad tengan jerarquía constitucional hace de ellas verdaderas fuentes de derecho, lo que significa que los jueces en sus providencias y los sujetos de derecho en sus comportamientos oficiales o privados deben atenerse a sus prescripciones. Así como el preámbulo, los principios, valores y reglas constitucionales son obligatorios y de forzoso cumplimiento en el orden interno, las normas del bloque de constitucionalidad son fuente de derecho obligatoria para todos los asociados.***
>
> Además, las normas del bloque operan como disposiciones básicas que reflejan los valores y principios fundacionales del Estado y también regulan la producción de las demás normas del ordenamiento doméstico***. Dado el rango constitucional que les confiere la carta, las disposiciones que integran el bloque superior cumplen la cuádruple finalidad que les asigna Bobbio, a saber, servir de*** i) ***regla de interpretación respecto de las dudas que puedan suscitarse al momento de su aplicación***; ii) ***la de integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso***; iii) ***la de orientar las funciones del operador jurídico***, y iv) ***la de limitar la validez de las regulaciones subordinadas***.[7]
>
> El hecho de compartir la jerarquía del texto formal de la Carta convierte a los dispositivos del bloque en *"eje y factor de unidad y cohesión de la sociedad"* [8], ***y la condición de ocupar con ellos el máximo peldaño en la escala normativa obliga a que toda la legislación interna acondicione su contenido y ajuste sus preceptos a los estatutos por aquellas adoptados, pues éstos irradian su potestad sobre todo el ordenamiento normativo [9].***

En este sentido, por ejemplo, la Corte enfatizó en la Sentencia C-225 de 1995 que "la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano <u>debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno</u> a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realizació**n** material de tales valores".

Del mismo modo se pronunció en sentencia posterior cuando advirtió que el ordenamiento interno debía guardar armonía con los convenios de la OIT, de modo que las organizaciones competentes del Estado tenían la obligación de hacer los ajustes necesarios para garantizar su concordancia con la legislación interna.

"***Colombia es miembro de un gran número de organizaciones internacionales que buscan la protección y garantía de los derechos humanos - entre ellas, la OIT-; las obligaciones que ha contraído en ese ámbito son exigibles por partida triple: pueden reclamarlas Organizaciones como tales (en virtud del tratado constitutivo), los Estados y, lo más importante, los individuos, como se explicó anteriormente. <u>En cualquiera de los casos es el Estado el llamado a corregir lo que, en su orden interno, contradiga el propósito y fin de los acuerdos internacionales, y él es responsable por el cumplimiento del tratado en todo el territorio</u>."*** (Sentencia T-568 de 1999, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz) (Subrayas fuera del original)

Ahora bien, es claro que, si los preceptos, principios y valores contenidos en el bloque de constitucionalidad irradian el texto de la normatividad interna y obligan a las autoridades a acondicionarla a sus disposiciones, también las decisiones judiciales tienen que guardar similar obediencia. Así entonces, no sólo el productor del derecho positivo, sino también el ejecutor de la norma y su intérprete autorizado, están compelidos a seguir los lineamientos del bloque de constitucionalidad, ya que en dicha sumisión reside la validez jurídica de sus actuaciones.[10]

En conclusión, todo el ordenamiento, en su contenido positivo y en su aplicación práctica, debe adecuarse a las normas de jerarquía

constitucional. Dando por sentado que las normas que integran el bloque de constitucionalidad son verdaderas normas constitucionales, bien vale entonces acoger las siguientes consideraciones de la Corte que obran como síntesis de la subordinación jurídica a que se ha hecho referencia.

> "10. La Constitución Política se postula a sí misma como "norma de normas" (C.P. art. 4). El orden jurídico se reconoce como un todo primeramente en la Constitución, y a partir de ella se desarrolla dinámicamente por obra de los poderes constituidos, pero en este caso dentro del marco trazado y con sujeción a los principios y valores superiores. No podría la Constitución orientar el proceso normativo y el conjunto de decisiones que se derivan de su propia existencia, si sus preceptos no fuesen acatados por todas las autoridades y las personas. La Corte Constitucional, cabeza de la jurisdicción constitucional, tiene asignada la misión de mantener la integridad y la supremacía de la Constitución, de lo cual depende que ésta pueda conservar su connotación normativa y su poder de imperio contra todo acto u omisión de los poderes constituidos.
>
> "La afirmación del rango normativo superior de la Constitución Política se traduce en las sentencias que dicta la Corte Constitucional, a través de las cuales esta Corporación cumple su función de máximo y auténtico intérprete de la Carta. Estas dos calidades de la Corte surgen de su posición institucional como garante de la supremacía de la Constitución, cuyo sentido y alcance le corresponde inequívocamente establecer frente a todos y cada uno de los órganos del Estado, lo mismo que frente a las personas, que igualmente le deben obediencia." (Sentencia SU-640 de 1998, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz)

Se observa, de la jurisprudencia transcrita, que los Tratados sobre Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario hacen parte del bloque de constitucional, y que por tener un valor supraconstitucional, se deben tener como referencia o parámetro para realizar los juicios de constitucionalidad, de las leyes cuestionadas en su constitucionalidad ante la Corte Constitucional, lo que quiere decir, que la confrontación de las normas demandadas debe hacerse igualmente con el articulado de dichas

codificaciones para concluir, si las normas demandadas están acordes con la Carta Política o no, es decir si están conformes con la Constitución, o por el contrario son contrarias con sus disposiciones.

En las circunstancias previstas de la jurisprudencia constitucional, que tiene efectos *erga omnes*[58], vamos a citar y comentar brevemente lo que se dispone en el ordenamiento Constitucional, y en los tratados de derechos humanos que por haber sido ratificados por el Congreso, hacen parte del Bloque de Constitucionalidad por mandato de la propia Carta, de conformidad en lo contenido en los dos primeros incisos del artículo 93, al determinarse: " ***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.**"**

I.- La Carta Constitucional en relación con el debido proceso y las garantías que lo integran entre las que se encuentran el derecho a la defensa en juicio dispone:

> ARTICULO 29. ***El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.***
>
> Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.
>
> En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.
>
> Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. ***Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento***; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.
>
> Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso. (Lo destacado no lo es en texto).

[58] ARTICULO 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.
Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.

El anterior derecho imperativo se reitera en el artículo 3º de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia al establecer el derecho de defensa de la siguiente manera:

> ARTÍCULO 3o. ***DERECHO DE DEFENSA***. ***En toda clase de actuaciones judiciales y administrativas se garantiza, SIN EXCEPCIÓN ALGUNA, el derecho de defensa, de acuerdo con la Constitución Política, los tratados internacionales vigentes ratificados por Colombia y la ley***. Los estudiantes de derecho pertenecientes a los consultorios jurídicos de las universidades debidamente reconocidas por el Estado podrán ejercer la defensa técnica con las limitaciones que señale la ley, siempre y cuando la universidad certifique que son idóneos para ejercerla. (Lo destacado no lo es en el texto).

II.- El Pacto Universal de Derechos Humanos, Ley 74 de 1968, en su artículo 14 en relación con el derecho a la defensa en juicio dispone:

> ARTÍCULO 14.1.- Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. ***Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.*** La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será publica, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.……..” (Lo destacado no lo es en el texto)

Obsérvese que el Pacto Internacional de los Derechos Humanos extiende el derecho a la defensa en los procesos en que se determinen obligaciones de carácter civil, es decir, que en este caso, el Tratado amplía la aplicación del derecho a la defensa a un aspecto que no está claramente precisado en el artículo 29 de la Carta, puesto que allí se consagra de manera genérica, en cuanto se establece que se debe aplicar el debido proceso y consecuentemente el derecho a la defensa en todo tipo de actuaciones judiciales o administrativas y es claro que el proceso civil es una actuación judicial.

Se trata de una importante precisión, porque se supera esa vieja concepción que el derecho a la defensa es un derecho propio del derecho penal, del que se benefician las personas que son vinculadas a un proceso en calidad de sindicados; la concepción propuesta desconoce que los derechos civiles y de manera concreta la propiedad y el patrimonio en general, son derechos constitucionalmente protegidos, y que al serlo, su dueño tiene el

perfecto derecho a defenderlos, cuando los mismos se colocan en posición de perderse o ponerse en peligro, con la apertura de un proceso penal, fiscal, civil, comercial, laboral, de familia, agrario o de cualquier otra naturaleza [59].

III.- La Convención Americana de Derechos Humanos, Ley 16 de 1972, por su parte dispone en relación con el mismo derecho:

> ARTÍCULO 8o. ***GARANTÍAS JUDICIALES***. 1. ***Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral o de cualquier otro carácter***. ……". (Lo destacado no lo es en el texto).

Como se puede observar, el derecho a la defensa se consagra en este tratado de manera mucho más amplia, puesto que se extiende no solo a la defensa frente a las imputaciones penales, sino que se proyecta para la determinación de sus derechos civiles, laborales, "….***o de cualquier otro carácter*** ", que comprende los procesos administrativos de responsabilidad fiscal, o cualquiera de naturaleza disciplinaria adelantado por servidores públicos del Estado, o por particulares ejerciendo funciones públicas transitorias, o incluso por particulares, cuando estos administran justicia en materias laborales, educativas o deportivas, por expresa autorización de una ley de la República.

Se observa con nitidez que fue voluntad no solo del Constituyente Colombiano, sino de los legisladores continental y universal, de consagrar el debido proceso y sus garantías con un carácter imperativo con las indubitables expresiones: " *El debido proceso* ***se aplicará***…….", de la Carta

[59] ARTICULO 58. <Artículo modificado por el artículo 16237o. del Acto Legislativo 1 de 1999. El nuevo texto es el siguiente:> Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.
La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.
El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.
Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa - administrativa, incluso respecto del precio.

Colombiana; sino con el mandato contenido en ambos tratados: " ***Toda persona tiene derecho a ser oída***…….".

Igualmente sin lugar a dudas, se establece tanto en la Constitución la voluntad de que esas garantías no solo se apliquen en el ámbito judicial sino en el administrativo cuando se dispone en la Carta: "***El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.***", sino en el Pacto Universal cuando extiende la aplicación de estas garantías: "……***en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.***"; y aún con mayor claridad en la Convención Americana cuando extiende la aplicación de estas garantías a todos los ámbitos judiciales o administrativos, cuando con sus decisiones se puedan afectar los derechos de las personas cuando establece la vigencia de estas garantías: "….***en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral o de cualquier otro carácter***.".

Como se puede confrontar con la lectura de la sentencia con la que estamos en desacuerdo, nuestro juez constitucional no cumplió con su deber de haber realizado una confrontación de las partes demandadas del artículo 42 de la Ley 610 de 2000, no solo con el articulado de la Carta Política, sino también con el de los tratados sobre Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario como lo demanda la norma de procesal constitucional que a continuación analizaremos.

Debemos destacar de manera particular lo sostenido en la sentencia C-1490 del 2 de noviembre de 2000, con ponencia del H. M. Fabio Morón Díaz, en cuanto se concluye que la ley que contradiga cualquiera de las normas que integran el bloque de constitucionalidad deberá ser retirada del ordenamiento jurídico, en cuanto a que la oposición de una norma con las disposiciones superiores, no se origina solamente en la contradicción con la Constitución. En tal sentido se determina:

> ***"Por lo tanto, si una ley contradice lo dispuesto en cualquiera de las normas que integran el bloque de constitucionalidad la Corte Constitucional deberá retirarla del ordenamiento jurídico, por lo que, en principio, los actores tienen entonces razón en indicar que la inexequibilidad de una disposición legal no sólo se***

origina en la incompatibilidad de aquella con normas contenidas formalmente en la Constitución.

El juicio de CONSTITUCIONALIDAD Y LA CONFRONTACIÓN QUE DEBE HACERSE DE LA NORMA DEMANDADA, CON LA TOTALIDAD DE LOS PRECEPTOS DE LA CONSTITUCIÓN Y DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.

La Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, en su artículo 46, en relación con la cosa juzgada constitucional, impone como un deber del juez constitucional que las disposiciones normativas sometidas a control de constitucionalidad deben ser confrontadas con la totalidad de los preceptos de la Constitución. En tal sentido determina:

> ARTÍCULO 46. ***CONTROL INTEGRAL Y COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL***. En desarrollo del artículo 241101 de la Constitución Política, ***la Corte Constitucional deberá confrontar las disposiciones sometidas a su control con la totalidad de los preceptos de la Constitución***. (Lo destacado no lo es en el texto).

El Decreto 2067 de 1991, contiene el "…régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional...", determina en el artículo 22 la mecánica que debe realizar el juez constitucional, para dictar sus fallos, reiterando el deber de realizar una confrontación de la totalidad de los preceptos constitucionales, con la norma demandada.

Es evidente que al haberse desarrollado una línea jurisprudencial uniforme y reiterada sobre el bloque de constitucional, derivado del contenido de los dos primeros incisos del artículo 93 de la Carta, esa confrontación de las normas demandadas debe hacerse igualmente con el contenido de las normas del Derecho Internacional Humanitario y las de los Derechos Humanos, por ser normas superiores que están integradas al texto de la Carta Política, que tienen el mismo valor de las normas constitucionales.

En el artículo 22 de ese decreto, se impone para la Corte Constitucional el deber de confrontar las normas sometidas a control de constitucionalidad con la totalidad de los preceptos de la Carta Política.

Lo anterior nos indica que para resolver sobre la exequibilidad de una norma revisada en juicio de constitucionalidad, se debe confrontar la norma

acusada, con todas y cada una de las disposiciones de la Carta, y si el juez constitucional al concluir que el derecho a la defensa no rige en el ámbito disciplinario, para llegar a esa conclusión, ha debido realizar la confrontación no solo con todas las normas constitucionales, sino con el articulado de los Pactos sobre Derechos Humanos, y si se hubiese cumplido con tal deber habría tenido que llegar a conclusiones contrarias a las que llegó.

La única excepción al cumplimiento de ese deber por parte de la Corte Constitucional de hacer esa confrontación de la totalidad de las normas constitucionales con las normas demandadas es en los fallos de cosa juzgada constitucional, de conformidad con las previsiones del artículo 21 del Decreto antes citado. Las normas citadas disponen:

> ARTICULO 21. Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares.
>
> ARTICULO 22. ***La Corte Constitucional deberá confrontar las disposiciones sometidas a control con la totalidad de los preceptos de la Constitución,*** especialmente los del Título II, salvo cuando para garantizar la supremacía de la Constitución considere necesario aplicar el último inciso del artículo 21.
>
> La Corte Constitucional podrá fundar una declaración de inconstitucionalidad en la violación de cualquier norma constitucional, así ésta no hubiere sido invocada en el curso del proceso. (Lo destacado no lo es en el texto).

Lo anterior nos indica que para resolver sobre la exequibilidad o inexequibilidad de una norma revisada en juicio de constitucionalidad, se debe confrontar la norma acusada, con todas y cada una de las disposiciones constitucionales, y si el juez constitucional al concluir que el derecho a la defensa no rige en el ámbito disciplinario, hubiese hecho la confrontación no solo con las normas constitucionales, sino con las normas de los Pactos sobre Derechos Humanos, habría tenido que llegar a conclusiones contrarias a las que llegó.

En las circunstancias anteriores, debemos reiterar nuestro criterio, que por expresa disposición de la Constitución y de los Tratados de Derechos Humanos a los que hemos hecho alusión, el derecho a la defensa imperativamente debe ser ejercido no solo en los procesos penales, sino en los disciplinarios, en los civiles, laborales, de policía, administrativos, o de cualquiera otra índole.

Finalmente, no podemos menos que recordar el contenido del artículo 94 de la Carta, en el que se dispone que los derechos consagrados en la Constitución no son taxativos y que por tanto se pueden aceptar otros que si estar incluidos en la Carta, son inherentes a la naturaleza humana. La norma citada dispone:

> 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.

Todo aquel que es atacado tiene derecho a defenderse, todo aquel que por cualquier circunstancia, se pone en peligro alguno de sus derechos constitucionalmente consagrados, tiene derecho a defenderlos, no solo porque se afecte su libertad como consecuencia de la pena, sino porque también los otros derechos fundamentales así axiológicamente tengan menos entidad que la libertad de locomoción tienen derecho a ser defendidos, y no solo el ciudadano tiene derecho a defenderse para evitar una sanción penal o disciplinaria, sino que si se afectan sus derechos civiles, administrativos, laborales, o de cualquier otra naturaleza tiene derecho a defenderlos.

Es decir, tal como están redactados los artículos 29 de la Carta Política, 14 del Pacto Universal de Derechos Humanos, - Ley 74 de 1968 -, y el artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos, - Ley 16 de 1972, la afectación de un derecho fundamental como la libertad por medio de un proceso penal surge inequívocamente el derecho a la defensa en juicio; la apertura de un proceso disciplinario que pone en riesgo los derechos al buen nombre y al ejercicio de la profesión, indica de manera necesaria el ejercicio al derecho a la defensa en juicio; y la vinculación por demanda a un proceso, civil, laboral, agrario, de familia, o de cualquier otra índole se traduce en el derecho a defenderse por medio de un abogado de la afectación de esos derechos que pueden ser afectados en ese proceso.

Lo anterior es claro porque el debido proceso y todas y cada una de sus garantías se "aplicará "a todo tipo de actuaciones judiciales y administrativas.

La ley 23 de 1981.

Es una realidad que el derecho a la defensa en la Ley 23 de 1981 se consagra de una manera potestativa al establecerse:

"ARTÍCULO 77. En todos los casos en que el profesional instructor ***o el profesional acusado lo consideren indispensable o conveniente, podrán asesorarse de abogados titulados***. (Lo destacado no lo es el texto).

Es igualmente cierto que por sentencia C-259 del 15 de junio de 1995, la Corte Constitucional con ponencia del H. M. Hernando Herrera Vergara declaró la constitucionalidad de esta norma, pese a que en el cargo primero de la demanda se reprocha que el procedimiento previsto en la Ley 23 carecía de las garantías propias del debido proceso.

Consideró nuestra máxima Corporación constitucional, que el derecho disciplinario hace parte del Derecho Penal, por tanto, son aplicables a aquel, las mismas normas, principios y garantías propias de este último al sostener:

> "El proceso disciplinario contenido en las disposiciones demandadas tiene efectos sancionatorios por infracción de las normas en materia de ética médica, que conllevan a una responsabilidad derivada del derecho administrativo disciplinario. Acerca del mismo, la Corte Constitucional ha expresado:
>
> *"Este tipo de responsabilidad ha dado lugar a la formación de una rama del derecho administrativo llamada "derecho administrativo disciplinario". Un amplio sector de la doctrina, si bien admite la diferenciación entre la responsabilidad civil, penal y disciplinaria, encuentra que la sanción disciplinaria debe sujetarse a los principios y garantías propias del derecho penal.* ***Según esta interpretación, el derecho disciplinario es una modalidad del derecho penal, y en su aplicación deben observarse las mismas garantías y los mismos principios que informan el derecho penal. La naturaleza esencialmente sancionatoria de ambos derechos hace que las garantías del derecho más general (el penal) sean aplicables también a ese otro derecho, más especializado, pero igualmente sancionatorio, que es el derecho disciplinario. Tanto el derecho penal como el administrativo disciplinario emplean las penas como el principal mecanismo de coacción represiva. Todos los principios y garantías propias del derecho penal se predican también del disciplinario.*** *Esta situación ha llevado a considerar que el término derecho penal*

es impropio (pues existen, como se ve, varios derechos penales) y empieza a hacer carrera la revitalización del término "derecho criminal" para referirse al derecho de los delitos propiamente dichos.

Todo lo anterior lleva a la conclusión inequívoca de que este derecho disciplinario, que es, en últimas un derecho penal administrativo, debe aplicarse con la observancia debida a los principios del derecho penal común. Debe aplicarse directamente el art. 375 del Código Penal, que establece:

"Las disposiciones contenidas en el Libro Primero de este Código se aplicarán también a las materias penales de que tratan otras leyes o normas, siempre que éstas no dispongan otra cosa"

En consecuencia, se debe entender que "materias penales" no es equivalente a "materias criminales", sino a materias en las que se apliquen penas, y se debe entender el término "penas" en un sentido amplio, como cualquier represión estatal formalizada. Si no se aceptare la aplicación directa de este precepto en el derecho disciplinario, cabría en todo caso la aplicación analógica del mismo, por la similitud en la naturaleza de las normas. ***En todo caso, la misma Constitución permite hacer esta interpretación, pues en el artículo 29 generaliza las normas del debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas."*** (Sentencia No. T - 438 de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.). (Lo destacado no lo es en el texto).

La Corte dando respuesta a los reproches de la demanda argumentó, por el contrario, que en el texto de las normas demandadas se garantizaban a plenitud los derechos propios del debido proceso constitucional, entre ellas, el derecho a la defensa. En tal sentido se argumentó:

"Es bien sabido que nuestra Carta Política consagra el principio fundamental del debido proceso, en virtud del cual "*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio" (*artículo 29 C.P.). ***El debido proceso tiene aplicación no solamente en relación con las actuaciones judiciales, sino también con las administrativas.***

De esta manera, para que se configure el debido proceso en forma adecuada y con sujeción a la Constitución y a la ley debe mediar necesariamente la existencia de la normatividad que consagra la tipicidad de las faltas que puedan acarrear las respectivas sanciones para imponerlas, sean éstas de carácter administrativo o judicial; el respeto del derecho de defensa al inculpado, durante los trámites de investigación y juzgamiento, con la facultad dentro del mismo de presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra, y en fin, la observancia de la plenitud de las formas propias del respectivo proceso.

……..

Ahora bien, es preciso analizar si el proceso ético-profesional regulado por la Ley 23 de 1981 a través de los preceptos demandados cumple o no con los postulados del debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política.

La adopción de normas en materia de ética médica como mecanismo de protección de la dignidad humana y de la sociedad, tuvo como fundamento las consideraciones expresadas en la exposición de motivos de la Ley 23 de 1981, en uno de cuyos apartes se expresó:

"*actualizar las normas que rigen en materia de Ética Médica, dado el avance de los conocimientos que en el campo de la ciencia médica se ha presentado en las últimas décadas con tan considerable rapidez y las necesidades de salvaguardar en toda sociedad la dignidad y los fueros de la persona humana, manteniendo las más sobresalientes virtudes que en su evolución milenaria ha ostentado el ejercicio médico, adoptándolas (sic) a las cambiantes realidades científicas y sociales."*[2]

En la misma exposición y con respecto a la integración del Tribunal de Ética Médica, y al establecimiento del proceso disciplinario respectivo, se afirmó:

"*(...) se establece la creación de un Tribunal de Ética Médica que a nivel nacional vigile el cumplimiento de las normas que contempla el proyecto (...). El capítulo segundo, fija el procedimiento a seguir para imponer una sanción disciplinaria, garantizando*

desde luego el derecho de defensa, de conformidad con el artículo 26 de nuestra Constitución." (Artículo 29 de la Constitución Vigente).[3]

……..

El artículo 29 de la Constitución Política consagra los mismos principios del artículo 26 de la Carta de 1886 referentes al debido proceso y a las formalidades propias del juicio ante tribunal competente, pero ampliándolas a todas las actuaciones de las autoridades judiciales y administrativas, y consagrando de manera expresa la presunción de inocencia, el derecho de defensa, el principio de publicidad y de celeridad, el derecho de contradicción, el derecho de impugnación y el principio del "non bis in ídem", todos los cuales son desarrollo del debido proceso.

En el asunto sub-examine, los artículos 72 a 82 demandados garantizan en materia de procesos de ética médica, que estos se adelanten con la observancia plena del debido proceso y ante el Tribunal competente, que lo es el Tribunal de Ética Médica.

En efecto, se consagra la existencia de un Tribunal competente (artículos 74 y 75, Ley 23 de 1981); se garantiza el derecho de defensa del acusado por violación de la ética médica al permitirle a éste formular los correspondientes descargos ante el mismo Tribunal, con respecto a los cargos que se le hagan (artículo 80). ***Igualmente, se le concede el derecho de ser asistido por un abogado escogido por él (artículo 77)****; y además, para dejar a salvo las garantías consignadas en el artículo 29 de la Constitución Política, se expresa en forma concluyente que en lo concerniente al proceso disciplinario ético profesional* ***"En lo no previsto en la Ley, se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal" (artículo 82), con lo cual queda plenamente asegurada la observancia "de la plenitud de las formas propias" del respectivo proceso disciplinario, en materia de ética médica, a que se contraen los preceptos demandados.***(Lo destacado no lo es en el texto).

Obsérvese que nunca se hizo alusión a la defensa potestativa, sino que en su parte considerativa habla de un derecho a la defensa pleno. Es importante igualmente destacar que se sostuvo que en el artículo 77 se garantizaba el

derecho a la defensa cuando expresó: "Igualmente*, se le concede el derecho de ser asistido por un abogado escogido por él (artículo 77)" ,* dando a entender que este derecho estaba plenamente garantizado.

Pareciera que la Corporación no percibió que la norma demandada estaba consagrando un derecho potestativo, y ello surge claro, porque siempre se refiere al artículo 29 y al Código de Procedimiento Penal, donde el debido proceso y el derecho a la defensa no se consagran precisamente como un derecho potestativo, sino por el contrario, plenamente imperativo.

De la misma manera, es necesario concluir que las consideraciones de la providencia, no tienen correlación argumentativa con la parte resolutiva, o mejor, que no se cayó en cuenta por la Corporación, que el artículo tal como está redactado limitaba sustancialmente el ejercicio del derecho a la defensa, puesto que permite la posibilidad de que en determinados casos el proceso se adelante sin que el disciplinado tenga el acompañamiento de un defensor técnico.

Lamentablemente esta Corporación no tuvo en cuenta las profundas diferencias existentes entre el artículo 26 de la Constitución de 1886 [60], y el artículo 29 de la actual Carta Política[61], porque si hubiese realizado una comparación cuidadosa de las dos normas habría percibido que en la Constitución de 1886 no se consagró el derecho a la defensa, y que la misma fue reconocida jurisprudencialmente en las decisiones de constitucionalidad y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

---

[60] C. P. Art. 26. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.
En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

[61] ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.
Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.
En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.
Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.
Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Si hubiese tenido en cuenta de las profundas diferencias existentes entre las dos Cartas Políticas que se sucedieron en el tiempo, habría caído en la cuenta que se había producido una inexequibilidad sobrevenida, o se hubieran decidido por una constitucionalidad condicionada.

La inconstitucionalidad sobrevenida.

Antes de adentrarnos en esta temática debemos recordar el contenido de una vieja norma, de la Ley 153 de 1887, en la que se dispone acertadamente que la Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente, explicando que toda la legislación anterior a la nueva Constitución que sea contraria a su letra o a su espíritu, se debe desechar como insubsistente. En tal sentido se determina:

> ARTICULO 9º. La Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente. ***Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra ó a su espíritu, se desechará como insubsistente***. (Lo destacado no lo es en el texto).

Es evidente que en la norma transcrita se establece una realidad que no puede desconocerse, porque al entrar en vigencia una nueva Constitución, la legislación anterior no desaparece, pero es evidente que aquella que sea contraria a las nuevas ideologías establecidas en la Carta Magna, debe entenderse como derogada y será inaplicable por ser claramente violatoria de la nueva Carta Política.

El fenómeno de la inconstitucionalidad sobrevenida se presenta cuando se produce un tránsito constitucional cuando se promulga una nueva Constitución, o la vigente es reformada en cualquier sentido, porque las normas legales que estaban rigiendo con la vieja Constitución y estaban acordes con los principios de la misma, pueden llegar a ser contrarias con lo establecido en la nueva Carta Política, o en las normas reformatorias de la misma. Este fenómeno ha sido definido por la Corte Constitucional en múltiples decisiones, entre las cuales destacamos:

> ***“ Si bien los artículos aquí demandados pudieron entenderse ajustados, en su momento, a los preceptos constitucionales que gobernaron su expedición y, en efecto, la presunción de constitucionalidad que los cobijaba no fue desvirtuada, toda vez que la Corte Suprema de Justicia -Tribunal entonces competente para hacerlo- no profirió fallo que declarara su inexequibilidad, esta***

> ***Corporación no puede descartar que, mirados a la luz de la preceptiva constitucional hoy en vigor, resulten contrarios a ella, como lo sostiene el demandante, por lo cual se hace necesario resolver el punto con efectos "erga omnes". Una norma que se oponga a lo preceptuado por la Constitución, bien que se establezca dentro de su vigencia, ya sea que la hubiese antecedido, no puede continuar rigiendo****. (Sentencia* C143 del 20 de abril de 1993, M. P. José Gregorio Hernández G.). (Lo destacado no lo es en el texto).

Poco tiempo después la misma Corporación sostuvo en relación con el mismo concepto:

> "La tercera situación se presenta en el evento del tránsito constitucional. ***Estudiada una norma bajo la vigencia de un ordenamiento constitucional y declarada exequible, nada impide que con la entrada en vigencia de una nueva Carta dicha norma resulte inconstitucional, lo cual hace procedente un nuevo juicio, sin que pueda hablarse de cosa juzgada.*** Ahora, los pronunciamientos relativos a vicios formales de la norma acusada, quedan cobijados por los efectos de la cosa juzgada, pues estos debieron ajustarse a la normatividad constitucional existente al momento de su promulgación, sin que sea viable un juicio de constitucionalidad respecto de formalidades o trámites que no existían al momento de la promulgación.".(Sentencia Corte Constitucional, expediente D-138 M:P: Dr. Ciro Angarita Barón).(Lo destacado no lo es en el texto).

El mismo criterio se reiteraría posteriormente al sostenerse sobre el mismo tema:

> *"Estudiada* ***una norma bajo la vigencia de un ordenamiento constitucional y declarada exequible, nada impide que con la entrada en vigencia de una nueva Carta dicha norma resulte inconstitucional, lo cual hace procedente un nuevo juicio, sin que pueda hablarse de cosa juzgada.*** *Ahora, los pronunciamientos relativos a vicios formales de la norma acusada quedan cobijados por los efectos de la cosa juzgada, pues estos debieron ajustarse a la normatividad constitucional existente al momento de su promulgación, sin que sea viable un juicio de constitucionalidad res-*

> *pecto de formalidades o trámites que no existían al momento de la promulgación de las normas.* (Sentencia C-170 del 29 de abril de 1993. M. P. Fabio Morón D.) (Lo destacado no lo es en el texto).

Es claro que al no estar comprendido el derecho a la defensa en juicio, entre los derechos y garantías allí consagrados en la Carta de 1886, la instauración del debido proceso, con clara ampliación de los derechos, garantías y libertades, reconocidos jurisprudencialmente por la Corte Suprema de Justicia, como propios del debido proceso, establecía una nueva concepción, esto es, un derecho de carácter imperativo, y automáticamente convertía en contraria a la nueva Carta Política, cualquier disposición pre-constitucional que no consagrara esos derechos y garantías de manera igualmente imperativa.

Es el caso concreto del artículo 77 de la Ley 23 de 1981, que, al consagrar el derecho a la defensa como facultativo, se convertía en una norma contraria al nuevo ordenamiento constitucional, como consecuencia de la inconstitucionalidad sobrevenida, puesto que en la nueva Carta Política, el debido proceso y todas y cada una de las garantías que lo integran deben respetarse de manera imperativa.

Es importante destacar que de conformidad con la actual Constitución las garantías que integran el concepto del debido proceso constitucional no son patrimonio único del proceso penal, sino que dichos derechos y garantías fueron consagrados de manera universal para toda clase de procedimientos judiciales y administrativos. Es importante destacar que la providencia que se analiza reconoce este hecho, es decir la universalidad del debido proceso en todo tipo de actuaciones judiciales y administrativas.

Cuando la Corte Constitucional en algunas de sus decisiones ha concluido que el derecho a la defensa no es tan estricto y exigente en el derecho disciplinario, como si lo es en el derecho penal, desconoce el significado gramatical del anterior texto y termina modificando la Constitución por medio de una simple sentencia, que no es precisamente una de las formas para introducir reformas a la Carta Política.

Cuando se justifica tal posición en una de esas sentencias, argumentándose que en el proceso disciplinario no se priva de la libertad a las personas, se incurre en un error axiológico muy grave, porque sin desconocer la inmensa trascendencia valorativa del derecho a la libertad, tampoco se

puede minimizar el gran valor personal, familiar, y social que tiene para un profesional de la medicina, o de cualquier otra profesión liberal, el ser sancionado con cualquier tipo de castigo disciplinario, por faltas cometidas en el ejercicio de esa profesión, y esta posición lleva a desconocer que la sanción de suspensión por un término de cinco (5) años en el ejercicio profesional, constituye un castigo mucho más grave que la sanción que se impone a los responsables penales por delitos de menor entidad como serían por ejemplo la calumnia o la injuria.

Es una realidad, que los elementos del delito, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad son factores comunes entre el delito y la infracción contravencional, así existan pequeñas diferencias en cuanto a la concepción de cada uno, pero en materia de derechos y garantías, éstas por ser de origen constitucional, no se debe hacer remisión a otros ordenamientos legales, sino a las normas constitucionales que las consagran y a las leyes que las reglamentan.

La problemática que se discute en relación con el derecho a la defensa, dentro de esferas jurídicas diferentes al derecho penal, no se solucionan en el ámbito normativo legal, sino que es la Constitución y las normas internacionales sobre derechos humanos, las que nos dan la solución frente a tal conflicto interpretativo; por tanto el reconocimiento de derechos y garantías no lo resolvemos mirando la codificación que regula disciplinariamente la conducta de los servidores públicos, sino analizando el artículo 29 de la Carta para resolver si sus garantías son aplicables únicamente al derecho penal o son extensibles a otras codificaciones extrapenales.

LA NO EXISTENCIA DE COSA JUZGADA EN EL CASO DE LAS SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD POR NO HABERSE REALIZADO LA CONFRONTACIÓN DE LAS NORMAS DEMANDADAS, CON LA TOTALIDAD DE LAS QUE INTEGRAN EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.

El principio de la cosa juzgada constitucional surge del contenido del artículo 243 constitucional en cuanto dispone:

> ARTICULO 243. ***Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional***.
> Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo, ***mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron***

para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución. (Lo destacado no lo es en el texto)

De la anterior disposición se concluye que la cosa juzgada constitucional es inmutable, intangible, definitiva, inmodificable, y obligatoria para todas las personas, mientras subsistan las normas de la Constitución que sirvieron de fundamento para la decisión de constitucionalidad y mientras subsistan las mismas, ninguna autoridad podrá reproducir la norma declarada inexequible por razones de fondo.

En Sentencia C-311 del 30 de abril de 2002, con ponencia del H. M. Manuel José Cepeda E., se establecen los requisitos que deben darse para que se pueda predicar la existencia del principio de la cosa juzgada constitucional, al considerarse:

> "El inciso segundo del artículo 243 de la Carta Política establece lo siguiente:
>
> Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.
>
> De conformidad con la disposición constitucional citada, para determinar si se esta en presencia del fenómeno de la cosa juzgada material, es preciso examinar cuatro elementos:
>
> Que un acto jurídico haya sido previamente declarado inexequible.
>
> Que la disposición demandada se refiera al mismo sentido normativo excluido del ordenamiento jurídico, esto es, que lo reproduzca ya que el *contenido material* del texto demandado es igual a aquel que fue declarado inexequible. Dicha identidad se aprecia teniendo en cuenta tanto la redacción de los artículos como el contexto dentro del cual se ubica la disposición demandada, de tal forma que si la redacción es diversa pero el contenido normativo es el mismo a la luz del contexto, se entiende que ha habido una reproducción.[3]

> Que el texto de referencia anteriormente juzgado con el cual se compara la "reproducción" haya sido declarado inconstitucional por *"razones de fondo"*, lo cual significa que la *ratio decidendi* de la inexequibilidad no debe haber reposado en un vicio de forma.
>
> ***Que subsistan las disposiciones constitucionales que sirvieron de fundamento a las razones de fondo en el juicio previo de la Corte en el cual se declaró la inexequibilidad***.[4]
>
> Cuando estos cuatro elementos se presentan, se está ante el fenómeno de la cosa juzgada constitucional material y, en consecuencia, la norma reproducida, también debe ser declarada inexequible por la violación del mandato dispuesto en el artículo 243 de la Constitución Política, pues éste limita la competencia del legislador para expedir la norma ya declarada contraria a la Carta Fundamental. (Lo destacado no lo es en el texto).

En la sentencia C-153 del 5 de marzo de 2002, con ponencia de la H. M. Clara Inés Vargas H., en relación con el principio de la cosa juzgada constitucional se establecen sus características y se afirma que existe cuando se han dado los trámites y se han cumplido las condiciones y requisitos establecidos en la ley, al considerarse:

> "El artículo 243 de la Constitución Política dispone que los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada, y agrega que ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.
>
> La jurisprudencia constitucional ha expresado que la cosa juzgada constitucional más que un principio o un efecto propio de las sentencias que profiere esta Corte constituye una *cualidad* [1]de estas decisiones judiciales. Igualmente ha expresado que, en términos generales, el principio de la cosa juzgada *"se traduce en el carácter inmutable, intangible, definitivo, indiscutible y obligatorio de los fallos cuando se han dado los trámites y se han cumplido las condiciones y requisitos previstos por la ley"*.[2]

La cosa juzgada constitucional implica, en principio, que el pronunciamiento efectuado por la Corte no puede ser objeto de un nuevo debate o revisión. En este sentido resulta innegable la íntima conexión de este principio con el de la seguridad jurídica, puesto que la cosa juzgada garantiza a la sociedad la certeza sobre el significado y alcance de las determinaciones adoptadas por la Corte Constitucional.

De conformidad con lo prescrito en el artículo 22 del Decreto 2067 de 1991, que contiene el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que se surten ante la Corte Constitucional, esta Corporación al ejercer el control constitucional debe confrontar el texto acusado con la totalidad de los preceptos de la Carta Política, pudiendo fundar su decisión en la violación de cualquiera norma constitucional, así ésta no hubiere sido invocada en el curso del proceso[62]. En este sentido también se orienta el mandato del artículo 46 de la Ley 270 de 1996 -Estatutaria de la Administración de Justicia- según el cual "En desarrollo del artículo 241 de la Constitución Política, la Corte Constitucional deberá confrontar las disposiciones *sometidas a su control con la totalidad de los preceptos de la Constitución"[63].*

Obsérvese que luego de citar el artículo 22 del Decreto 2067 de 1991, contentivo del régimen procedimental de los juicios de constitucionalidad, al mismo tiempo que el artículo 46 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, considera que esa Corporación al realizar el control de constitucionalidad de una norma legal, la "…..***debe confrontar el texto acusado con la totalidad de los preceptos de la Carta Política…";*** lo que nos lleva a concluir contrario sensu, que si no se realiza la confrontación de la norma demandada con la totalidad de los preceptos de la Carta Política, no se puede afirmar la existencia de la cosa juzgada constitucional.

---

[62] ARTICULO 22. ***La Corte Constitucional deberá confrontar las disposiciones sometidas a control con la totalidad de los preceptos de la Constitución,*** especialmente los del Título II, salvo cuando para garantizar la supremacía de la Constitución considere necesario aplicar el último inciso del artículo 21.

La Corte Constitucional podrá fundar una declaración de inconstitucionalidad en la violación de cualquiera norma constitucional, así ésta no hubiere sido invocada en el curso del proceso. (Lo destacado no lo es en el texto).

[63] ARTÍCULO 46. ***CONTROL INTEGRAL Y COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL***. En desarrollo del artículo 241101 de la Constitución Política, ***la Corte Constitucional deberá confrontar las disposiciones sometidas a su control con la totalidad de los preceptos de la Constitución***. (Lo destacado no lo es en el texto).

Pero en relación con este punto debe recordarse que el texto constitucional en los dos primeros incisos del artículo 93, crea el bloque de constitucionalidad, que está integrado por los tratados internacionales ratificados por el Congreso de la República en relación con los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. En tal sentido se dispone en la norma citada:

> ARTICULO 93. ***Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno***.
>
> Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, ***se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia***…… (Lo destacado no lo es en el texto).

Este concepto ha sido desarrollado de manera uniforme y reiterada por la Corte Constitucional, en lo que se ha denominado como bloque de constitucionalidad, tal como se expuso y demostró en antecedencia en este mismo escrito y tal realidad normativa y jurisprudencial es la que nos lleva a afirmar la ausencia de cosa juzgada constitucional, porque en ninguna de las decisiones de exequibilidad en las que se ha concluido que el derecho a la defensa es potestativo en el momento de rendir versión por parte de los procesados, ni siquiera se mencionó la problemática del bloque de constitucionalidad y mucho menos se realizó la imperativa confrontación entre la norma sometida a control constitucional con los artículo 14 y 8º del Pacto Universal y la Convención Americana de derechos humanos respectivamente, tal como lo impone el artículo 46 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia y el artículo 22 del Decreto 2067 de 1991, contentivo del régimen procesal al que debe someterse la Corte Constitucional en los procesos de control de constitucionalidad.

Las precedentes reflexiones, de manera lógica y necesaria nos llevan a concluir de la siguiente manera:

1) El precepto contenido en el inciso primero del artículo 29 de la Carta Política es de carácter imperativo y comprende de manera necesaria todo tipo de procedimientos judiciales y administrativos;

2) gramaticalmente hablando, si el inciso primero del artículo 29 de la Carta, establece que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, se debe entender, que la totalidad de las garantías allí enunciadas, se deben aplicar y respetar en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

3) Frente a tal mandato imperativo, no puede hacerse afirmación diferente a que el principio del debido proceso constitucional, y todos y cada uno de los derechos, libertades y garantías que lo integran, son de obligatoria aplicación a todos los procesos judiciales y administrativos que se adelantan en nuestro país.

4) La sentencia C-131 del 26 de febrero de 2002, con ponencia del H. M. Jaime Córdoba T., en la que se resolvió la exequibilidad parcial del artículo 42 de la Ley 610 de 2000 que regula el proceso de responsabilidad fiscal, en la que se concluye que en la versión que rinde el disciplinado en procesos de responsabilidad fiscal, la defensa depende del criterio del procesado y por tanto, pero en caso de no ejercer el derecho a la defensa técnica, no existe, por parte del investigador la obligación a designarle defensor de oficio; y que si la diligencia se realiza sin la presencia del defensor, la actuación no podrá ser invalidada por esta omisión. La decisión que se reprocha no constituye cosa juzgada constitucional, por no haber realizado la confrontación del contenido del artículo 42 antes citado, con las normas consagratorias del debido proceso en el Pacto Universal y en la Convención Americana de derechos Humanos.

5) Por las mismas razones, la sentencia C-259 del 15 de junio de 1995 de la Corte Constitucional con ponencia del H. M. Hernando Herrera Vergara mediante la cual se declaró la constitucionalidad del artículo 77 de la ley 23 de 1981, no constituye cosa juzgada constitucional en cuanto se consagra el derecho a la defensa en el momento de rendir versión como un derecho potestativo, que por lo mismo es renunciable, sin que ello pudiera ocasionar la invalidez del proceso por violación del debido proceso constitucional.

6) Ninguna de las sentencias de constitucionalidad que se han producido, en las que se ha sostenido una menor exigencia de las garantías del debido proceso en el derecho disciplinario, han sido confrontadas con las normas internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, y por tanto no constituyen cosa juzgada constitucional.

7) La correcta interpretación del inciso primero del artículo 29 de la Carta y su necesaria aplicación, nos llevan a concluir que el derecho a la defensa, tanto en los procesos judiciales, como en los administrativos, es permanente, intemporal, e imperativa durante la investigación preliminar, en la investigación propiamente dicha y en la etapa del juicio.

LAS QUEJAS POR EVALUACIONES MÉDICAS LABORALES

Dr. César Bruno y Caro
Magistrado del Tribunal de Ética Médica del Meta

I. INTRODUCCIÓN

En el Tribunal de Ética Médica del Meta, se ha presentado últimamente un incremento significativo de las quejas laborales, ya sea por inconformidad con la evaluación médica preocupacional o de preingreso, o con la evaluación médica posocupacional o de egreso, o con la evaluación médica de invalidez o pérdida de capacidad laboral y ocupacional. Este incremento nos ha encontrado impreparados pues la literatura sobre este tema es escasa y, para cada uno de nosotros, cada investigación relativa a estas causales es un verdadero reto. Esto nos ha impulsado a estudiar el tema y a compartir con Ustedes el fruto de nuestra investigación.

II. MARCO LEGAL

Las normas vigentes que reglamentan la evaluación médica preocupacional o de preingreso, o la evaluación médica posocupacional o de egreso, o la evaluación médica de invalidez o pérdida de capacidad laboral y ocupacional, son las siguientes:

: **1. El DECRETO 1295 DE 1994** (junio 22), del MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, "Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales". De esta norma, son de particular importancia el ARTÍCULO 21 (OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR) y, del CAPÍTULO VI (PREVENCIÓN Y PROMOCIÓN DE RIESGOS PROFESIONALES), el ARTÍCULO 56 (RESPONSABLES DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS PROFESIONALES).

2. RESOLUCIÓN 2346 DE 2007(julio 11), del MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, por la cual se regula la práctica de evaluaciones médicas ocupacionales y el manejo y contenido de las historias clínicas ocupacionales. De particular interés son los siguientes artículos:

Artículo 9°. Personal responsable de realizar las evaluaciones médicas ocupacionales. Las evaluaciones médicas ocupacionales deben ser realizadas por médicos especialistas en medicina del trabajo o salud ocupacional, con licencia vigente en salud ocupacional, siguiendo los criterios definidos en el programa de salud ocupacional, los sistemas de vigilancia epidemiológica o los sistemas de gestión, así como los parámetros que se determinan en la presente resolución.

Cuando según certificaciones expedidas por las respectivas secretarías de salud de los departamentos de Amazonas, Arauca, Chocó, Guainía, Guaviare, San Andrés, Putumayo, Vaupés y Vichada, no exista disponibilidad de médicos con especialización en medicina del trabajo o salud ocupacional, con licencia vigente en salud ocupacional, las evaluaciones médicas ocupacionales podrán ser realizadas por médicos que tengan mínimo dos (2) años de experiencia en salud ocupacional, previa inscripción como tales ante las respectivas secretarías de salud y mientras subsista dicha situación.

Artículo 10. Valoraciones complementarias a las evaluaciones médicas ocupacionales. Las valoraciones médicas complementarias forman parte de las evaluaciones médicas ocupacionales y deberán programarse con anterioridad a su realización; en ellas participarán diferentes profesionales de la salud, según se requiera.

Los resultados de las valoraciones complementarias deben hacer parte de la historia clínica ocupacional y serán analizados por el médico en la respectiva evaluación médica ocupacional.

El médico informará al trabajador el resultado de las pruebas o valoraciones complementarias.

Artículo 13. Evaluaciones médicas específicas según factores de riesgo.
Artículo 14. Historia clínica ocupacional.
Artículo 15. Contenido mínimo de la historia clínica ocupacional.

3. DECRETO LEY 19 DE 2012 (enero 10), ***"Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública".***

CAPITULO IX.
TRÁMITES, PROCEDIMIENTOS Y REGULACIONES DEL SECTOR ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO.

Artículo 142. CALIFICACIÓN DEL ESTADO DE INVALIDEZ. <Ver modificaciones directamente en la Ley 100 de 1993> El artículo 41 ***de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, quedará así***
:

"Artículo 41. Calificación del Estado de Invalidez. El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación. Este manual será expedido por el Gobierno Nacional y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral.

Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales.

El acto que declara la invalidez que expida cualquiera de las anteriores entidades, deberá contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión, así como la forma y oportunidad en que el interesado puede solicitar la calificación

por parte de la Junta Regional y la facultad de recurrir esta calificación ante la Junta Nacional.

Cuando la incapacidad declarada por una de las entidades antes mencionadas (ISS, Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones-, ARP, aseguradora o entidad promotora de salud) sea inferior en no menos del diez por ciento (10%) a los límites que califican el estado de invalidez, tendrá que acudirse en forma obligatoria a la Junta Regional de Calificación de Invalidez por cuenta de la respectiva entidad.

Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto.

PARÁGRAFO 1. Para la selección de los miembros de las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de Invalidez, el Ministerio del Trabajo tendrá en cuenta los siguientes criterios:

La selección se hará mediante concurso público y objetivo, cuya convocatoria se deberá hacer con no menos de dos (2) meses de antela-

ción a la fecha del concurso e incluirá los criterios de ponderación con base en los cuales se seleccionará a los miembros de estos organismos. La convocatoria deberá publicarse en un medio de amplia difusión nacional.

Dentro de los criterios de ponderación se incluirán aspectos como experiencia profesional mínima de cinco (5) años y un examen escrito de antecedentes académicos sobre el uso del manual de pérdida de capacidad laboral y de invalidez, el cual se realizará a través de una entidad académica de reconocido prestigio. Los resultados del concurso serán públicos y los miembros de las Juntas serán designados por el Ministro del Trabajo, comenzando por quienes obtuvieran mayor puntaje.

La conformación de las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez podrá ser regionalizada y el manejo de sus recursos será reglamentado por el Gobierno Nacional de manera equitativa. El proceso de selección de los integrantes de las juntas de calificación de invalidez se financiará con recursos del Fondo de Riesgos Profesionales.

PARÁGRAFO 2. Las entidades de seguridad social, los miembros de las Juntas Regionales y Nacional de Invalidez y los profesionales que califiquen serán responsables solidariamente por los dictámenes que produzcan perjuicios a los afiliados o a los Administradores del Sistema de Seguridad Social Integral, cuando este hecho esté plenamente probado".

4. LEY 1562 DE 2012 (julio 11), "Por la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de Salud Ocupacional". De particular interés, el ***Artículo 42. Naturaleza, administración y funcionamiento de las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de Invalidez.***

5. DECRETO NÚMERO 1507 DE 2014 (agosto 12), "por el cual se expide el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional".

6. DECRETO NÚMERO 1072 DE 2015 (26 MAY 2015), del Ministerio de Trabajo "Por medio del cual se expide el Decreto Único

Reglamentario del Sector Trabajo". De particular interés, el **CAPÍTULO 6. NORMAS LABORALES ESPECIALES RELACIONADAS CON DETERMINADOS TRABAJADORES.**

III. DEFINICIONES

El Magistrado a quien le corresponde la instrucción de procesos por quejas por evaluaciones médicas laborales con frecuencia se encuentra ante una terminología no siempre conocida por él si su especialidad no es la medicina laboral. La misma legislación la establece. La **RESOLUCIÓN 2346 DE 2007** establece las siguientes definiciones:

Examen médico ocupacional: Acto médico mediante el cual se interroga y examina a un trabajador, con el fin de monitorear la exposición a factores de riesgo y determinar la existencia de consecuencias en la persona por dicha exposición. Incluye anamnesis, examen físico completo con énfasis en el órgano o sistema blanco, análisis de pruebas clínicas y paraclínicas, tales como: de laboratorio, imágenes diagnósticas, electrocardiograma, y su correlación entre ellos para emitir un diagnóstico y las recomendaciones.

Exposición a un factor de riesgo: Para efectos de la presente resolución, se considera exposición a un factor de riesgo, la presencia del mismo en cualquier nivel de intensidad o dosis.

Índice Biológico de Exposición (BEI): Es un valor límite de exposición biológica, es decir, un indicador de riesgo de encontrar efectos adversos en una persona ante determinado agente.

Número de identificación CAS: Corresponde al número de identificación de una sustancia química, asignado por Chemical Abstrace Service.

Órgano blanco: Órgano al cual tiene afinidad un determinado elemento o sustancia y que es susceptible de daño o afección.

Perfil del Cargo: Conjunto de demandas físicas, mentales y condiciones específicas, determinadas por el empleador como requisitos para que una persona pueda realizar determinadas funciones o tareas.

Reintegro laboral: Consiste en la actividad de reincorporación del trabajador al desempeño de una actividad laboral, con o sin modificaciones, en condiciones de competitividad, seguridad y confort, después de una incapacidad temporal o ausentismo, así como también actividades de reubicación laboral temporal o definitiva o reconversión de mano de obra.

Resumen de Historia Clínica Ocupacional: Es el documento que presenta, en forma breve, todos aquellos datos relevantes relacionados con antecedentes, eventos, procedimientos de diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en especial lo relacionado con su exposición a factores de riesgo, antecedentes de ocurrencia de eventos profesionales, así como de reintegro laboral, que ha presentado una persona en un determinado tiempo y que han sido registrados en la historia clínica ocupacional.

Valoraciones o pruebas complementarias: Son evaluaciones o exámenes clínicos o paraclínicos realizados para complementar un determinado estudio en la búsqueda o comprobación de un diagnóstico.

IV. LA HISTORIA CLÍNICA LABORAL.

"La historia clínica ocupacional es el conjunto único de documentos privados, obligatorios y sometidos a reserva, en donde se registran cronológicamente las condiciones de salud de una persona, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención. Puede surgir como resultado de una o más evaluaciones médicas ocupacionales. Contiene y relaciona los antecedentes laborales y de exposición a factores de riesgo que ha presentado la persona en su vida laboral, así como resultados de mediciones ambientales y eventos de origen profesional.

Parágrafo. La historia clínica ocupacional forma parte de la historia clínica general, por lo que le son aplicables las disposiciones que a esta la regulan"**.** ***(*RESOLUCIÓN 2346 DE 2007*, artículo 14)***

V. EVALUACIÓN MÉDICA PREOCUPACIONAL O DE PREINGRESO

La evaluación médica preocupacional o de preingreso está reglamentada por la **RESOLUCIÓN 2346 DE 2007*, "por la cual se regula la práctica de evaluaciones médicas ocupacionales y el manejo y contenido de las historias clínicas ocupacionales".***

Los motivos más comunes que producen estas quejas son los siguientes:

1. Por descontento del aspirante con la calificación cuando consideran que contraría o limita sus aspiraciones laborales.
2. Por reales o supuestas discrepancias entre la calificación realizada por el médico laboral y la opinión de otros médicos.

3. Por supuestas discrepancias entre la calificación realizada por el médico laboral e informes de exámenes complementarios.

4. Por descontento de la empresa empleadora con el dictamen del médico laboral.

Al analizar estas quejas, hay que tener en cuenta estos puntos:

1. Actualmente, no se informa como APTO o NO APTO, se expiden **CONCEPTOS MEDICOS OCUPACIONALES DE INGRESO O EGRESO O PERIODICOS CON O SIN RESTRICCIONES.**

2. Las evaluaciones médicas ocupacionales deben ser realizadas por médicos especialistas en medicina del trabajo o salud ocupacional, con licencia vigente en salud ocupacional…

Cuando según certificaciones expedidas por las respectivas secretarías de salud de los departamentos de Amazonas, Arauca, Chocó, Guainía, Guaviare, San Andrés, Putumayo, Vaupés y Vichada, no exista disponibilidad de médicos con especialización en medicina del trabajo o salud ocupacional, con licencia vigente en salud ocupacional, las evaluaciones médicas ocupacionales podrán ser realizadas por médicos que tengan mínimo dos (2) años de experiencia en salud ocupacional, previa inscripción como tales ante las respectivas secretarías de salud y mientras subsista dicha situación.(Artículo 9)

3. El empleador tiene la obligación de informar al médico que realice las evaluaciones médicas preocupacionales, sobre los perfiles del cargo describiendo en forma breve las tareas y el medio en el que se desarrollará su labor. (Artículo 4)

VI. EVALUACIÓN MÉDICA POSOCUPACIONAL O DE EGRESO.

La evaluación médica posocupacional o de egreso está reglamentada por la **RESOLUCIÓN 2346 DE 2007, "por la cual se regula la práctica de evaluaciones médicas ocupacionales y el manejo y contenido de las historias clínicas ocupacionales".**

Los motivos más comunes que producen estas quejas son los siguientes:

1. Por descontento del trabajador quien considera que el dictamen contraría sus expectativas.

2. Por descontento del empleador cuando considera que el dictamen contraría sus intereses.

Al analizar estas quejas, hay que tener presente el artículo 6 de la Resolución, que establece lo siguiente:

Artículo 6°. *Evaluaciones médicas ocupacionales de egreso.* Aquellas que se deben realizar al trabajador cuando se termina la relación laboral.

Su objetivo es valorar y registrar las condiciones de salud en las que el trabajador se retira de las tareas o funciones asignadas.

El empleador deberá informar al trabajador sobre el trámite para la realización de la evaluación médica ocupacional de egreso.

Parágrafo. Si al realizar la evaluación médica ocupacional de egreso se encuentra una presunta enfermedad profesional o secuelas de eventos profesionales ¿no diagnosticados¿, ocurridos durante el tiempo en que la persona trabajó, el empleador elaborará y presentará el correspondiente reporte a las entidades administradoras, las cuales deberán iniciar la determinación de origen.

VII. EVALUACIÓN MÉDICA DE INVALIDEZ O PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL Y OCUPACIONAL.

La evaluación médica de invalidez o pérdida de capacidad laboral y ocupacional está reglamentada por el **DECRETO LEY 19 DE 2012, DECRETO LEY 19 DE 2012 (enero 10), *"Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública",*** la **LEY 1562 DE 2012, "Por la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de Salud Ocupacional"** y por el **DECRETO NÚMERO 1507 DE 2014, "por el cual se expide el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional".**

El motivo más común que produce estas quejas es el siguiente:

- Descontento del trabajador con la calificación.

Al analizar estas quejas, hay que tener presente:

1. La evaluación médica de invalidez o pérdida de capacidad laboral y ocupacional tiene tres instancias, que son las siguientes:

PRIMERA INSTANCIA: Al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS.

SEGUNDA INSTANCIA: A las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez.

TERCERA INSTANCIA: A la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

2. Las entidades de seguridad social, los miembros de las Juntas Regionales y Nacional de Invalidez y los profesionales que califiquen serán responsables solidariamente por los dictámenes que produzcan perjuicios a los afiliados o a los Administradores del Sistema de Seguridad Social Integral, cuando este hecho esté plenamente probado.

VIII. RESPONSABILIDAD ÉTICO DISCIPLINARIA MÉDICA

¿Cuáles son los artículos de la Ley 23 de 1981, Código de Ética Médica, aplicables a la actividad médica laboral?

I. Del Capítulo III, "De la prescripción médica, la historia clínica, el secreto profesional y algunas conductas", a la historia médica laboral se le aplican las normas relativas a la historia clínica, consignadas en los artículos 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 en los casos previstos por la Ley"), 36 en su primera parte ("En todos los casos las historias clínicas deberán diligenciarse con claridad") y 37 ("Entiéndese por secreto profesional médico aquello que no es ético o lícito revelar sin justa causa. El médico está obligado a guardar el secreto profesional en todo aquello que por razones del ejercicio de su profesión haya visto, oído o comprendido, salvo en los casos contemplados por disposiciones legales").

II. Del Capítulo IV, "De las relaciones del médico con las instituciones", teniendo en cuenta que la medicina laboral es una actividad médica que presupone vinculación con instituciones, el artículo 42 ("El médico cumplirá a cabalidad sus deberes profesionales y administrativos, así como el horario de trabajo y demás compromisos a que esté obligado en la institución donde preste sus servicios").

III. Del Capítulo V, "De las relaciones del médico con las sociedades y el Estado", habida cuenta de que los dictámenes médicos laborales son certificados médicos, el artículo 50 ("El certificado médico es un docu-

mento destinado a acreditar el nacimiento, el estado de salud, el tratamiento prescrito o el fallecimiento de una persona. Su expedición implica responsabilidad legal y moral para el médico"), el artículo 51 "El texto del certificado médico será claro, preciso, ceñido estrictamente a la verdad y deberá indicar los fines para los cuales está destinado") y el artículo 52 ("Sin perjuicio de las acciones legales pertinentes, incurre en falta grave contra la ética el médico a quien se comprobare haber expedido un certificado falso").

Con frecuencia, ocurre que médicos no especialistas en medicina laboral sino en otras ramas de la medicina y, con mayor frecuencia, en ortopedia, neurología o fisiatría, son objeto de quejas o se les llama a declarar en calidad de testigos o peritos en el curso de investigaciones ético disciplinarias por quejas por evaluaciones médicas laborales. Según **el Artículo 10 de la RESOLUCIÓN 2346 DE 2007, "*Valoraciones complementarias a las evaluaciones médicas ocupacionales.* Las valoraciones médicas complementarias forman parte de las evaluaciones médicas ocupacionales y deberán programarse con anterioridad a su realización; en ellas participarán diferentes profesionales de la salud, según se requiera.**

Los resultados de las valoraciones complementarias deben hacer parte de la historia clínica ocupacional y serán analizados por el médico en la respectiva evaluación médica ocupacional.

El médico informará al trabajador el resultado de las pruebas o valoraciones complementarias". Queda claro, según esta norma, que las valoraciones complementarias realizadas por médicos de diferente especialidad a la medicina laboral son valoradas por el médico laboral o la Junta o Entidad competente cuando él no forma parte de ellas. Cuando se trate de exámenes de ingreso o de egreso, le corresponde al médico laboral valorar las valoraciones complementarias y realizar el dictamen correspondiente.

Con frecuencia, el aspirante o el trabajador acuden a la consulta particular de especialistas en busca de una segunda opinión. Hay que aclarar que el único profesional capacitado para realizar dictámenes laborales es el médico laboral, pues un ortopedista, un neurólogo o un fisiatra están plenamente capacitados para realizar un diagnóstico de una condición clínica y para tratarla en búsqueda de curación o alivio, pero no para dictaminar la adecuación de una ocupación laboral a un estado clínico con fines laborales, lo que normativamente le corresponde al médico laboral.

IX. CONCLUSIONES

En esta ponencia, hemos tratado de revisar el tema de las quejas por evaluaciones médicas laborales que se han hecho mucho más frecuentes en los últimos tiempos en el Tribunal de Ética Médica del Meta. Esperamos haber logrado el objetivo de ofrecerle todos los H. Magistrados de todos los Tribunales del país herramientas para facilitar sus labores cuando les toque investigar este tipo de quejas.

CRÉDITOS

Se agradece la asesoría prestada por la Doctora Ruby Del Chiaro, médica especialista en Medicina Laboral, y por Don Wladimir Carrillo Mancera, Profesional en Salud Ocupacional, sin las cuales no se habría podido elaborar esta ponencia.

DEFENSA TÉCNICA POR MEDIO DE ABOGADO ES FACULTATIVA DEL MÉDICO DISCIPLINADO

Dra. Claudia Lucía Segura Acevedo
Abogada Secretaria del Tribunal Nacional de Ética Médica

Una de las inquietudes al interior del Tribunal Nacional y creo yo que también de los demás Tribunales Seccionales, ha sido la posición respecto de la obligatoriedad o no para el médico de designar un defensor durante la investigación disciplinaria.

Es de general aceptación saber que la figura jurídica denominada "DEFENSA TÉCNICA" consiste en el hecho de actuar un abogado dirigiendo la defensa del procesado, teniendo este derecho un carácter obligatorio en determinadas áreas judiciales como es el campo penal, tal como lo consagra la Constitución Política en su artículo 29[1], o existiendo "formas propias de cada juicio" que pueden conllevar ciertas excepciones en otros espacios o casos judiciales o administrativos en que su aplicación depende de la voluntad discrecional o facultativa del empapelado.

Para iniciar el abordaje de este tema ético-jurídico tan álgido y controvertido para algunos, cuando de disciplinar a los profesionales en medicina se trata, es muy importante acudir a la fuente legal generadora de la discusión, la cual se encuentra en el artículo 77 de la ley 23 de 1981 que dice:

[1] CONSTITUCIÓN POLÍTICA. 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.

"En todos los casos en que el profesional instructor o el profesional acusado lo ***consideren*** *indispensable o conveniente,* ***podrán*** *asesorarse de abogados titulados." (Resaltado fuera del texto).*

Luego de estudiar detenidamente la anterior norma de la ley de ética médica, observamos que su contenido se direcciona por una parte hacia el sujeto que cumple la función disciplinaria que en nuestro caso son los Tribunales Seccionales y Nacional de Ética Médica, y por otra parte hacia el sujeto disciplinado, siendo éste el médico que supuestamente ha incurrido en una falta contra sus deberes y obligaciones profesionales.

Tomando pragmáticamente la aplicación normativa antes referida, no encontramos ningún problema en cuanto a que los Tribunales de Ética Médica a nivel nacional y seccional se puedan asesorar por abogados titulados para ejercer su labor disciplinaria, como de hecho ha ocurrido desde la promulgación de la ley 23 de 1981 o de Ética Médica.

Sin embargo, es menester manifestar que el asunto comienza aparentemente a tornarse diferente en la práctica, cuando se trata de la aplicación de la mencionada norma con relación al profesional que se encuentre siendo procesado disciplinariamente por el respectivo Tribunal de Ética Médica, y es aquí cuando se vuelve imperativo realizar un análisis gramatical del contenido normativo descrito en el artículo 77 de la ley 23 de 1981 y en especial a la conjugación de sus verbos rectores, que hemos resaltado en el texto antes descrito y que encontramos así: "CONSIDEREN" y "PODRÁN".

Así tenemos que el verbo CONSIDERAR presenta varias connotaciones o sinónimos como "examinar", "sopesar", "apreciar", "estudiar", "calificar", "conceptuar", "estimar" entre otras que indican el significado de "pensar una cosa atenta y reflexivamente". De tal manera que en el texto normativo referido encontramos el verbo CONSIDERAR en su forma "CONSIDEREN", es decir conjugado en tercera persona del plural de manera redireccionada hacía los sujetos procesales a quienes va dirigida la norma en mención, que son los Tribunales de Ética Médica y los médicos disciplinados, dándoles a los unos y a los otros la potestad de calificar o sopesar si es "indispensable o conveniente" asesorarse o no asesorarse de un abogado titulado.

También tenemos en el texto normativo en estudio, que el verbo "PODER" se encuentra conjugado en tercera persona, en el futuro indicativo

"PODRÁN", determinándose así la facultad que tienen los sujetos procesales (Tribunales de ética Médica y/o médicos disciplinados) a quien va dirigida la norma, para que puedan decidir por su propia voluntad el hecho de ejercer el derecho, es decir asesorarse o no asesorarse de un abogado titulado, según hayan considerado, calificado o sopesado el grado de indispensabilidad o conveniencia que implique el ejercicio de ese derecho.

Con base al anterior y sencillo análisis gramatical de los dos verbos rectores y contenido integral del artículo 77 de la ley 23 de 1981 podemos afirmar:

1.- En primer lugar de manera consuetudinaria los Magistrados que conforman los Tribunales de Ética Médica a nivel nacional o seccional han considerado "indispensable y conveniente" la asesoría de abogados titulados con el fin de lograr un óptimo e idóneo objetivo jurídico de disciplinar correctamente a los profesionales de la medicina cuando sea necesario, y esto ha sido así desde la promulgación de la ley 23 de 1981.

2.- En segundo término, en cuanto a los sujetos disciplinables o profesionales de la medicina que son procesados por los Tribunales de Ética Médica, es incuestionable la facultad que les otorga el artículo 77 de la ley 23 de 1981 para poder decidir por medio de su propia voluntad el ejercicio del derecho a una DEFENSA TECNICA si lo consideran "indispensable o conveniente", es decir que el galeno que se encuentre siendo disciplinado tiene la facultad *per-se* para optar por la designación de un abogado que lo apodere o no hacerlo.

3.- En tercera demarcación cabe agregar que según lo contempla la abundante jurisprudencia en nuestro Estado Social de Derecho, y en aras a cumplir con el Derecho Fundamental al Debido Proceso que asiste a todas las personas, es obligación del juzgador (Tribunales) desde el comienzo de la actuación procesal en materia de derecho disciplinario en el campo de la ética-médica, el deber de poner en conocimiento del galeno disciplinado su derecho facultativo a tener una DEFENSA TÉCNICA, así que será decisión del disciplinado asesorarse de abogado titulado o no hacerlo según sus medios económicos y/o su conveniencia en general, desde el comienzo de la actuación o cuando lo considere necesario. Lo anterior lo respaldan jurisprudencialmente entre otras las siguientes sentencias: C-213/07, C-328/03, C-627/96, T- 163/97.

Finalmente, para complementar el presente análisis y limitándonos a abordar el tema aquí tratado sobre el derecho facultativo que dentro del proceso disciplinario asiste a los médicos para acudir asesorados por un abogado titulado si lo consideran conveniente, haremos una breve comparación entre el derecho disciplinario que corresponde a los profesionales de la medicina ante los Tribunales de Ética Médica y el derecho disciplinario que se lleva a cabo ante la Procuraduría General de la Nación, conforme a la ley 734 de 2002 que rige para los servidores públicos y particulares que cumplan funciones públicas, norma ésta que dentro de nuestro ordenamiento jurídico será derogada y remplazada a partir del primero de julio de 2021 por la Ley 1952 de 2019.

Podemos observar que actualmente al igual al derecho facultativo o potestativo que asiste a los médicos para asistir acompañados por un abogado titulado cuando son disciplinados ante un Tribunal de Ética Médica como lo determina el artículo 77 de la Ley 23 de 1981, también en materia disciplinaria ante la Procuraduría este derecho es facultativo de los servidores públicos y particulares que desempeñen funciones públicas tal como se establece en el artículo 165 del Código Disciplinario Único, que dice:

"Artículo 165. Notificación del pliego de cargos y oportunidad de variación:
El pliego de cargos se notificará personalmente al procesado ***o a su apoderado si lo tuviere****.*
Para el efecto inmediatamente se librará comunicación y se surtirá con el primero que se presente.
Si dentro de los cinco días hábiles siguientes a la comunicación no se ha presentado el procesado ***o su defensor, si lo tuviere****, se procederá a designar defensor de oficio con quien se surtirá la notificación personal.*
Las restantes notificaciones se surtirán por estado.
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 sobreviniente. La variación se notificará en la misma forma del pliego de cargos y de ser necesario se otorgará un término prudencial para solicitar y practicar otras pruebas, el cual no podrá exceder la mitad del fijado para la actuación original." (RESALTADO FUERA DEL TEXTO).

Esta norma fue declarada exequible mediante la sentencia C-328 de 2003 de la H. Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, en la cual se concluye que el derecho fundamental a la defensa técnica en el campo del derecho disciplinario no exige que el procesado siempre deba estar representado por un apoderado. Subraya eso si la Corte que el disciplinado tiene derecho a escoger un apoderado y si solicita su designación deberá hacerse. También prohíbe que sea investigado y juzgado en ausencia, sin la representación de un apoderado judicial o defensor de oficio.

Lo anterior demuestra que tanto en la Ley de Ética Médica como en el Código Disciplinario Único que se encuentran vigentes hoy en día, los disciplinados pueden acudir de manera facultativa acompañados por un abogado titulado, si convenientemente es su deseo o bien pueden asistir sin apoderado.

Y es más aún, porque haciendo una observación jurídica a futuro ya ha sido promulgada la ley 1952 de 2019, que como ya se ha dicho entrará en vigencia a partir del primero de julio de 2021, y esta norma derogará al actual Código Disciplinario Único, pero seguirá conservando en sus artículos 112, 113, 225, 227, 228 entre otros la línea normativa que permite facultativamente al sujeto procesal que se encuentre siendo disciplinado, el hecho de concurrir al proceso en compañía de un abogado titulado o que pueda asistir sin apoderado, según su conveniencia. Lo anterior en mi concepto sin perjuicio claramente de que en cumplimiento del debido proceso, la autoridad de conocimiento deba desde el comienzo de la actuación, hacerle saber al procesado que le asiste la opción de ejercer facultativamente el derecho a una defensa técnica si lo desea o considera indispensable o conveniente.

Una interpretación en sentido contrario, sería imponer al médico una carga que la ley no le impone.

EL DICTAMEN PERICIAL COMO PRUEBA DOCUMENTAL Y EL TESTIMONIO DEL INVESTIGADO EN EL PROCESO DISCIPLINARIO ÉTICO PROFESIONAL MÉDICO

***Laura Isabel Buitrago Correa*[1].**
Abogada. Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia

En materia probatoria, el derecho disciplinario ético – profesional médico ha hecho extensivas las reglas del proceso penal, de conformidad con la remisión expresa del artículo 82 de la Ley 23 de 1981. Así, en el proceso ético profesional médico, según lo dispuesto en el artículo 373 de la Ley 906 de 2004, el legislador consagró expresamente un régimen de libertad probatoria, al establecer que "*los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico que no viole los derechos humanos*".

Así mismo, reguló la práctica de algunas pruebas como la testimonial (artículos 283 a 404 del C.P.P), la pericial (artículos 405 a 423 del C.P.P), la documental (artículos 424 a 434 del C.P.P), la inspección (Artículos 435 y 436 del C.P.P) y la de referencia (artículos 437 a 441 del C.P.P).

No obstante, considerando las diferencias existentes en la naturaleza de ambos procesos, surgen dificultades en la aplicación de algunas figuras y procedimientos establecidos para la práctica probatoria. Tal es el caso de la prueba pericial y del testimonio del investigado.

Esta dificultad en la aplicación de algunas figuras probatorias en materia disciplinaria, hace necesario realizar un examen de las mismas, a la luz de los derechos involucrados en su práctica y a la naturaleza propia del proceso disciplinario ético – profesional médico, con el fin de llegar a una interpretación armónica y constitucional de las mismas.

[1] Abogada, Universidad de Antioquia. Asesora del Tribunal de Ética Médica de Antioquia. Estudiante de Maestría en Derecho Médico, Universidad Externado de Colombia.

LA PRUEBA PERICIAL COMO PRUEBA DOCUMENTAL EN EL PROCESO ÉTICO DISCIPLINARIO

La prueba pericial ha sido entendida como aquella por medio de la cual se puede obtener o facilitar la apreciación de hechos concretos que requieren determinada experticia. Según Climent:

"Tradicionalmente la prueba pericial ha sido definida como aquella que se realiza para aportar al proceso las máximas de experiencia que el juez no posee o puede no poseer y para facilitar la percepción y la apreciación de los hechos concretos objeto de debate"[2].

En este mismo sentido, la Corte Constitucional ha determinado, en relación con su finalidad, que: *"La prueba pericial busca aportar al proceso elementos de juicio ajenos al saber jurídico que se requieren para resolver la controversia jurídica sometida a decisión del juez"*[3]

Así mismo, frente a su naturaleza jurídica, ha indicado que la prueba pericial puede ser catalogada en dos posturas:

"a) En primer lugar, aquella que la configura como un verdadero medio de prueba, debido a que el dictamen pericial se dirige a provocar la convicción en un determinado sentido, esto es, la actividad que realiza el perito tiene finalidad probatoria, ya que tiende a la fijación de la certeza positiva o negativa de unos hechos. b) Y, en segundo lugar, aquella que la configura como un mecanismo auxiliar del juez, ya que mediante el dictamen pericial no se aportan hechos distintos de los discutidos en el proceso sino que se complementan los conocimientos necesarios para su valoración por parte del juez"[4]

Ahora bien, en materia penal, la prueba pericial ha evolucionado en los diferentes códigos, Ley 600 de 2000 y Ley 906 de 2004, de conformidad con el tránsito que el proceso penal experimentó de uno inquisitivo hacia uno de tipo acusatorio.

[2] Climent, C. (1999). La prueba penal. Doctrina y jurisprudencia. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.

[3] Corte Constitucional. Sentencia T-288/11. Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

[4] Corte Constitucional. Sentencia T-796/06. Magistrado Ponente: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Así, en un primer momento, la Ley 600 de 2000, considerando que operaba el régimen de permanencia probatoria, consagraba la posibilidad de dar pleno valor a los dictámenes periciales allegados en el inicio de la investigación, es decir, entendía los informes como prueba en sí misma, los cuales, sin embargo, podían ser desacreditados dentro del proceso.

En un segundo momento, la Ley 906 de 2004 descartó dicha posibilidad. En vigencia de esta ley, se hace necesario que (i) se anuncie previamente, en audiencia de formulación de acusación y en la preparatoria, la introducción de esta prueba, determinando su objetivo; (ii) y adicionalmente, le restó el valor probatorio en sí mismo, con el que contaba el informe pericial, condicionando su validez a una serie de requisitos. Ello, en virtud del principio acusatorio, y de los principios de inmediación, oralidad y contradicción[5].

Así, el artículo 405 de la Ley 906 de 2004 establece que la prueba pericial será procedente "*cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados*".

Adicionalmente, en los artículos siguientes establece unos requisitos como la exigencia de aportar un informe resumido en donde se exprese la opinión solicitada y la comparecencia del perito a juicio oral y público para que ser interrogado y contrainterrogado en relación con el informe pericial rendido.

Ahora bien, el inciso final del artículo 415 de la Ley 906 de 2004 dispone que "*en ningún caso, el informe de que trata este artículo será admisible como evidencia, si el perito no declara oralmente en el juicio*".

De lo anteriormente reseñado, queda evidenciado que, en la actualidad, según las normas penales, extensibles al proceso disciplinario ético – profesional médico, existe una diferencia entre los informes periciales y la prueba pericial, y el primero carece de validez probatoria en sí mismo.

Por un lado, se ha establecido que el informe pericial es una especie de declaración previa del perito que posibilita expresar por escrito la opinión, con la finalidad de que la contraparte tenga conocimiento previo y pueda

[5] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 30214. Magistrado Ponente: SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ.

ejercer su derecho a la contradicción; siendo admisible únicamente, una vez el perito comparezca a audiencia para declarar sobre el mismo.

Por otra parte, la prueba pericial es el acto procesal que le da validez al informe pericial, mediante la comparecencia del perito para ser interrogado y contrainterrogado sobre éste. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

"3.3.8 Importa distinguir entre el informe pericial y la prueba pericial.

El informe pericial (artículo 415 Ley 906 de 2004) es la base de la opinión pericial, generalmente expresada por escrito, que contiene la ilustración experta o especializada solicitada por la parte que pretende aducir la prueba. Este informe debe ser puesto en conocimiento de las otras partes por lo menos con cinco (5) días de anticipación a la audiencia pública; y cuando se obtiene en la fase investigativa, se sujeta a las reglas de descubrimiento y admisión en la audiencia preparatoria (artículo 414 ibídem). Sin embargo, es factible también que el informe pericial se rinda en audiencia pública, cuando así se solicita por la parte interesada (artículo 412 ibídem).

La prueba pericial es un acto procesal que normalmente se lleva a cabo en la audiencia del juicio oral, mediante la comparecencia personal del experto o expertos, para salvaguardar los principios de contradicción e inmediación; y se rige por las reglas del testimonio (artículo 405 ibídem), pues las partes interrogan y contrainterrogan a los peritos sobre los temas previamente consignados en el informe.

3.3.9 En ningún caso – dice perentoriamente el artículo 415- el informe pericial será admisible como evidencia, si el perito no declara oralmente en el juicio.

(…)

En suma, el informe escrito equivale a una declaración previa del perito; que se entrega con antelación a la contraparte, en salvaguarda del principio de igualdad de armas, para que pueda preparar el contrainterrogatorio; y puede servir también para refrescar la memoria del perito y para ponerle de presente contradicciones entre lo anotado en el informe y lo declarado actualmente en la audiencia del juicio oral" [6]

[6] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 30214. Magistrado Ponente: SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ.

Ahora bien, debe advertirse que este entendimiento de la prueba pericial, y la ausencia de validez en si misma del informe pericial, es el objeto de discusión de en el proceso disciplinario ético profesional médico. Por un lado, en este proceso, no existe la figura de la Fiscalía y, como regla general, los "informes periciales" son aportados como prueba sumaria por el quejoso, quien no es parte en el proceso. Y por otro lado, subsiste el principio de permanencia probatoria, propio del sistema inquisitivo.

En este sentido, en la mayoría de los casos, el informe no es solicitado como prueba pericial ni tampoco es decretado de oficio por el Magistrado Instructor como tal, sino que es aportado previamente por quien no es parte, o en el decurso del proceso.

Esta situación ha llevado a que, quienes litigan ante los Tribunales de Ética Médica, cuestionen la validez de los informes periciales aportados, por la ausencia de comparecencia de los peritos para ser interrogados.

La comparecencia del perito a declaración ante los Tribunales de Ética Médica, para ser interrogado y contrainterrogado, y materializar el derecho de defensa, resulta un obstáculo, en la medida en que el costo debe ser asumido por el investigado, quien generalmente, es quien solicita su comparecencia, ya que se insiste, el quejoso no es parte en el proceso y no existe una Fiscalía que se encargue de solicitar dicha prueba.

Ahora bien, debe advertirse, dicho cuestionamiento parte de una concepción equivocada: entender que todo informe rendido por un experto, necesariamente, corresponde a una prueba pericial, desconociendo el principio de libertad probatoria, consagrado por el legislador.

Por una parte, debe considerarse que en el proceso disciplinario ético – profesional médico, subsiste la permanencia probatoria, razón por la cual, un informe rendido por un experto puede ser aportado en el decurso de la investigación, sin que deba descubrirse en una audiencia específica, de allí que pueda ser introducido como prueba sumaria por el quejoso, sin que ello signifique que no se pueda realizar su contradicción, pues finalmente el traslado probatorio se realiza con la Providencia de formulación de cargos.

Por otro lado, de conformidad con lo anterior, y considerando los pronunciamientos de la Corte Constitucional, es admisible en determinados

eventos que, si el informe de un experto aportado a un proceso no se somete al contradictorio ni a la rigurosidad procesal de la prueba pericial, éste no se admita como evidencia pericial, sin perjuicio de que puede tenerse en el acervo probatorio como un concepto técnico.

Si bien se concluye que la prueba pericial únicamente podrá ser valorada cuando ha sido sometida a contradicción y según los requisitos establecidos en la ley, razón por la cual, el informe pericial que no haya sido controvertido en audiencia carece de valor probatorio, en algunos eventos, es posible que éstos se incorporen, no como prueba pericial, sino como conceptos técnicos.

Este concepto técnico es distinto a la prueba pericial ya que, según la Corte Constitucional *"tiene como finalidad autorizar a las partes a aportar al proceso conceptos técnicos, científicos o artísticos que han sido elaborados por fuera del proceso y por encargo de una de las partes que ha escogido al profesional que emite su opinión"*[7]

Esta posibilidad, amparada en el principio de libertad probatoria, permite que se incorporen conceptos técnicos sin sometimiento a las ritualidades de la posesión y demás exigencias para los peritos, destacando que en todo caso, no se trata de una prueba pericial, sino de una prueba documental.

Al respecto, ha indicado la Corte Constitucional que, *"La incorporación de los conceptos técnicos se efectúa válidamente de la misma manera que se aportan al proceso las demás pruebas documentales"* [8]

Así, la contradicción de esta prueba no se realiza mediante el interrogatorio y/o contrainterrogatorio en diligencia de declaración del perito, como ocurre con la prueba pericial, sino mediante el cuestionamiento de su legitimidad, autenticidad, integridad, validez, veracidad, oponibilidad, pertinencia y conducencia. De allí que no pueda afirmarse que, al no constituir una prueba pericial y regirse por las reglas de *ésta*, se desconozca el derecho de contradicción y con ello se vulnere el derecho de defensa que le asiste al investigado, pues la contradicción subsiste, solo que bajo otras modalidades.

---

[7] Corte Constitucional. Sentencia T-417/08. Magistrado Ponente: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

[8] Ibídem.

Ahora, frente a su validez y valoración, ha sostenido la Corte Constitucional:

"Por esa misma razón, la validez de su incorporación al proceso se valora dentro de la sana crítica judicial, como las demás pruebas, y se aprecian en conjunto, pues al igual que el dictamen pericial, el juez es autónomo para valorar las pruebas técnicas y verificar la veracidad de sus fundamentos y conclusiones, en tanto que es al juez, y no al perito o al profesional especializado, a quién corresponde administrar justicia y resolver la controversia que se somete a su decisión final. De esta forma, es evidente que aunque el juez no se encuentra atado a la opinión técnica porque debe someterla a su valoración y apreciación objetiva y razonada, la especialidad de los conocimientos que se expresan en los documentos técnicos sí constituye un importante instrumento de apoyo judicial para su convencimiento"[9].

Debe advertirse que esta figura, en el proceso disciplinario ético -profesional médico, opera únicamente, cuando la prueba no se ha decretado como una prueba pericial. Es decir, el anterior razonamiento no es extensivo cuando la defensa ha solicitado que se decrete "prueba pericial" o cuando el Magistrado Instructor, haciendo uso de sus facultades oficiosas, la ha decretado bajo aquella figura probatoria, pues en estos casos, para que sea v*á*lida la prueba, debe practicarse con todas las ritualidades de la prueba pericial.

Ahora bien, caso distinto es cuando se ingresa un informe pericial practicado en otro proceso o fuera de la investigación ético disciplinaria, pues en este evento, no necesariamente ingresa como prueba pericial, sino que puede hacerlo como concepto técnico -prueba documental-, considerando que no se ha decretado como "prueba pericial", aun cuando aparente tener la calidad de "informe pericial".

Esta posibilidad, no sólo no vulnera garantías procesales, en tanto se asegura la contradicción como prueba documental, ni contraria las formas propias establecidas por la ley para el medio probatorio, ya que sólo aplica para aquellas pruebas que no son decretadas como prueba pericial, sino que además permite conjurar los problemas que surgen de la naturaleza del proceso disciplinario ético – profesional médico, como lo son: la ausen-

[9] Ibídem.

cia de Fiscalía o ente acusador distinto, la subsistencia de la permanencia probatoria, y la ausencia de mecanismos para hacer comparecer a los peritos, considerando que la defensa no siempre cuenta con la posibilidad de asumir el gasto que implica la práctica de esta prueba, y los Tribunales de Ética Médica no cuentan con el presupuesto para ello.

Así las cosas, en el ámbito del principio de la libertad probatoria, y dentro del margen de la constitucionalidad, en algunos eventos es posible que los "informes periciales", practicados fuera del proceso ético disciplinario e ingresados posteriormente, sean admitidos como conceptos técnicos y no como pruebas periciales, siempre y cuando, se insiste, no hayan sido decretados ni solicitados en el decurso de la investigación, como tal.

TESTIMONIO DEL INVESTIGADO EN EL PROCESO DISCIPLINARIO ÉTICO PROFESIONAL MÉDICO

Por otra parte, en el proceso penal también se ha regulado el testimonio del investigado. En materia penal, se establece como principio general que éste es el único que puede decidir si ofrece o no su declaración dentro del juicio, como materialización del derecho a ser oído.

La declaración del investigado, no sólo se ha entendido como un medio de prueba, sino también como un derecho de defensa, conformado por el derecho a ser oído. En este sentido, se ha entendido que comprende una serie de garantías, entre ellas: la presunción de inocencia, la no autoincriminación y el derecho a guardar silencio.

"La posibilidad que tiene el procesado de declarar en su propio juicio, más que una simple facultad probatoria, es un verdadero derecho - garantía (el de ser oído), que está vinculado con el de defensa material, que le asiste en su condición de incriminado" [10]

Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado:

"El derecho de defensa, núcleo esencial del debido proceso, se encuentra conformado por el derecho a ser oído, con el pleno de sus garantías

[10] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. NÚMERO DE PROCESO: 41198. Auto Interlocutorio del 12 de noviembre de 2015. Magistrado Ponente: EUGENIO FERNANDEZ CARLIER

constitucionales, y el derecho a guardar silencio, es decir, su derecho a callar, así como a dar su propia versión sobre los hechos en ejercicio pleno de su derecho de defensa. Ello se traduce a su vez, en la garantía que tiene toda persona a no autoincriminarse, ni a incriminar a su cónyuge o sus parientes más cercanos. El derecho fundamental a no autoincriminarse en el curso de un proceso criminal, correccional o de policía, constituye como lo ha señalado la jurisprudencia, `[u]na forma de defensa y por tanto un verdadero derecho de carácter fundamental que hace parte del debido proceso´" [11]

Estas garantías han sido extendidas al proceso ético disciplinario, razón por la cual, dicha declaración se realiza sin juramento y se admite la posibilidad de que el investigado se niegue a responder total o parcialmente las preguntas formuladas.

No obstante, considerando que, en materia disciplinaria, es posible que en un proceso existan varios investigados, e incluso, en virtud del artículo 91 de la Ley 734 de 2002, se pueda dar la vinculación posterior de otros profesionales de la medicina dentro del mismo proceso, existiendo, además, la permanencia probatoria, surgen eventos que cuestionan el aseguramiento de tales garantías.

Tal es caso cuando, la defensa de uno de los investigados, solicita la declaración de otro investigado dentro del mismo proceso, involucrando derechos de ambos sujetos. Por un lado, el derecho de defensa del solicitante, y por otro, las garantías, ya mencionadas, del investigado requerido para rendir declaración.

Frente a esta problemática surgen dos cuestiones (i) ¿puede uno de los investigados solicitar la declaración del otro, sin que este último se ofrezca voluntariamente?; (ii) y en el evento de ser procedente dicha solicitud probatoria ¿se vulneran las garantías que le asisten al investigado, como el derecho a no autoincriminarse, y/o a guardar silencio?

En materia penal, en principio, el acusado es quien debe, voluntariamente, en la audiencia preparatoria, solicitar su propia declaración como medio de prueba, cristalizando con ello su derecho a ser oído.

[11] Corte Constitucional. Sentencia C-782/05. Magistrado Ponente: ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Sin embargo, si bien para la declaración del investigado también operan los principios penales, debe destacarse que en el proceso disciplinario **ético** – profesional médico, la declaración no debe ser, necesariamente, solicitada por la defensa, sino que incluso, el Magistrado Instructor, puede decretar a su discreción dicha prueba, sin que ello signifique, que el investigado no pueda negarse a concurrir y hacer uso a su derecho a guardar silencio. Así mismo, no existe una etapa precisa para ello, considerando que, como ya se advirtió en párrafos anteriores, en derecho ético disciplinario subsiste el principio de permanencia probatoria.

Ahora bien, en cuanto a los derechos involucrados en tal decisión, se debe, en primer lugar, considerar los pronunciamientos de la Corte Constitucional en relación con la figura del *coacusado como testigo* en materia penal*,* la cual posibilita que el acusado y coacusado ofrezcan declarar en su propio juicio, evento en el cual, según el artículo 394 de la Ley 906 de 2004, comparecerán como testigos bajo la gravedad del juramento.

Indicó la Corte Constitucional que dicha figura admitía una doble interpretación. Un primer entendimiento consistía en sostener que, si el coacusado se ofrecía a declarar en su propio juicio, compareciendo como testigo, y faltaba a la verdad o callaba total o parcialmente, en ejercicio de su derecho a la defensa, igualmente estaría incurriendo en falso testimonio, con lo cual resultarían afectadas las garantías constitucionales que le asisten.

Por otra parte, sostuvo que podía admitirse una segunda interpretación acorde a la Constitución, al entender que este juramento exigido para la declaración del coacusado, es una formalidad que no comporta consecuencias adversas cuando se declare sobre su propia conducta. Así mismo, debe entenderse que al investigado le asiste libertad de negarse a responder total o parcialmente las preguntas que se le formulen.

Ahora, en relación con las declaraciones realizadas frente a hechos de un tercero, indicó la Corte, subsistirían las consecuencias jurídico – penales que correspondan, en el evento de faltar a la verdad, pues en este caso, *"la declaración será recibida como un testimonio, sujeta a las formalidades y excepciones propias del mismo, conforme a la Constitución y a la ley"* [12]

[12] Ibídem.

Adoptar esta última interpretación, supone para la Corte, la posibilidad constitucional, de rendir testimonio como coacusado, sin desconocer las garantías propias que le asisten como investigado, como el derecho de defensa y a la no autoincriminación.

Sin embargo, advierte la Corte Constitucional, que no es suficiente con despojar a la declaración del coacusado, de las consecuencias jurídico-penales en relación con las actuaciones propias, para amparar el derecho de defensa, sino que, además, se debe asegurar que el investigado esté enterado de esta garantía. Al respecto, la Corte:

"*Es necesario que el sindicado sea plenamente enterado por el juez de que podrá declarar con entera libertad y sin el temor de incurrir en otro delito con motivo de su declaración respecto de su propia conducta. De igual modo, resulta indispensable que desaparezca la disyuntiva inconstitucional de poner al sindicado a escoger entre su propia defensa y la posibilidad de resultar doblemente enjuiciado. Por ello, para que las garantías constitucionales al derecho de defensa y a la no autoincriminación queden a salvo, será un deber del juez advertir previa y claramente a quien ofreció su declaración como acusado o coacusado en su propio juicio, que ese juramento queda desprovisto de las consecuencias jurídico-penales adversas que podrían derivarse en contra suya como consecuencia de la prestación del mismo que antecede a la declaración; es decir, que al sindicado le asiste total libertad respecto del contenido mismo de aquella, así como es legítima su negativa a responder total o parcialmente, ya sea a las preguntas que se le formulen por el juez o a las que se le hagan por la Fiscalía y la defensa en el interrogatorio cruzado propio de un proceso adversarial y de partes, como el que establece el sistema penal acusatorio"*[13].

Así las cosas, resulta claro para la Corte Constitucional, que es posible que un coacusado testifique dentro del proceso, siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos en su sentencia. Teniendo en cuenta lo anterior, aunque en principio podría existir una colisión de derechos, ante una eventual solicitud probatoria para que un coacusado rinda testimonio, finalmente, no habría intervención de los derechos del investigado llamado a declarar, pues en todo caso, le asistirían las garantías ya mencionadas, como la ausencia de consecuencias jurídico – penales frente a lo declarado sobre su propia conducta y la libertad de negarse a responder total o

[13] Ibídem.

parcialmente las preguntas formuladas, con conocimiento previo de esta salvedad.

Por el contrario, de llegarse a negar dicha solicitud, y optar por considerar que el investigado no debe ser llamado dentro del proceso como coacusado como testigo, quebrantaría el derecho de defensa del investigado quien lo solicita.

Bajo este supuesto, al no suponer la declaración como testigo del investigado, un quebranto a sus garantías constitucionales, aceptar la solicitud probatoria del coacusado para que declare en el mismo proceso, no resultaría inconstitucional. Sin embargo, negar dicha posibilidad, por el contrario, podría vulnerar el derecho de defensa del investigado que solicita la prueba.

Suponer que no es admisible que un investigado, dentro del proceso disciplinario ético profesional médico, solicite como medio de defensa la declaración de un coinvestigado, comporta una ruptura con la estructura del proceso, en tanto viola principios y valores constitucionales. Adicionalmente, resulta ser esa una interpretación arbitraria por lo innecesaria, dado que la ponderación de sus efectos deja un resultado únicamente negativo para el investigado que realiza la solicitud probatoria, pues no media afectación sustancial para las demás partes e intervinientes, considerando la protección que subsisten de las garantías como investigado que es llamado a declarar.

De acuerdo con lo anterior, aunque la declaración del investigado es un medio de prueba, y su práctica debe realizarse conforme al artículo 394 de la Ley 906 de 2004, debe considerarse los pronunciamientos de la Corte Constitucional para su aplicación en el proceso disciplinario ético – profesional médico, teniendo en cuenta que la posibilidad de declarar también encierra la cristalización de un conjunto de derechos como la no autoincriminación y el derecho a guardar silencio. Sin embargo, en una ponderación de derechos, dicho razonamiento no puede suponer negar la posibilidad de solicitar la declaración del investigado como coacusado como testigo, en tanto dicha negativa implicaría la verdadera limitación de derechos fundamentales.

CONCLUSIÓN

Así las cosas, aunque la Ley 23 de 1981 establece una remisión al Código de Procedimiento Penal en lo no regulado por la misma, es necesario realizar una interpretación de las figuras penales acorde con la naturaleza del proceso disciplinario ético profesional médico.

En este sentido, considerando los pronunciamientos de la Corte Constitucional y los derechos involucrados en tal interpretación, es posible entender que en el proceso disciplinario ético – profesional médico, en algunos eventos, el "informe pericial" adquiere la calidad de concepto técnico –siempre que no haya sido decretada como prueba pericial-, razón por la cual no se somete a las ritualidades consagradas en los artículos 405 a 423 de la Ley 906 de 2004, en virtud del principio de libertad probatoria y en observancia del derecho de contradicción, el cual se materializa de conformidad con la prueba documental.

Así mismo, finalmente se concluye que, es procedente, por parte de uno de los investigados, realizar la solicitud de la declaración de otro investigado dentro del proceso ético disciplinario médico, siempre y cuando, en su testimonio como coacusado se le garantice su derecho a la no autoincriminación -dejando sin consecuencias jurídico penales el juramento frente a su propia conducta- y el derecho a guardar silencio -permitiendo la negativa a responder parcial o totalmente el interrogatorio realizado-, con conocimiento previo de dichas garantías, pues de esta interpretación no se sigue la afectación o deterioro de los derechos del investigado.

BIBLIOGRAFÍA

Climent, C. (1999). La prueba penal. Doctrina y jurisprudencia. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.

Ávila Aldana, V., y otros (2018). El dictamen pericial como medio probatorio en Colombia: enfoque legal, doctrinal y jurisprudencial. Villavicencio, Colombia; Universidad Santo Tomás de Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-782/05. Magistrado Ponente: ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Corte Constitucional. Sentencia T-796/06. Magistrado Ponente: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Corte Constitucional. Sentencia T-417/08. Magistrado Ponente: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

Corte Constitucional. Sentencia T-288/11. Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No 30214. 17 de septiembre de 2008. Magistrado Ponente: SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. NÚMERO DE PROCESO: 41198. Auto Interlocutorio del 12 de noviembre de 2015. Magistrado Ponente: EUGENIO FERNANDEZ CARLIER

EL ACTO MÉDICO

Ariel Iván Ruiz Parra, MD, MSc.
Magistrado del Tribunal Nacional de Ética Médica
Profesor Titular
Departamento de Obstetricia y Ginecología
Facultad de Medicina
Universidad Nacional de Colombia

I. Introducción.

La Real Academia Española de la Lengua define en sus dos primeras acepciones el término "*acto*" como: "*acción (ejercicio de la posibilidad de hacer)"* y *"acción (resultado de hacer)."*[1]

Se debe entender en primer lugar que los actos médicos corresponden a las acciones que realiza un profesional de la medicina. Sin embargo, al ajustarnos estrictamente a las definiciones de la Real Academia de la Lengua que acabamos de transcribir, es necesario complementar el concepto definiendo el acto médico como la acción que realiza un médico en razón a la posibilidad que le brindan sus conocimientos en el arte y la ciencia de la medicina, así como su experiencia y sus competencias específicas (*ejercicio de la posibilidad de hacer*) para procurar la promoción de la salud individual o colectiva, la prevención de la enfermedad, el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad y la rehabilitación y reintegro del paciente a su comunidad (*resultado del hacer*).

Existen también acciones que el médico realiza para acompañar y hacer manejo paliativo del paciente con enfermedades incurables o intratables, para ayudar al bien morir, para declarar la muerte o para aclarar la causa del fallecimiento a través de una necropsia, que también constituyen actos

[1] Real Academia Española, Asociación de Academias de la Lengua Española. Diccionario de la lengua española. Edición del Tricentenario. Actualización 2019. https://dle.rae.es/acto.

médicos. Finalmente, los procesos de investigación científica realizados en pacientes y algunos que se realizan en muestras de pacientes corresponden a actos médicos. Por lo tanto, el término *acto médico* comprende un conjunto complejo de acciones que lleva a cabo el profesional de la medicina y que no se limitan únicamente a acciones clínicas individuales, sino que pueden involucrar a las comunidades y a la sociedad.

Ahora bien, no todas las acciones que realiza un profesional de la medicina son actos médicos. Señala al respecto el Profesor Oscar Vera Carrasco que "*El **acto médico** se refiere a lo que realiza el profesional de la medicina en el desempeño de su profesión frente al paciente (Ética Médica Individual) y a la sociedad (Ética Médica Social). Los actos que lleve a cabo en función de su vida privada, no profesional, caerán en el campo de la Ética General, la misma que permite juzgar los actos de cualquier persona. Es toda acción o disposición que el médico realiza en el ejercicio de su profesión en el proceso de diagnóstico, tratamiento y pronóstico así como los que se deriven directamente de éstos.*"[2]

Plantea además con razón el Profesor Fernando Sánchez-Torres que el acto médico se caracteriza por hacerse de manera consciente, libre, y voluntaria; tener la intencionalidad de propiciar el bien; practicarse de manera prudente y perita; y cumplirse de manera humanitaria.[3] Se podría agregar que el acto médico debe realizarse con empatía y compasión. Un acto médico se realiza de manera perita si se hace con base en un conocimiento amplio y preciso, aplicando la mejor evidencia científica disponible, teniendo en la cuenta las necesidades, expectativas y preferencias del paciente -o de la comunidad- y respetando su autonomía.

Es necesario señalar que ha ocurrido una transformación del acto médico. En la actualidad venimos siendo testigos de un nuevo acto médico, de un nuevo acto clínico. Ya no se trata de la autoridad de los médicos y los profesionales de la salud poseedores del conocimiento, sobre otros en condiciones de vulnerabilidad o inferioridad. Hoy se trata de la interacción con individuos y sociedades ilustradas, que consultan varias fuentes sobre su situación de salud o enfermedad, que cuestionan las aproximaciones diagnósticas, que están dispuestos a obtener otras opiniones y que, haciendo ejercicio de su autonomía, participan activamente en las decisiones que

[2] Vera Carrasco O. Aspectos éticos y legales en el acto médico. Rev Med La Paz 2013; 19(2): 73-82.

[3] Sánchez-Torres F. Catecismo de ética médica. Editorial Herder. Barcelona, España. 2000. Página. 80.

toman -no que otros toman- sobre su situación de salud o enfermedad. Hoy, además, le es imposible a los profesionales de la salud poseer todo el conocimiento, aún en campos altamente especializados. Hoy se requieren más habilidades para encontrar la información científica, analizarla críticamente y para comunicar las áreas de incertidumbre a los pacientes y usuarios, que acumular en la memoria conocimientos que, al fin y al cabo, tienen validez transitoria. Estas son herramientas adicionales que las escuelas de medicina deben ofrecer a sus estudiantes durante los procesos formativos para que puedan llevar a cabo el acto médico apropiadamente.[4]

Causa nostalgia reconocer que la imagen clásica y romántica del acto médico, que con frecuencia observamos en las obras de arte del pasado, se ha desvanecido. En nuestro medio, Infortunadamente, el acto médico ha sido afectado negativamente por la pérdida de la autonomía de los profesionales de la salud al convertirse en uno mediado por aseguradores, "autorizadores" y auditores, ante quienes se deben justificar las decisiones que se toman al lado del paciente. Las modalidades de contratación, por otro lado, tratan de imponer limitantes de tiempo para la realización del acto médico y restringen en algunos casos la solicitud de apoyos diagnósticos o de determinadas medidas terapéuticas. No en vano muchos pacientes deben acudir al mecanismo subsidiario de la tutela para que se les proteja el derecho constitucional a la salud, a la vez que numerosos médicos señalan que hoy -tristemente- no tratan pacientes, sino que atienden usuarios o clientes, distraen tiempo valioso de la relación médico-paciente para dedicarlo a los procesos administrativos, y consumen más tiempo en completar formatos y digitar variables en aplicativos, que el que pueden emplear para entablar una comunicación efectiva y empática con el paciente.

No obstante lo anterior, se debe tener siempre presente lo expresado por el Profesor Juan Mendoza Vega, Expresidente del Tribunal Nacional de Ética Médica: "*los códigos de la ética en salud, deben conservar el compromiso con sus semejantes, con las personas puestas a su cuidado y a las cuales deben defender con sus conocimientos, habilidades y dedicación; tal compromiso no debe resquebrajarse ni desvirtuarse por la presión de las nuevas obligaciones que recaen sobre nosotros, en cuanto a la asignación y uso de recursos.*"[5]

[4] Ruiz-Parra AI. Ceremonia de graduación, Facultad de Medicina, Universidad Nacional de Colombia 13-IX-2017.

[5] Mendoza-Vega J. Op. cit. pág. 19. Mendoza-Vega J. Médicos en nuevos escenarios.

Por su lado, los tribunales de ética médica al juzgar un acto médico deben considerar las circunstancias precisas en las que éste se llevó a cabo, así como, evaluar y juzgar la posible contribución de barreras administrativas sobre los medios que el médico pudo utilizar en procura de un resultado favorable en salud.

Con estas consideraciones en mente, el presente artículo resume las características que definen el acto médico y las razones por las cuales los actos médicos pueden ser objeto de investigación disciplinaria, así como de otras acciones de carácter jurídico.

II. Motivación. ¿Por qué hablar nuevamente del acto médico?

La motivación para revisar el tema surgió a partir de un proceso abocado por el Tribunal Nacional de Ética Médica recientemente. Un Tribunal Seccional de Ética Médica recibió queja contra del Dr. A.S.S., por la realización de hipnosis sin su autorización ni consentimiento, en el marco de una conferencia dictada por el Doctor A.S.S. en una ciudad de un país vecino, señalando que le fueron vulnerados sus derechos como paciente y que hubo imprudencia médica, mala práctica y negligencia.

Posteriormente se recibió en el Tribunal Seccional escrito del abogado defensor solicitándole proferir resolución inhibitoria en el proceso, por cuanto los hechos materia de investigación no sucedieron en el territorio nacional. El Tribunal Seccional decidió no inhibirse de continuar la investigación, decisión contra la cual se interpuso el recurso de apelación ante el Tribunal Nacional de Ética Médica.

Dice la quejosa que fue invitada como participante por un Laboratorio Farmacéutico, con gastos pagos, a una reunión de medicina general realizada en otro país. En dicha reunión estaba programada una charla de PSICOINMUNOTERAPIA ‘Ver lo que los demás no ven”, con el Dr. A.S.S. en el hotel donde estaban hospedados todos los invitados de Colombia. Explica que en la ponencia levantó la mano e hizo una pregunta; el Dr. A.S.S. se acercó sin responder la pregunta y le solicitó extender la mano, lo cual hizo porque pensó que iba a saludarla. El expositor mantuvo sostenida sus manos por “algunos segundos” y “sin ningún tipo de autorización, llámese Consentimiento Informado escrito procedió a realizar el ACTO MÉDICO de HIPNOSIS CLINICA…”.

En Mendoza-Vega J. Cuento hasta 80. Editorial Kimpres Ltda, Bogotá 2013. pág. 18-19.

Considera la quejosa que se violó en este Acto Médico la LEY 41/2002 acerca de su autonomía como paciente al igual que su derecho a ser informada, además se violó su intimidad por cuanto fue expuesta "como rata de laboratorio" delante un auditorio de más de 100 personas, en un salón que no contaba con los más mínimos requisitos y normas exigidos para prestar un servicio médico. La quejosa dice que no obtuvo beneficio y que fue usada como objeto experimental para la docencia, olvidando que la docencia e investigación médica son parte constitutiva de la práctica médica y su responsabilidad es la misma y agrega que el Dr. A.S.S. no le realizó: historia completa con antecedentes o limitaciones, patología mental o psiquiátrica que contraindicara la hipnosis, no explicó el procedimiento, sus pros y contras o contraindicaciones y no le hizo firmar el consentimiento Informado.

Con el fin de definir su competencia para resolver la apelación, el Tribunal Nacional de Ética Médica debió analizar cuidadosamente si la queja presentada ante el Tribunal Seccional describía un acto médico, a qué actuaciones se les puede considerar actos médicos y cuáles son las características que definen un acto médico.

III. Sobre la relación médico-paciente.

Señala el Magistrado Fernando Guzmán Mora que: "*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*".[6]

De acuerdo con lo anterior, para que se establezca una relación médico-paciente se requiere que una persona, un familiar o un acudiente solicite la ayuda de un profesional graduado de una escuela de medicina reconocida legalmente, el cual acepta la responsabilidad de ofrecerle sus conocimientos profesionales. En este caso se trataría de una relación en la cual el encuentro de las dos partes fue "voluntario".

[6] Tribunal Nacional de Ética Médica. Providencia No. 50-2007 Bogotá, Noviembre trece (13) del año dos mil siete (2007). MP: Dr. Fernando Guzmán Mora.

Se debe anotar sin embargo, que una buena parte de las relaciones médico-paciente se establecen en el marco de situaciones institucionales en las cuales un paciente o un usuario acude a un establecimiento de salud determinado en razón a que éste pertenece a la red de prestación de servicios contratada por la empresa aseguradora del paciente y, a su vez, el médico que atiende al paciente está vinculado a la institución de salud mediante un contrato que le asigna actividades específicas de acuerdo con su experticia. En este caso se trataría de una relación médico-paciente que comienza como consecuencia del funcionamiento del sistema de salud. Es en este marco en el que ha ocurrido que la figura del "médico tratante" se reemplaza en muchos casos por la de "grupo o servicio tratante". Es indudable que ésta representa un tipo diferente de relación médico-paciente.

Por ello hemos señalado desde la introducción que en la actualidad asistimos a una transformación de la relación médico-paciente. Esto se debe a que esta relación tan particular, no solo está mediada por las variables bio-psico-sociales del paciente, sus expectativas y necesidades, y las del médico, tales como su preparación técnico-científica, habilidades comunicativas, compromiso ético, capacidad de análisis y comportamiento; numerosas variables diferentes afectan esta relación. Como lo señala la Dra. Clemencia Mayorga, Magistrada del Tribunal de Ética Médica de Bogotá: *"…la relación médico-paciente se ve influida e intervenida necesariamente por el funcionamiento del Sistema de salud como de las propias instituciones, por su gestión, adecuada o no, por los medios con los cuales los médicos cuentan, como de las barreras de acceso o trabas administrativas que afectan la continuidad o integralidad de los tratamientos, el conocido pluriempleo de médicos y personal de enfermería, listas de espera excesivamente largas, falta de coordinación entre los médicos tratantes cuando interviene más de uno, inversiones excesivas en tecnología y escasas en lo que es el cuidado de los pacientes, sobre todo después del egreso de los servicios de salud.*"[7] Resalta también la HM Mayorga cómo, a pesar de reconocerce el papel central que juegan las habilidades de comunicación en la relación médico-paciente, se dedica poco tiempo a la formación y desarrollo de estas habilidades durante la formación del talento humano en salud.

[7] Mayorga C. La relación médico-paciente: tensiones y desafíos que enfrenta hoy en Colombia. Gaceta Tribunal Nacional de Ética Médica. Gaceta Jurisprudencial No. 35. Memorias del Encuentro de Tribunales de Ética Médica, junio de 2019. Giro Graphos Impresores, Bogotá, 2019. páginas 89-90.

La Ley 23 de 1981 ha expresado que la relación médico-paciente se cumple en los siguientes casos[8]:

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

La relación médico-paciente se hace realidad en el acto médico. Así lo explican Guzmán, Franco y Saavedra al expresar: "*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.*"[9]

Se debe notar que esta definición implica que el médico puede abstenerse de prestar atención a un paciente si dicha atención requiere capacidades o conocimientos que él no tiene en relación con la patología del paciente (por ejemlo, en razón a la complejidad de la patología del paciente o de la especialidad y experticia del médico), con excepción de la atención de urgencia en las que no se cuente con otros especialistas y de la que no puede abstraerse el médico que está presente.

IV. Los fines del acto médico.

Clásicamente se ha considerado que los fines del acto médico son la promoción de la salud, la prevención de la enfermedad, el tratamiento de la enfermedad y la rehabilitación del paciente[10]. Sin embargo, como veremos más adelante, los actos médicos no necesariamente son de carácter individual, sino que incluyen acciones a nivel comunitario, e incluso algunas relacionadas con la investigación biomédica.

[8] Ley 23 de 1981. Artículo 5.

[9] Guzmán Mora F., Franco Delgadillo E. y Saavedra Rojas E. Derecho Médico Colombiano. Elementos Básicos. Responsabilidad Ética Médica Disciplinaria. Tomo I. 1ª. Edición. Departamento de Publicaciones de la Universidad Libre, Bogotá, 2006. Página. 89.

[10] Loc. cit.

V. Relación del acto médico con la ley.

¿Por qué un acto médico puede tener implicaciones legales? Para decirlo en pocas palabras, porque en el acto médico entran en juego derechos y deberes de las partes y porque la relación médico-paciente tiene carácter contractual en forma implícita o explícita. De hecho, algunos de los derechos del paciente, como el derecho a la vida y el derecho a la salud, son de carácter fundamental.

Como lo expresa el Tribunal Nacional de Ética Médica: "*Las obligaciones del médico, frente al derecho, provienen de su actividad consciente y, por lo tanto, son la contrapartida de los derechos del enfermo…; derechos y obligaciones que están establecidos en la ley. Todo acto médico desde esta perspectiva, es un acto jurídico o un hecho jurídico; es decir, de todo acto médico se derivan consecuencias en el ámbito de Derecho."*[11]

También ha señalado el Tribunal Nacional de Ética Médica al respecto: "*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*".[12]

En el apartado sobre la relación médico-paciente se señaló la existencia de al menos dos tipos de relación médico-paciente, una en la cual voluntariamente un paciente elige a su médico tratante y otra en la que -en razón del tipo de aseguramiento y del contrato que tiene el médico- ocurre el encuentro entre el médico y el paciente; también existe la posibilidad de que no haya un médico tratante, sino un grupo o un servicio tratante, como ocurre frecuentemente enla actualidad en los hospitales y clínicas. En cada caso hay lugar a responsabilidades ya que son sujetos de obligaciones y de derechos tanto el médico, como el paciente. Algunas responsabilidades son comunes a los dos tipos de relación, mientras que otras serán específicas. Por ejemplo, en un servicio donde cada día la revista clínica es llevada a cabo por un especialista diferente, determinar la responsabilidad de cada

[11] Tribunal Nacional de Ética Médica. Providencia No. 06-03. Bogotá D. C., marzo once (11) del año dos mil tres (2003). MP: Dr. Fernando Guzmán Mora.

[12] Tribunal Nacional de Ética Médica. Providencia No. 50-2007. Ibid.

uno puede ser una tarea compleja. Corresponde a los Tribunales discernirla en cada caso individual.

En los casos en los que el acto médico se realiza en contra de la voluntad del médico, es decir, bajo amenaza física o moral, el galeno también debe emplear adecuadamente sus conocimientos y experticia, así como seguir los preceptos universales de la ética y deontología médicas, procurando, como en los demás casos, el mejor resultado posible en salud. Al respecto la jurisprudencia del Tribunal de Ética médica ha señalado: *"... 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*."[13]

VI. Obligaciones del médico.

Las obligaciones del médico con el paciente incluyen:

1. Secreto Profesional.
2. Información adecuada y consentimiento.
3. Obligación de conocimiento.
4. Obligación de diligencia y técnica.
5. Continuidad en el tratamiento.
6. Asistencia y consejo.
7. Certificación de la enfermedad y del tratamiento efectuado.

En relación con la obigación de diligencia ha señalado la Corte Suprema de Justicia de Colombia: "*... el médico tiene el deber de poner todo su cuidado y diligencia siempre que atienda o beneficie a sus pacientes con el fin de probar su curación o mejoría; lo que por negligencia, descuido u omisión cause perjuicio a la salud de aquellos incurre en una conducta ilícita que será calificada por el juez según su magnitud...*"[14]

Se debe anotar que el anterior concepto no implica que el resultado tenga que ser siempre exitoso; pero sí indica que el médico debe utilizar todos los medios que estén a su alcance en procura del mejor resultado posible de acuerdo con las circunstancias específicas y el estado del arte.

[13] Tribunal Nacional de Ética Médica. Providencia No. 50-2007. Ibid.

[14] Jurisprudencia y Doctrina. Legis. tomo XVI. 184. Página 322. Abril de 1987

Por lo anterior ha precisado el Tribunal Nacional de Ética Médica: "*En general, estas actuaciones van precedidas de un acto jurídico (contrato consensual); si el médico lo cumple, genera derechos a su favor y si lo incumple, genera sanción. ...tratándose (en la mayoría de los casos), de una obligación "de medio" 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*".[15]

Es obligatorio entonces que el médico dedique el tiempo que sea necesario para poder establecer una buena relación médico-paciente, así como, para hacer el proceso diagnóstico, solicitar los apoyos necesarios, y establecer un plan de tratamiento y seguimiento. Así lo expresa la Ley de Ética Médica en su artículo 10: "*El médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluacion adecuada de su salud e indicará los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente"*.[16] Por esta razón no es concebible que se emitan decisiones administrativas que limiten el tiempo que el médico debe dedicar a la atención de los pacientes; de hecho, lo que se ha normatizado en Colombia es que la consulta por médico general no debe ser menor de veinte (20) minutos.[17] Lo anterior no significa que toda atención médica deba durar 20 minutos, sino que la consulta médica general debe tener como mínimo dicha duración. Pero es aún más inconcebible que galenos en cargos administrativos sean los que limiten la duración de la consulta médica. Como se verá adelante, en el apartado sobre Clases de actos médicos, los actos llevado a cabo por médicos en desempeño de un cargo administrativo también son sujeto de responsabilidad ético-disciplinaria, particularmente cuando sus actuaciones impliquen un deterioro de la salud de los pacientes.

También es obligatorio que el médico consigne en la historia clínica todas sus actuaciones; de esta manera dejará constancia detallada de las condiciones del paciente y de los medios empleados para tratar de lograr el éxito de sus actos médicos. Aunque la ley de Ética Médica señala esta responsabilidad ineludible en su artículo 34: "*La historia clínica es el regis-*

[15] Tribunal Nacional de Ética Médica. Providencia No. 06-03. Ibid.

[16] Ley 23 de 1981. Artículo 10.

[17] Artículo 97. Consulta Médica General. Resolución Número 5261 de 1994 (agosto 5) del Ministerio de Salud de la República de Colombia.

tro obligatorio de las condiciones de salud del paciente…"[18], un volumen muy importante de procesos que se deciden en los Tribunales Seccionales y en el Tribunal Nacional de Ética Médica tienen relación con fallas en la elaboración de la historia clínica. La historia clínica es la constancia más importante del acto médico y, como veremos más adelante, su elaboración misma constituye un acto médico (acto médico extracorpóreo).

VII. Características del acto médico.

Las características del acto médico son:

1. Profesionalidad: solamente el profesional de la medicina puede efectuar un acto médico.
2. Ejecución típica: ejecución conforme a la *Lex artis ad hoc*, sujeta a las normas de excelencia de ese momento.
3. Tener por objetivo la curación o rehabilitación del enfermo.
4. Licitud.

El acto médico es lícito si en su génesis es conforme con los principios del consenso social. Para que un acto médico sea lícito debe cumplir con los siguientes requisitos:[19]

» - Ser lícito por la legitimación del autor, es decir que lo haga un médico titulado. En este sentido, las actuaciones de urgencias realizadas por un estudiante de medicina o un titulado a quien se le haya retirado su habilitación para ejercer la medicina, no serán actos médicos, sino actos del cumplimiento del deber general de socorro.
» - Ser lícito por la finalidad que persigue: por ejemplo, promoción sanitaria de la comunidad, curación o bienestar de los pacientes.
» - Ser lícito por el expreso consentimiento del paciente, excepto en circunstancias especiales, como por ejemplo, la atención de urgencia.
» - Ser lícito por ajustarse a la legalidad y legitimidad del Estado de Derecho.

[18] Ley 23 de 1981. Artículo 34.

[19] Martínez-Calcerrada LM y autores varios. Derecho Médico. Volumen primero: Derecho Médico General y Especial. Capítulo: Tratamiento Jurídico en General. Editorial Tecnos S.A. Madrid España. 1986.

VIII. Clases de actos médicos.

Martínez-Calcerrada y colaboradores describen cuidadosamente varios tipos de actos médicos[20]:

1. Actos sobre el cuerpo humano:
    - Directos.
    - Indirectos.
2. Actos médicos extracorpóreos.
3. Actos médicos complejos.
4. Según la existencia necesaria o no de consentimiento del paciente:
    - Actos consensuales.
    - Actos No consensuales.

Explican estos autores que los **actos directos** sobre el cuerpo humano persiguen a través de la intervención médica la finalidad de curación o bienestar del propio sujeto intervenido. Los actos directos incluyen: prevención o profilaxis, diagnóstico, prescripción, tratamiento y rehabilitación. Según los autores, la prescripción se plasma en la receta médica, mientras que el tratamiento es la ejecución activa de la prescripción, la cual no necesariamente la realiza el facultativo ya que puede involucrar al paciente o a otros profesionales y requerir equipos especiales. En relación con la rehabilitación aclaran que no se refiere solamente a las técnicas de rehabilitación propiamente dichas, sino a la continuación del tratamiento y al control de la evolución, procesos éstos que son la culminación del acto médico.

En referencia específicamente a la cirugía estética se señala que la corrección de imperfecciones o la modificación de la configuración física, tienen beneficio sobre el paciente (así sea psíquico) por lo que también está sujeta a responsabilidad y a sus excepciones (cirugía de urgencia, cirugía sin consentimiento). En relación con los exámenes de laboratorio que se practican a un paciente, al actuarse sobre materia orgánica perteneciente a un cuerpo y tener como finalidad determinar sus posibles afecciones deben ser considerados actos médicos que pretenden conseguir o ayudar a obtener un resultado curativo inmediato.[21]

[20] Martínez-Calcerrada LM y autores varios. Op. cit.

[21] Martínez-Calcerrada LM y autores varios. Op. cit.

Por otro lado, los **actos médicos corpóreos indirectos** persiguen una finalidad genérica de promoción de la salud o son fases de un proceso curativo que afecta a un individuo distinto del que en principio es intervenido. Esto ocurre, por ejemplo, con las necropsias, los transplantes de órganos o transfusiones (desde el punto de vista del donante) y la investigación o experimentación sobre el cuerpo humano. En el caso de las necropsias sus resultados pueden contribuir al avance del conocimiento, a la formación de talento humano en salud (lo que constituye un acto de promoción de la salud), y a identificar la causa de un fallecimiento lo que puede evitar otros fallecimientos o permitir la consejería de otros pacientes. En el caso del transplante, así como en el de las transfusiones, existe un acto indirecto en el donante y uno directo en el receptor. También puede ocurrir una satisfacción personal de los donantes que puede producir bienestar en ellos. Finalmente, una gran parte de la investigación científica en humanos permite el avance de la ciencia y sus resultados se aplican posteriormente para mejorar el estado de salud de las personas.[21]

Los **actos médicos extracorpóreos** son aquellos en los que la actividad médica no se produce o refleja sobre el cuerpo humano. Éstos incluyen: las recetas y certificados médicos, la historia clínica, la investigación técnica sobre nuevo instrumental o aplicación de nuevas técnicas científicas, y la investigación médico-biológica en laboratorios. En este último caso, aunque se use material procedente del cuerpo humano, sus resultados no acúan directamente sobre la persona de quien se obtuvo la muestra, sino posteriormente sobre la salud de otras personas.[21]

Los **actos médicos complejos** son aquellos que se realizan en fases o etapas que tienen un nexo o relación causal. Cada una de esas etapas puede calificarse como un acto médico y su conjunto genera un acto médico complejo. Un proceso diagnóstico o un tratamiento son actos médicos complejos.[21] En realidad la mayoría de los actos médicos que se realizan diariamente son de carácter complejo.

Finalmente los **actos médicos consensuales** son aquellos en los que media un consentimiento, mientras que en los **actos médicos no consensuales** el m***édico y*** el paciente no se encuentran unidos por un contrato médico; es decir, existe una relación médica extracontractual. Esto no significa que no haya vínculo jurídico, aunque las responsabilidades son diferentes. Son actos médicos no consensuales aquellos en los que el paciente no está en

condiciones de prestar su consentimiento y el médico interviene por razones de urgencia, los casos en los que el médico tiene un contrato con un tercero por el que se obliga a prestar los servicios a los pacientes que éste le indique, y los de los m***édicos funcionarios públicos que asisten a determinados enfermos en cumplimiento*** de su función.[21]

Los médicos en el ejercicio de un cargo administrativo también deben utilizar todos los medios posibles para que los resultados en salud de pacientes o usuarios sean favorables; por lo tanto, si un médico en un cargo administrativo es responsable de barreras que generan como consecuencia la afectación de la salud o de la vida de un paciente pueden ser objeto de procesos éticos disciplinarios. Así lo ha señalado el Tribunal Nacional de Ética Médica: "*El acto médico no es solamente el acto médico clínico. Y para este tribunal es claro que, cualquier acto médico, sea clínico o administrativo, cuyo efecto sea demostrado como nocivo para un paciente con participación culposa o dolosa de un profesional de la medicina, convierte a dicho galeno en sujeto disciplinable por los tribunales ético médicos*. *No se acepta que un médico que tome una decisión lesiva respecto de uno o más pacientes en el área administrativa, venga a argumentar que su acto administrativo no tiene relación con conductas que trasgreden el Código de Ética Médica por ser, precisamente, "administrativos"".*[22]

IX. Decisión ante el escenario inicial.

En el escenario planteado al inicio de este escrito, el Tribunal Nacional de Ética Médica consideró que no había ocurrido un proceso de hipnosis terapéutica como se entiende en la actualidad y que no hab***ía existido*** una verdadera relación médico-paciente entre el Dr. A.S.S. y la quejosa. El Tribunal consider***ó*** que, en los hechos acaecidos en el marco del programa realizado por un laboratorio clínico, no hubo relación médico-paciente ni un acto médico que la concretara, por lo que no tenía competencia para fallar el proceso. Para el lector puede ser ahora más evidente que lo ocurrido con la quejosa no tiene las características típicas del acto médico y no pertenece a ninguna de las clases de actos médicos explicados anteriormente.

En otros procesos, por el contrario, el Tribunal Nacional de Ética Médica ha tenido que demostrar que, en contradicción con argumentos de la

[22] Tribunal Nacional de Ética Méica. Providencias 33-2015 del 28 de abril de 2015 y 59-2016 del 26 de julio de 2016. Proceso 2015-1669-06 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Santander. MP: Dr. Fernando Guzmán Mora.

defensa que tratan de justificar la falta de registros en la historia clínica (un acto médico extracorpóreo, de acuerdo con la clasificación propuesta por Martínez-Calcerrada y colaboradores), hay actuaciones que configuran una verdadera relación médico-paciente y un acto médico en concordancia con la revisión previa.[23]

El Tribunal Nacional de Ética Médica también se ha pronunciado en procesos en los que han ocurrido errores en la prescripción -que probablemente se debieron a una mala digitación en aplicativos de historias clínicas sistematizadas-, en los que la falta de una revisión cuidadosa final por parte del facultativo, implicó que los pacientes recibieran dosis inapropiadas de medicamentos. En estos casos o bien el farmaceuta[24] o bien el paciente[25] suministraron dichas dosis inadecuadas. Se trata entonces de errores en los actos médicos directos de la "prescripción" que condujeron a otros en los actos ***médico***s del "tratamiento" el cual, como vimos anteriormente, puede ser llevado a cabo por personas diferentes al galeno. De hecho, en buena parte de los tratamientos no son llevados a cabo directamente por los médicos. Sin embargo, dado que la responsabilidad primaria es del profesional de la medicina, no es aceptable que se transfiera esta a los pacientes, personal administrativo o personal de apoyo de farmacia o de terapéuticas complementarias, en el momento de plantear una defensa.

Es evidente que las historias clínicas sistematizadas permiten registrar con claridad los actos médicos y de los demás profesionales y miembros del equipo de salud, facilitan los procesos administrativos y financieros, e incluso pueden emitir alertas que reducen el error médico (recuerdan formas de presentación de los medicamentos, dosis máximas, interacciones negativas y positivas, resaltan las reacciones al***é***rgicas y de hipersensibilidad, señalan las reacciones adversas que pueden ocurrir, y cálculan las unidades del medicamento que se deben prescribir). No obstante, el facultativo debe siempre realizar una revisión meticulosa de lo que registra en

[23] Tribunal Nacional de Ética Médica. Providencia 41-2019 del veinticuatro (24) de abril del año dos mil diecinueve (2019). Proceso ético-disciplinario No. 3175 del Tribunal de Ética Médica de Cundinamarca. MP: Dr. Ariel Iván Ruiz Parra.

[24] Tribunal Nacional de Ética Médica. Providencia 45-2019 del ocho (8) de mayo del año dos mil diecinueve (2019). Proceso ético-disciplinario No. 5953-RE del Tribunal de Ética Médica de Bogotá. MP: Dr. Ariel Iván Ruiz Parra

[25] Tribunal Nacional de Ética Médica. Providencia 12-2019 del seis (6) de febrero del año dos mil diecinueve (2019). Proceso ético-disciplinario No. 2015-150 del tribunal de Ética Médica del Huila. MP: Ariel Iván Ruiz Parra.

la historia clínica y en la prescripción, lo cual, como vimos, constituyen actos ***médico***s extracorpóreos. Por otro lado, como lo ha señalado el Tribunal Nacional de Ética Médica, "*también es necesario que el médico tenga presente que los documentos clínicos escritos constituyen la prueba más importante de su pericia, prudencia y diligencia en los actos médicos que practica*".[26]

X. Consideración final.

La siguiente consideración, aunque hace referencia a la consulta, uno de los actos médicos más cotidianos, se puede aplicar a otras actuaciones de los facultativos descritas en los párrafos precedentes. En ella se delinea la relación médico-paciente y su concreción en el acto médico: "*La consulta no es solamente un compromiso profesional o laboral con el paciente o el usuario; es un acto médico de profundo significado para el paciente y el médico; es el encuentro entre las necesidades físicas, psíquicas y espirituales del paciente, y los conocimientos, el humanismo y el humanitarismo del médico. Las limitaciones del tiempo dedicado a este acto médico afectan, no solo la relación médico paciente, si no, la calidad de la atención brindada. En la consulta el médico emplea las herramientas del método científico en el que se ha formado, para ofrecer la mejor solución posible a las necesidades de los pacientes o usuarios, así, una anamnesis completa y un examen físico apropiado, ofrecen los datos necesarios para que, luego de un análisis cuidadoso basado en los conocimientos previos, se plantee una hipótesis diagnóstica y un plan de manejo y seguimiento para verificar los resultados. Como todo proceso intelectual complejo, este método exige el tiempo apropiado para llevarse a cabo exitosamente en cada caso particular. En consecuencia, no deben imponerse al médico restricciones generales para el tiempo dedicado a la consulta*".[27]

Sin embargo, de la revisión precedente se hace evidente que los actos médicos no se limitan solamente a los actos clínicos sobre el paciente. También constituyen actos médicos las acciones en salud pública; la investigación llevada a cabo en seres humanos, sujetos de derecho, que implica consentimientos informados y una revisión exhaustiva de la historia clínica para determinar si el participante en la investigación puede recibir la intervención experimental; la práctica de autopsias cuyos resultados tengan

[26] Tribunal Nacional de Ética Médica. Providencia No. 45-2019, Ibid.

[27] Tribunal Nacional de Ética Médica. Providencia No. 12-2019, Ibid.

implicaciones en salud comunitaria o contribuyan a la formación de futuros médicos promoviendo así la salud; las investigaciones sobre nuevos dispositivos y técnicas que contribuyan al avance de la ciencia y tengan aplicación futura en otros pacientes; y los registros escritos en prescripciones, certificados e historias clínicas. Todos estos actos médicos deben ser ejecutados de manera correcta e implican diferentes responsabilidades. Es posible que la caracterización que se ha hecho en los párrafos precedentes contribuya a dar claridad sobre las decisiones tomadas por el Tribunal Nacional de Ética Médica en los procesos comentados.

IMPLICACIONES ETICAS Y MÉDICAS DE LA LEY 1996 DE 2019

Dr. Jacob Aaron Cuellar Bermúdez
Abogado Secretario del Tribunal de Ética Médica del Cauca

INTRODUCCION:

El presente tema del cual vamos a referirnos hoy en este encuentro Nacional de Tribunales de Ética Médica, tiene que ver con un tipo de ciudadano, al cual, desde una parte de la cultura del ser humano, hasta el momento no se le ha dado el valor que debe tener como persona humana.

Este ser es la persona que padece una discapacidad, sea menor o mayor de edad, al punto que dentro de los desarrollos que han efectuado, desde los organismos internacionales o nacionales, desde la medicina y desde la Ley, para hacer que su vida sea más benéfica, solo hasta el año 2006, se adopta en la ONU, una convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, y su protocolo facultativo.

Esta **Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad** y su **Protocolo Facultativo** fuero aprobada el 13 de diciembre de 2006 en la Sede de las **Naciones Unidas** en Nueva York y entraron en vigor el 3 de mayo de 2008, una vez que se cumplió con el número reglamentario de países que lo ratificaron para su entrada en vigor. Representan estos dos documentos, un instrumento jurídico internacional, que protege los derechos de las personas con discapacidad y en el que se reafirma que todas las personas, cualquiera que sea su discapacidad, pueden gozar de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales. La Convención y cada uno de sus artículos se basan en ocho principios rectores:

1. El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;

2. La no discriminación;
3. La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;
4. El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;
5. La igualdad de oportunidades;
6. La accesibilidad;
7. La igualdad entre el hombre y la mujer;
8. El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

La Convención está supervisada por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD). Los Estados Partes le debe presentar periódicamente, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, un informe exhaustivo sobre las medidas que han adoptado para cumplir sus obligaciones conforme a la Convención y sobre los progresos realizados al respecto en el plazo de dos años contado a partir de la entrada en vigor de la Convención en el Estado Parte de que se trate.

En virtud de esta manifestación de los estados parte, Colombia por medio de LEY 1346 DE 2009, (Julio 31), Por medio de la cual se aprueba la "Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad", adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.

Con este marco jurídico Nacional, y sin dejar de lado las múltiples manifestaciones que en el escenario internacional se han dado en esta materia, procederemos a dedicarnos a un subtema, que es el motivo que nos trae en esta ocasión a este Acto académico Nacional, el subtema no es otro que la Salud, tema central de este encentro Nacional, por ello procederemos a expresar unos interrogantes que surgen necesariamente en esta disciplina.

¿Qué debe hacer el medico ante un paciente con discapacidad?.

¿C**ó**mo afecta el tratamiento que se requiere suministrar a la persona con discapacidad?.

¿Se viola el secreto profesional y la reserva médica, al informar del estado de salud a una persona con discapacidad que no es su familiar?.

¿Cuál es el papel del familiar en el tratamiento de una persona con discapacidad y los contenidos de la ley?.

¿A quien le debo pedir el consentimiento para un tratamiento o procedimiento a una persona con discapacidad?.

¿Qué pasa con el consentimiento de una persona con discapacidad a la cual no se le ha nombrado un apoyo en los términos de la ley?.

Para resolver estos interrogantes y muchos otros que se nos puedan presentar, lo primero que debemos hacer es acudir a los conceptos que adopta la ley de discapacidad y apoyo jurídico en Colombia, pero para reforzar el tema recordemos que se entiende por consentimiento informado y su relación con los actos jurídicos.

1. El consentimiento como requisito de existencia del acto jurídico **(Aspectos civiles del consentimiento *lato sensu*)**

Existen numerosas definiciones del vocablo "consentimiento".

1. Éste es el acuerdo de dos o más voluntades destinadas a producir consecuencias o fines de interés legal en la celebración de cualquier convenio o contrato.
2. Asimismo, se define como la adhesión a la voluntad de otro o el concurso mutuo de la voluntad de las partes sobre un hecho que aprueban con pleno conocimiento.
3. El consentimiento es un requisito de existencia del contrato, es decir sin consentimiento no hay contrato.

Para entender el consentimiento informado en medicina como acto jurídico, es imperioso comprenderlo como concepto civil desde el contenido de un contrato, de tal modo, los requisitos de los contratos son de dos tipos: I. de existencia y II. De validez.

I. Requisitos de existencia del acto jurídico. (Requisito esencial o *sine qua non*).

i. el consentimiento: (compuesto por la oferta y aceptación).

ii. el objeto posible: el objeto directo del contrato es crear y transferir derechos y obligaciones, el objeto indirecto puede consistir en acciones de dar, hacer o no hacer (v.g. *dar* un diagnóstico, *hacer* una hemitiroidectomía indicada, *no hacer* tiroidectomía total contraindicada para *no hacer* un daño *–primum non nocere–*). En resumen, para descubrir cuál es el objeto de un acto jurídico es

preciso responder a la pregunta ¿A qué está obligado el médico o el paciente? considerando que el objeto posible debe serlo física y jurídicamente;

iii. la solemnidad: la importancia económica o social de ciertos actos (v.g. en el derecho familiar se encuentra el matrimonio, la adopción, etc.) impone el requisito de celebrarlos con determinados ritos que condicionan su existencia.

II. Requisitos de validez (necesarios para producir efectos jurídicos plenos).

i. **capacidad de las partes**: de goce y de ejercicio;

ii. **Ausencia de vicios de la voluntad:** a) el error (decisión que proviene de una creencia equivocada o concepto falso de la realidad, v.g. someterse a una cirugía desconociendo el verdadero riesgo o la falta de beneficio), b) el dolo (la decisión se obtiene o mantiene por engaños, v.g. mentir en el diagnóstico para llevar a cabo una cirugía), c) el temor o violencia (empleo de fuerza física o amenazas, d) la lesión (la desproporción exagerada de las prestaciones que las partes se deban recíprocamente por el acto jurídico);

iii. **Cumplimiento de la forma legal**; iv. La licitud en el objeto, motivo o fin.

En conclusión, para que exista legalmente la manifestación de una persona, se requiere primero el consentimiento, que es una condición *sine qua non* para el nacimiento del acto jurídico, por otro lado para que valga, y produzca efectos jurídicos plenos, se requiere capacidad, no vicios, y que sea lícito. So pena de nulidad o invalidez.

2.- El consentimiento informado en el derecho sanitario

Este sentido del consentimiento, *lato sensu*, se debe relacionar con nuestra legislación en salud, y hasta el momento solo en la Ley 23 de 1.981, hay referencia al tema en el artículo 15; y la interpretación y desarrollos que de esta norma ha hecho la Suprema Corte de Justicia o la Corte Constitucional, que en concreto ha indicado que es un acto debidamente consensuado, con la suficiente información en términos del lenguaje de la persona, y es un requisito que respeta la autonomía de la persona.

3.- Definición de consentimiento informado.

El acuerdo de voluntades entre médico y paciente en el que el primero expresa el plan médico o quirúrgico, de una actividad médica, ya sea enfermedad o tratamiento, informa riesgos, beneficios y solicita autorización para realizarlo, así como para atender urgencias y contingencias derivadas del acto autorizado seguido de la aceptación y firma del paciente (o de su representante en caso necesario), y el médico.

4.- El tema que nos convoca son las discapacidades y sus tipos

4.1. Tipos de discapacidad.

4.1.1. Discapacidad física: Consiste en falta, deterioro o alteración funcional de una o más partes del cuerpo, y que provoque inmovilidad o disminución de movilidad.

4.1.2. Discapacidad sensorial: Se divide en discapacidad auditiva y discapacidad visual.

4.1.2.1. Discapacidad auditiva: Consiste en el deterioro o falta de la función sensorial de oír (sordera parcial o total, dificultades para hablar).

4.1.2.2. Discapacidad visual: Consiste en el deterioro o falta de la función sensorial de ver (visión disminuida, ceguera).

4.1.3. Discapacidad intelectual: Consiste en limitaciones significativas en el funcionamiento intelectual y en la conducta adaptativa, que se manifiesta en habilidades adaptativas conceptuales, sociales y prácticas.

4.1.4. Discapacidad mental: Consiste en alteraciones o deficiencias en las funciones mentales, específicamente en el pensar, sentir y relacionarse. Es conocido también bajo el término de "Discapacidad psicosocial".

5.- Caso Colombiano. Definiciones.

Para el caso en Colombia, nuestro país h apartido de la definición internacional de discapacidad. "*La discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". **Convención de la ONU,** 2006*

La Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud -CIF, desarrollada por la Organización Mundial de la Salud -OMS, utiliza un enfoque "biopsicosocial", y define la discapacidad, desde el punto de vista relacional, como el resultado de interacciones complejas entre las limitaciones funcionales (físicas, intelectuales o mentales) de la persona y del ambiente social y físico que representan las circunstancias en las que vive esa persona. La CIF Incluye deficiencias, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación. Denotando los aspectos negativos de la interacción entre un individuo (con una condición de salud) y la de los factores contextuales individuales (factores ambientales y personales). (OMS, 2002).

5.1. ¿Qué es Inclusión Social de Personas con Discapacidad?

Expresa el adecuado acceso a bienes y servicios, procesos de elección colectiva, la garantía plena de los derechos de los ciudadanos y la eliminación de toda practica que conlleve a marginación y segregación de cualquier tipo. Este proceso permite acceder a todos los espacios sociales, culturales, políticos y económicos en igualdad de oportunidades.

5.2. ¿Qué es Rehabilitación Integral?

El concepto que se maneja en Colombia respecto a la rehabilitación integral, establece la visión multidimensional y biopsicosocial de las personas con discapacidad, lo que implica la provisión continua y coherente de acciones dirigidas al individuo, a su familia y

a su comunidad, desarrolladas en corresponsabilidad por los diferentes sectores: salud, educación, trabajo, cultura, recreación y deportes, comunicaciones y transporte, entre otros, con el objeto de facilitar la promoción, prevención, recuperación, rehabilitación e inclusión social de la población.

5.3. Estadística de Discapacidad

Personas con Discapacidad en el Registro para la Localización y Caracterización de Personas con Discapacidad. Diciembre de 2013.

5.4. Acciones en Colombia. El Ministerio de Salud, ya ha adoptado medidas con el fin de tener un registro de las personas con discapacidad, por medio de la campaña Nacional para el Registro de las Personas con Trastornos del Espectro Autista -TEA.

Con el fin de promover el goce de los derechos de las personas con Trastorno del Espectro Autista -TEA, este Ministerio lidera la Campaña Nacional de concientización sobre el Autismo y convoca a las Autoridades Territoriales de Salud a promover la inclusión y la actualización de los datos de las personas con TEA, en el Registro para la Localización y Caracterización de Personas con Discapacidad -RLCPD. **Circular 0017 del 25 de marzo de 2014.** (Min salud.).

6.- DECLARACIONES DE DERECHOS PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

Para una mayor información debemos partir del contenido del artículo 25 de la convención, que se refiere a la SALUD, su contenido, está orientado a reconocer los niveles de autonomía y discapacidad, luego pasaremos a los contenidos de la Ley en el Maco de la Legislación interna en Colombia.

Artículo 25

Salud. Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en

cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. En particular, los Estados Partes:

a) Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, *incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población;*

b) Proporcionarán los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad, Incluidas la pronta detección e intervención, cuando proceda, y servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades, incluidos los niños y las niñas y las personas mayores;

c) Proporcionarán esos servicios lo más cerca posible de las comunidades de las personas con discapacidad, incluso en las zonas rurales;

d) ***Exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado;***

e) Prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando estos estén permitidos en la legislación nacional, y velarán por que esos seguros se presten de manera justa y razonable;

f) Impedirán que se nieguen, de manera discriminatoria, servicios de salud o de atención de la salud o alimentos sólidos o líquidos por motivos de discapacidad.

7.- SITUACION EN COLOMBIA.

En Colombia, luego de la expedición de varias normas de rango ministerial e incluso del congreso, se expide la ley 1996 de 2019, en la cual reestructura los conceptos y deroga algunas de las disposiciones contenidas en las anteriores normas, con lo cual, se tiene dos normas complementarias, las cuales hace referencia el artículo 61 y 62 de la ley, así:

> "ARTÍCULO 61: Quedan derogados los numerales 5 y 6 contenidos en el artículo 22 de la Ley 1564 de 2012; el ordinal 3 del artículo 127, el ordinal 2 del artículo 1061 y el ordinal 3 del artículo 1068 de la Ley 57 de 1887; los artículos 1o a 48, 50 a 52, 55, 64 y 90 de la Ley 1306 de 2009, el artículo 6o de la Ley 1412 de 2010; el inciso 1 del artículo 210 del Código General del Proceso; el parágrafo 1 del artículo 36 de la Ley 1098 de 2006 y las demás normas que sean contrarias a esta ley. ARTÍCULO 62. El Gobierno nacional, en un plazo máximo de cuatro (4) meses contados a partir de la vigencia de la presente ley, deberá emitir los decretos reglamentarios con el fin de cumplir las medidas ordenadas en el artículo 13 de la Ley 1618 de 2013 que permitan garantizar el derecho al trabajo de las personas con discapacidad.

Para efectos de nuestro tema, las implicaciones y los retos a los cuales se ha de enfrentar el médico en un futuro, un año, exactamente, son los siguientes.

En el CAPÍTULO I. que trata sobre las DISPOSICIONES GENERALES, cabe resaltar que se debe respetar el derecho a la capacidad legal plena de las personas con discapacidad, mayores de edad, y al acceso a los apoyos que puedan requerirse para el ejercicio de la misma **y en el artículo segundo sobre la interpretación, en el sentido que es obligación de interpretar esta ley desde la perspectiva del bloque de constitucionalidad, artículo 93,** Y **No podrá restringirse o menoscabar ninguno de los derechos reconocidos y vigentes en la legislación interna o en instrumentos internacionales, aduciendo que la presente ley no los reconoce o los reconoce en menor grado.**

ARTÍCULO 3o. DEFINICIONES. Para efectos de la presente ley, se utilizarán las siguientes definiciones:

1. Actos jurídicos. Es toda manifestación de la voluntad y preferencias de una persona encaminada a producir efectos jurídicos.

2. Actos jurídicos con apoyos. Son aquellos actos jurídicos que se realizan por la persona titular del acto utilizando algún tipo de apoyo formal.

3. Titular del acto jurídico. Es la persona, mayor de edad, cuya voluntad y preferencias se manifiestan en un acto jurídico determinado.

4. Apoyos. Los apoyos de los que trata la presente ley son tipos de asistencia que se prestan a la persona con discapacidad para facilitar el ejercicio de su capacidad legal. Esto puede incluir la asistencia en la comunicación, la asistencia para la comprensión de actos jurídicos y sus consecuencias, y la asistencia en la manifestación de la voluntad y preferencias personales.

5. Apoyos formales. Son aquellos apoyos reconocidos por la presente ley, que han sido formalizados por alguno de los procedimientos contemplados en la legislación nacional, por medio de los cuales se facilita y garantiza el proceso de toma de decisiones o el reconocimiento de una voluntad expresada de manera anticipada, por parte del titular del acto jurídico determinado.

6. Ajustes razonables. Son aquellas modificaciones y adaptaciones que no impongan una carga desproporcionada o Indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones que las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

7. Valoración de apoyos. Es el proceso que se realiza, con base en estándares técnicos, que tiene como finalidad determinar cuáles son los apoyos formales que requiere una persona para tomar decisiones relacionadas con el ejercicio de su capacidad legal.

8. Comunicación. El concepto de comunicación se utilizará en la presente ley para incluir sus distintas formas, incluyendo pero no limitado a, la lengua de señas colombiana, la visualización de textos, el braille, la comunicación táctil, los macro tipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso.

9. Conflicto de interés. Situación en la cual un interés laboral, personal, profesional, familiar o de negocios de una persona, puede llegar a afectar el desempeño y/o las decisiones imparciales y objetivas de sus funciones.

ARTÍCULO 4o. PRINCIPIOS. Los siguientes principios guiarán la aplicación y la interpretación de la presente ley, en concordancia con los demás principios establecidos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, con el fin de garantizar la efectiva realización del derecho a la capacidad legal de las personas con discapacidad.

1. Dignidad. En todas las actuaciones se observará el respeto por la dignidad inherente a la persona con discapacidad como ser humano.

2. Autonomía. En todas las actuaciones se respetará el derecho de las personas a auto determinarse, a tomar sus propias decisiones, a equivocarse, a su independencia y al libre desarrollo de la personalidad conforme a la voluntad, deseos y preferencias propias, siempre y cuando estos, no sean contrarios a la Constitución, a la ley, y a los reglamentos internos que rigen las entidades públicas y privadas.

3. Primacía de la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico. Los apoyos utilizados para celebrar un acto jurídico deberán siempre responder a la voluntad y preferencias de la persona titular del mismo. En los casos en los que, aun después de haber agotado todos los ajustes razonables disponibles, no sea posible establecer la voluntad y preferencias de la persona de forma inequívoca, se usará el criterio de la mejor interpretación de la voluntad, el cual se establecerá con base en la trayectoria de vida de la persona, previas manifestaciones de la voluntad y preferencias en otros contextos, información con la que cuenten personas de confianza, la consideración de sus preferencias, gustos e historia conocida, nuevas tecnologías disponibles en el tiempo, y cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto.

4. No discriminación. En todas las actuaciones se observará un trato igualitario a todas las personas sin discriminación por ningún

motivo, incluyendo raza, etnia, religión, credo, orientación sexual, género e identidad de género o discapacidad.

5. Accesibilidad. En todas las actuaciones, se identificarán y eliminarán aquellos obstáculos y barreras que imposibiliten o dificulten el acceso a uno o varios de los servicios y derechos consagrados en la presente ley.

6. Igualdad de oportunidades. En todas las actuaciones se deberá buscar la remoción de obstáculos o barreras que generen desigualdades de hecho que se opongan al pleno disfrute de los derechos de las personas con discapacidad.

7. Celeridad. Las personas que solicitan apoyos formales para tomar decisiones jurídicamente vinculantes, tienen derecho a acceder a estos sin dilaciones injustificadas, por lo que los trámites previstos en la presente ley deberán tener una duración razonable y se observarán los términos procesales con diligencia.

ARTÍCULO 5o. CRITERIOS PARA ESTABLECER SALVAGUARDIAS. Las salvaguardias son todas aquellas medidas adecuadas y efectivas relativas al ejercicio de la capacidad legal, usadas para impedir abusos y garantizar la primacía de la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico, de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Todas estas deberán regirse por los siguientes criterios:

1. Necesidad. Habrá lugar a los apoyos solo en los casos en que la persona titular del acto jurídico los solicite o, en los que, aun después de haber agotado todos los ajustes razonables disponibles y medidas de apoyo, no sea posible establecer de forma inequívoca la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico.

2. Correspondencia. Los apoyos que se presten para tomar decisiones deben corresponder a las circunstancias específicas de cada persona.

3. Duración. Los apoyos utilizados para celebrar un determinado acto jurídico deberán ser instituidos por períodos de tiempo definidos y podrán ser prorrogados dependiendo de las necesidades de la persona titular del mismo. Ningún apoyo podrá establecerse

por períodos superiores a los establecidos en la presente ley.

4. Imparcialidad. La persona o personas que presten apoyo para la realización de actos jurídicos deben, en el ejercicio de sus funciones como apoyo, obrar de manera ecuánime en relación con dichos actos. Ello implica, entre otras cosas, que las personas que prestan apoyo deben actuar en congruencia con lo establecido en el numeral 2 del artículo 4o de la presente ley, respetando siempre la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico, con independencia de si quien presta apoyo considera que debería actuar de otra manera, respetando también el derecho a tomar riesgos y cometer errores. Así mismo, las personas que prestan el apoyo no podrán influenciar indebidamente la decisión. Se considera que hay influencia indebida cuando la calidad de la interacción entre la persona que presta el apoyo y la que lo recibe presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación.

ARTÍCULO 6o. PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD. Todas las personas con discapacidad son sujetos de derecho y obligaciones, y tienen capacidad legal en igualdad de condiciones, sin distinción alguna e independientemente de si usan o no apoyos para la realización de actos jurídicos.

En ningún caso la existencia de una discapacidad podrá ser motivo para la restricción de la capacidad de ejercicio de una persona.

La presunción aplicará también para el ejercicio de los derechos laborales de las personas con discapacidad, protegiendo su vinculación e inclusión laboral.

PARÁGRAFO. El reconocimiento de la capacidad legal plena previsto en el presente artículo aplicará, para las personas bajo medidas de interdicción o inhabilitación anteriores a la promulgación de la presente ley, una vez se hayan surtido los trámites señalados en el artículo 56 de la misma.

ARTÍCULO 7o. NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. Las personas con discapacidad que no hayan alcanzado la mayoría de edad tendrán derecho a los mismos apoyos consagrados en la presente ley para aquellos actos jurídicos que la ley les permita realizar de manera autónoma y de conformidad con el principio de

autonomía progresiva, o en aquellos casos en los que debe tenerse en cuenta la voluntad y preferencias del menor para el ejercicio digno de la patria potestad.

CAPÍTULO II.
MECANISMOS PARA EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD LEGAL Y PARA LA REALIZACIÓN DE ACTOS JURÍDICOS.

ARTÍCULO 8o. AJUSTES RAZONABLES EN EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD LEGAL. Todas las personas con discapacidad, mayores de edad, tienen derecho a realizar actos jurídicos de manera independiente y a contar con las modificaciones y adaptaciones necesarias para realizar los mismos. La capacidad de realizar actos jurídicos de manera independiente se presume.

La necesidad de ajustes razonables para la comunicación y comprensión de la información, no desestima la presunción de la capacidad para realizar actos jurídicos de manera independiente.

ARTÍCULO 9o. MECANISMOS PARA ESTABLECER APOYOS PARA LA REALIZACIÓN DE ACTOS JURÍDICOS. Todas las personas con discapacidad, mayores de edad, tienen derecho a realizar actos jurídicos de manera independiente y a contar con apoyos para la realización de los mismos.

Los apoyos para la realización de actos jurídicos podrán ser establecidos por medio de dos mecanismos:

1. A través de la celebración de un acuerdo de apoyos entre la persona titular del acto jurídico y las personas naturales mayores de edad o personas jurídicas que prestarán apoyo en la celebración del mismo;

2. A través de un proceso de jurisdicción voluntaria o verbal sumario, según sea el caso, para la designación de apoyos, denominado proceso de adjudicación judicial de apoyos.

ARTÍCULO 12. LINEAMIENTOS Y PROTOCOLOS PARA LA REALIZACIÓN DE VALORACIÓN DE APOYOS. El Gobierno nacional, a través del ente rector del Sistema Nacional de Discapacidad, en un plazo no superior a un (1) año

contado a partir de la promulgación de la presente ley, y previo concepto del Consejo Nacional de Discapacidad, expedirá los lineamientos y el protocolo nacional para la realización de la valoración de apoyos, referida en el artículo 11, los cuales deben actualizarse periódicamente. Adicionalmente, aprobará y ejecutará un plan de capacitación sobre los mismos, previo concepto del Consejo Nacional de Discapacidad, dirigido a las entidades públicas encargadas de realizar valoraciones de apoyos.

PARÁGRAFO. Para la construcción de estos lineamientos se contará con la participación de las entidades a las que se refiere el artículo 11 de la presente ley y se garantizará la participación de las organizaciones de y para personas con discapacidad.

TÍCULO 16. ACUERDOS DE APOYO POR ESCRITURA PÚBLICA ANTE NOTARIO. Los acuerdos de apoyo deberán constar en escritura pública suscrita por la persona titular del acto jurídico y la o las personas naturales mayores de edad o jurídicas que actúen como apoyos, conforme a las reglas contenidas en el Decreto número 960 de 1970 y aquellas normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

Previo a la suscripción del acuerdo, el notario deberá entrevistarse por separado con la persona titular del acto jurídico y verificar que el contenido del acuerdo de apoyo se ajuste a su voluntad, preferencias y a la ley.

Es obligación del notario garantizar la disponibilidad de los ajustes razonables que puedan requerirse para la comunicación de la información relevante, así como para satisfacer las demás necesidades particulares que la persona requiera para permitir su accesibilidad.

Con anterioridad a la suscripción del acuerdo, el notario deberá poner de presente a la o las personas de apoyo las obligaciones legales que adquieren con la persona titular del acto jurídico y dejar constancia de haberlo hecho.

PARÁGRAFO 1o. La autorización de la escritura pública que contenga los acuerdos de apoyo causará, por concepto de derechos notariales, la tarifa fijada para los actos sin cuantía.

PARÁGRAFO 2o. El Ministerio de Justicia y del Derecho, en un plazo no superior a un (1) año contado a partir de la promulgación de la presente ley, diseñará e implementará un plan de formación a notarías sobre el contenido de la presente ley y sus obligaciones específicas en relación con los acuerdos de apoyo. Cumplido el anterior plazo, el presente artículo entrará en vigencia

ARTÍCULO 18. DURACIÓN DE LOS ACUERDOS DE APOYO. Ningún acuerdo de apoyo puede extenderse por un período superior a cinco (5) años, pasados los cuales se deberá agotar de nuevo alguno de los procedimientos previstos en la presente ley.

CAPÍTULO IV.
DIRECTIVAS ANTICIPADAS.

ARTÍCULO 21. DIRECTIVAS ANTICIPADAS. Las directivas anticipadas son una herramienta por medio de la cual una persona, mayor de edad puede establecer la expresión fidedigna de voluntad y preferencias en decisiones relativas a uno o varios actos jurídicos, con antelación a los mismos. Estas decisiones pueden versar sobre asuntos de salud, financieros o personales, entre otros actos encaminados a tener efectos jurídicos.

ARTÍCULO 22. SUSCRIPCIÓN DE LA DIRECTIVA ANTICIPADA. La directiva anticipada deberá suscribirse mediante escritura pública ante notario o mediante acta de conciliación ante conciliadores extrajudiciales en derecho, siguiendo el trámite señalado en los artículos 16 o 17 de la presente ley, según el caso, para ser válida.

ARTÍCULO 25. PERSONAS DE APOYO EN DIRECTIVAS ANTICIPADAS. Aquellas personas distintas a la persona titular del acto que adquieran obligaciones de hacer en cumplimiento de la voluntad y preferencias expresadas por medio de una directiva anticipada, y que suscriban la misma, se entenderán como personas de apoyo y estarán sujetas a las reglas de responsabilidad establecidas para estos efectos en la presente ley.

ARTÍCULO 26. OBLIGATORIEDAD DE LAS DECISIONES EXPRESADAS POR MEDIO DE UNA DIRECTIVA ANTICIPADA. Las decisiones expresadas con anterioridad al acto jurídico por medio de una directiva anticipada son de obligatorio cumplimiento para las personas de apoyo designadas a través de la directiva anticipada y que hayan asumido dicho cargo conforme a las reglas del artículo 46 de la presente ley.

Las decisiones expresadas a través de una directiva anticipada serán de obligatorio cumplimiento para el tercero, siempre y cuando se trate de obligaciones de no hacer que no sean contrarias a la ley, o cuando verse sobre procedimientos médicos.

ARTÍCULO 28. CLÁUSULA DE VOLUNTAD PERENNE. La persona titular del acto jurídico que realice una directiva anticipada podrá incluir en la misma una cláusula de voluntad perenne, por medio de la cual invalida de manera anticipada las declaraciones de voluntad y preferencias que exprese con posterioridad a la suscripción de la directiva anticipada, siempre que contradigan las decisiones establecidas en esta. Dicha cláusula podrá ser modificada, sustituida o revocada conforme a las reglas establecidas en el artículo 31 de la presente ley.

PARÁGRAFO. Este tipo de cláusulas solo podrán ser obviadas en decisiones de salud.

ARTÍCULO 30. INCORPORACIÓN DE LA DIRECTIVA ANTICIPADA EN LA HISTORIA CLÍNICA. Cuando la persona titular del acto jurídico que suscriba una directiva anticipada lo desee, podrá solicitar que se incorpore en la historia clínica una copia de la escritura pública o acta de conciliación mediante la cual se constituyó la directiva anticipada, como anexo de la historia clínica, con el fin de garantizar el respeto de las decisiones establecidas en la misma, siempre que las decisiones allí contenidas tengan relación con la atención en salud que decide o no recibir.

PARÁGRAFO. El Ministerio de Salud y Protección Social, o quien haga sus veces, reglamentará el proceso de incorporación de las directivas anticipadas en la historia clínica de las personas con

discapacidad en un plazo no superior a un (1) año contado a partir de la promulgación de la presente ley.

ARTÍCULO 31. MODIFICACIÓN, SUSTITUCIÓN Y REVOCACIÓN. El documento de directiva anticipada puede ser modificado, sustituido o revocado en cualquier momento por quien lo suscribió, mediante el mismo trámite surtido para su creación, señalando explícitamente la voluntad de modificar, sustituir o revocar la directiva anticipada, según sea el caso, en los siguientes términos:

1. Modificación: El documento de directiva anticipada se entenderá modificado cuando se cambie de manera parcial el contenido de este.

2. Sustitución: El documento de directiva anticipada se entenderá sustituido cuando se le prive de efectos al contenido original, otorgando efectos jurídicos a uno nuevo en su lugar.

3. Revocación: El documento de directiva anticipada se entenderá revocado cuando la persona titular del acto manifieste su voluntad de dejar sin efectos del contenido del mismo de manera definitiva.

ARTÍCULO 35. COMPETENCIA DE LOS JUECES DE FAMILIA EN PRIMERA INSTANCIA EN LA ADJUDICACIÓN JUDICIAL DE APOYOS. Modifíquese el numeral 7 contenido en el artículo 22 de la Ley 1564 de 2012, quedará así.

"Artículo 22. Competencia de los jueces de familia en primera instancia. Los jueces de familia conocen, en primera instancia, de los siguientes asuntos:

7. De la adjudicación, modificación y terminación de apoyos adjudicados judicialmente".

ARTÍCULO 39. VALIDEZ DE LOS ACTOS ESTABLECIDOS EN LA SENTENCIA DE ADJUDICACIÓN DE APOYOS. La persona titular del acto jurídico que tenga una sentencia de adjudicación de apoyos ejecutoriada para la celebración de determinados actos jurídicos deberá utilizar los apoyos allí

estipulados en el momento de la celebración de dichos actos jurídicos como requisito de validez de los mismos.

En consecuencia, si la persona titular del acto jurídico lleva a cabo los actos jurídicos especificados en la sentencia de adjudicación de apoyos sin utilizar los apoyos allí estipulados, dichos actos jurídicos serán sancionables con nulidad relativa.

PARÁGRAFO. Lo dispuesto en el presente artículo no puede interpretarse como una obligación para la persona titular del acto jurídico, de actuar de acuerdo al criterio de la persona o personas que prestan el apoyo. En concordancia con lo establecido en los numerales 2 y 3 del artículo 4o de la presente ley, los apoyos deben respetar siempre la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico, así como su derecho a tomar riesgos y a cometer errores.

CAPÍTULO VI.
PERSONAS DE APOYO.

ARTÍCULO 44. REQUISITOS PARA SER PERSONA DE APOYO. Para asumir el cargo de persona de apoyo se requiere:

1. Ser una persona natural mayor de edad o una persona jurídica.

2. Cuando la designación derive de un acuerdo de apoyos o una directiva anticipada, la simple suscripción y el agotamiento de las formalidades del mismo, cuando sean del caso, implicará que el cargo de persona de apoyo ha sido asumido.

3. Cuando la designación derive de un proceso de adjudicación de apoyos, la posesión se hará ante el juez que hace la designación.

ARTÍCULO 46. OBLIGACIONES DE LAS PERSONAS DE APOYO. Las personas de apoyo tienen las siguientes obligaciones:

1. Guiar sus actuaciones como apoyo conforme a la voluntad y preferencias de la persona titular del acto.

2. Actuar de manera diligente, honesta y de buena fe conforme a los principios de la presente Ley.

3. Mantener y conservar una relación de confianza con la persona a quien presta apoyo.

4. Mantener la confidencialidad de la información personal de la persona a quien presta apoyo.

5. Las demás que le sean asignadas judicialmente o acordadas entre la persona titular del acto y la persona de apoyo.

6. Comunicar al juez y al titular del acto jurídico todas aquellas circunstancias que puedan dar lugar a la modificación o terminación del apoyo, o que le impidan cumplir con sus funciones.

Estas son algunas de las principales, artículos que se consideran deben ser tenidas en cuenta por los médicos en su práctica diaria, con el fin de hacer valer y respetar los derechos de los pacientes, cuando estos tienen o se encuentran en una situación de discapacidad.

Uno de los aspectos más importantes y que nos ha reunido en este encuentro Nacional de tribunales, como ya queda dicho, es que cada uno de los profesionales de la salud, tiene frente a si, una serie de disposiciones que obligan al respeto por los derechos de las personas en situación de discapacidad.

Como lo hemos resaltado, cada persona, los capaces y las personas en situación de discapacidad tienen derecho a la autonomía y una de las formas más importantes de ese respeto a la autonomía es permitir que la persona, pueda equivocarse en la decisión que ha de tomar pero es precisamente esa posibilidad de educarse y de equivocarse lo que lo hace posible el disfrute de los derechos, con la obligación de asumir o hacerse responsable de las consecuencias de su decisión.

El Otro aspecto que queremos dejar resaltado es que la decisión que toma la persona en situación de discapacidad, parte la presunción legal que contiene la norma, y es que la persona con discapacidad se ha de considerar capaz de tomar sus propias decisiones, presunción legal que admite prueba en contrario.

Un tercer aspecto, ya para concluir, es que esta ley 1996 del 26

de agosto de 2019 es y está dirigida sólo a las personas mayores de edad, con lo cual el principio de protección, guarda y tutela de los derechos de los menores de edad, seguirá estando en cabeza de los padres, los acudientes legales o los designados por un juez.

Pero en relación con los adultos, cuando una persona en situación de discapacidad, no pueda o se tenga duda de la forma en que expresa su voluntad, el profesional de la salud, a través de su equipo asistencial, debe buscar la designación de una apoyo jurídico para que dicha decisión se tome con los requisitos de validez de todos los actos jurídicos, entre ellos el consentimiento informado que como lo decíamos en la presente charla, tiene unos requisitos de validez y de existencia, a lo cual los invitamos a devolverse al comienzo de esta conferencia.

Por otro lado, es muy importante recordar que la duración de estos apoyos jurídicos, no puede ser más allá de 5 años, que se pueden designar por medio de escritura pública o por medio de las acciones o procesos de jurisdicción voluntaria ante los jueces de familia, por medio de este procedimiento especialísimo de designación de apoyo jurídico.

Importantísimo entonces, tener presente estas notas, este resumen que se ha hecho para ustedes, en el entendido que nos estamos adecuando al escenario moderno, actual, acorde a la cultura de los derechos humanos y del respeto por las personas.

DEBER DE ATENCIÓN INTEGRAL DE VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL. UNA ORGANIZACIÓN NORMATIVA.

Dr. Diego Higuera Jiménez.
*Abogado Secretario del Tribunal de Ética M***édica** *de Boyacá*
Dra. Erika González.
Abogada del Tribunal de Ética Médica de Boyacá

Problemática.

La agresión sexual constituye una afrenta a la integridad de la persona, sus daños son físicos y psicológicos, lo que la pone en el lugar de sujeto de especial protección, en ejercicio del deber de reparación integral confluyen muchas instituciones y autoridades, el Estado, la rama judicial, el ministerio publico y el sector salud. De ahí que, el inadecuado cumplimiento de estas altas expectativas pueda constituir una revictimización.

En tal sentido, frente a la agresión debemos reaccionar con claridad en materia de prevención, reparación integral, restauración y no repetición. Para lo cual es fundamental tener un criterio univoco sobre el deber de actuación.

Marco Normativo

- Art 48 y 49 de la C.N
- Ley 1146 de 2007. Por medio de la cual se expiden normas para la prevención de la violencia sexual y atención integral de los niños, niñas y adolescentes abusados sexualmente.
- Ley 1719 de 2014 Sobre víctimas de agresión sexual.
- Ley 1257 de 2008 sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación en contra de las mujeres
- Numeral 3 art 173 de la ley 100 de 1993.
- Ley 1098 de 2006, código de infancia y adolescencia

- Acuerdo 117 del consejo nacional de seguridad social
- Resolución 0459 de 2012 Por la cual se adopta el Protocolo y Modelo de Atención Integral en Salud para Víctimas de Violencia Sexual. Ministerio de Salud y protección social.
- Resolución 5596 de 2015 Por la cual se definen los criterios técnicos para el Sistema de Selección y Clasificación de pacientes en los servicios de urgencias "Triage". Ministerio de Salud y protección social.
- Reglamento Técnico para el Abordaje Forense Integral en la Investigación del Delito Sexual R.T. INMLCF - 01 Versión 03, julio de 2009. instituto nacional de medicina legal.
- Modelo de Atención Integral en Salud para Víctimas de Violencia Sexual. Ministerio de la Protección Social, 2011.

Imperativo constitucional y legal desde los derechos fundamentales de la víctima.

Los derechos de los menores, en particular de las víctimas de agresiones, son prevalentes, imponen una obligación proporcional a todas las personas, naturales y jurídicas, siendo una exigencia de carácter prioritario y superior en el ordenamiento jurídico, no pudiendo excusarse su dificultad, ignorancia o la existencia de otra norma para su incumplimiento.

Siendo prioridades sociales y del sistema, imponen el deber inmediato de su cuidado integral, en un actuar cimentado en la empatía, la consideración, la máxima diligencia y atención.

La Constitución Política de Colombia exige al Estado proteger especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionar los abusos o maltratos que contra ellas se cometan, como evidentemente se trata en el caso sub examine.

La normatividad es aplicable a cualquiera persona, sin embargo, existen personas con especial protección como lo son las niñas, niños, adolescentes (art 44 y 45 C.N) mujeres y víctimas, por lo que existe protocolos de atención específicos puesto que son sujetos de especial protección y por la situación de vulnerabilidad frente a otros sujetos esto con fundamento en el principio de la igualdad (art 13 C.N).

En la sentencia **T 311 de 2018**, la honorable Corte constitucional afirmo lo siguiente: "*En relación con esto, el informe señala que la violencia sexual tiene la particularidad de ser una violencia en la que socialmente se les devuelve la culpa a las víctimas; se trata de la sensación de haber hecho o dejado de hacer alguna cosa que incidió en la violencia sexual, lo que genera graves traumas en la mujer que se exacerban y empeoran con la falta de respuesta institucional pues a pesar de la existencia de protocolos, de la capacitación y trabajo con los funcionarios encargados de atender a personas víctimas de violencia sexual, la revictimización, sigue siendo una de las situaciones que más afecta a las personas víctimas que acuden a las instituciones*.".

Por su parte, el Código Penal (Ley 599 de 2000), la Ley 1236 de 2008 tipifican los delitos sexuales de los que son víctimas los menores de edad. Asimismo, la Ley 1257 de 2008 dicta normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación en contra de las mujeres.

"*ARTÍCULO 8o. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA. Toda víctima de alguna de las formas de violencia previstas en la presente ley, además de los contemplados en el artículo 11 de la Ley 906 de 2004 y el artículo 15 de la Ley 360 de 1997, tiene derecho a: a) Recibir atención integral a través de servicios con cobertura suficiente, accesible y de la calidad. b) Recibir orientación, asesoramiento jurídico y asistencia técnica legal con carácter gratuito, inmediato y especializado desde el momento en que el hecho constitutivo de violencia se ponga en conocimiento de la autoridad. Se podrá ordenar que el agresor asuma los costos de esta atención y asistencia. Corresponde al Estado garantizar este derecho realizando las acciones correspondientes frente al agresor y en todo caso garantizará la prestación de este servicio a través de la defensoría pública; c) Recibir información clara, completa, veraz y oportuna en relación con sus derechos y con los mecanismos y procedimientos contemplados en la presente ley y demás normas concordantes; d) Dar su concentimiento informado para los exámenes médico-legales en los casos de violencia sexual y escoger el sexo del facultativo para la práctica de los mismos dentro de las posibilidades ofrecidas por el servicio. Las entidades promotoras y prestadoras de servicios de salud promoverán la existencia de facultativos de ambos sexos para la atención de víctimas de violencia; e) Recibir información clara, completa, veraz y oportuna en relación con la*

salud sexual y reproductiva; f) Ser tratada con reserva de identidad al recibir la asistencia médica, legal, o asistencia social respecto de sus datos personales, los de sus descendientes o los de cualquiera otra persona que esté bajo su guarda o custodia; g) Recibir asistencia médica, psicológica, psiquiátrica y forense especializada e integral en los términos y condiciones establecidos en el ordenamiento jurídico para ellas y sus hijos e hijas; h) Acceder a los mecanismos de protección y atención para ellas, sus hijos e hijas; i) La verdad, la justicia, la reparación y garantías de no repetición frente a los hechos constitutivos de violencia; j) La estabilización de su situación conforme a los términos previstos en esta ley. k) A decidir voluntariamente si puede ser confrontada con el agresor en cualquiera de los espacios de atención y en los procedimientos administrativos, judiciales o de otro tipo"

Se acredita que estos derechos fueron vulnerados, al no darse atención en calidad de víctima, un enfoque necesario que supera la mera burocratización y despreocupación frente a una persona en vulnerabilidad.

Así la mencionada ley 1146 de 2007, desarrolla lo pertinente en el artículo 9, Por medio de la cual se expiden normas para la prevención de la violencia sexual y atención integral de los niños, niñas y adolescentes abusados sexualmente.

"*ATENCIÓN INTEGRAL EN SALUD.*

En caso de abuso sexual a niños, niñas y adolescentes, el Sistema General en Salud tanto público como privado, así como los hospitales y centros de salud de carácter público, están en la obligación de prestar atención médica de urgencia e integral en salud a través de profesionales y servicios especializados. La no definición del estado de aseguramiento de un niño, niña o adolescente víctima de abuso sexual no será impedimento para su atención en salud, que en todo caso incluirá como mínimo lo siguiente:

1. *Los niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual, serán atendidos en las Instituciones Prestadoras de Salud tales como EPS, IPS, ARS previamente mencionadas, de manera inmediata y en cumplimento del principio de prevalencia de sus derechos, clasificando y atendiendo estos casos como de urgencia médica.*
2. *Examen y tratamiento de enfermedades de transmisión sexual adquiridas con ocasión del abuso.*

3. *Provisión de antiretrovirales en caso de violación y/o riesgo de VIH/Sida*.
4. *Durante la atención de la urgencia se realizará una evaluación física y sicológica del niño, niña o adolescente víctima del abuso, teniendo cuidado de preservar la integridad de las evidencias.*
5. *A que se recoja de manera oportuna y adecuada las evidencias, siguiendo las normas de la Cadena de Custodia.*
6. *Se dará aviso inmediato a la policía judicial y al ICBF.*
7. *Se practicarán de inmediato las pruebas forenses, patológicas y sicológicas necesarias para adelantar el proceso penal correspondiente.*

PARÁGRAFO. Las EPS, IPS, y ARS u otros prestadores del servicio que no cumplan de manera inmediata con lo ordenado en el presente artículo, serán objeto de sanción por parte de la Superintendencia de Salud, quien para el efecto deberá dentro de los treinta (30) días siguientes a la promulgación de la presente ley, determinar la escala de sanciones y procedimientos que estarán enmarcados dentro de los principios de celeridad y eficacia, a fin de que se cumplan efectivamente los preceptos aquí consagrados".

Es decir, el deber de atención es muy superior que el simple hecho de tomar una muestra o hacer una remisión, el estado de vulnerabilidad, la calidad de persona protegida, sus derechos de orden prevalente hacen que se deba abordar con toda diligencia, cuidado, empatía, respeto e integridad.

La Ley 1719 de 2014**,** sobre atención integral y gratuita en salud de víctimas de agresión sexual.

"*Artículo 23****.*** *Las víctimas de violencia sexual tienen derecho a la atención prioritaria dentro del sector salud, su atención se brindará como una urgencia médica, independientemente del tiempo transcurrido entre el momento de la agresión y la consulta, y de la existencia de denuncia penal. La atención integral en salud a cualquier víctima de violencia sexual es gratuita. Todas las entidades del sistema de salud están en la obligación de implementar el Protocolo y el Modelo de Atención Integral en Salud para las Víctimas de Violencia Sexual, que contendrá dentro de los procedimientos de interrupción voluntaria del embarazo la objeción de los médicos y la asesoría de la mujer en continuar o interrumpir el embarazo".*

Conforme sentencia integradora de la Constitucionalidad nº 754/15 de Corte Constitucional

Por lo tanto, no consiste en un servicio, o una atención sujeta a deberes del paciente que se encuentra en urgencia, su carácter prioritario como imperativo de todas las entidades del sistema de salud es una obligación automática.

En igual sentido, la Ley 1257 de 2008 establece parámetros sobre la sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación en contra de las mujeres.

ARTÍCULO 2º
DEFINICIÓN DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER.

Por violencia contra la mujer se entiende cualquier acción u omisión, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado.

Para efectos de la presente ley, y de conformidad con lo estipulado en los Planes de Acción de las Conferencias de Viena, Cairo y Beijing, por violencia económica, se entiende cualquier acción u omisión orientada al abuso económico, el control abusivo de las finanzas, recompensas o castigos monetarios a las mujeres por razón de su condición social, económica o política. Esta forma de violencia puede consolidarse en las relaciones de pareja, familiares, en las laborales o en las económicas.

Ordenes administrativas y técnicas concretas.

Varios actos administrativos dan protocolos específicos en concreción de los mandatos legales descritos, con miras a lograr la acción integral. En ejercicio de sus atribuciones legales, especialmente las conferidas en los artículos 173 numeral 3 de la Ley 100 de 1993 EL MINISTRO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL ha proferido varios actos administrativos que dan herramientas al caso bajo estudio.

El protocolo concreto medico establece en la resolución 0459 de 2012 por la cual se adopta el Protocolo y Modelo de Atención Integral en Salud para Víctimas de violencia sexual.

ASALTO SEXUAL

– Detección del asalto sexual:
– Diagnóstico.

- Salud mental

0-72 horas

– Primeros auxilios mentales y manejo de situaciones que comprometen la vida. intervención terapéutica especializada en salud mental en urgencias.
- Remisión posterior para continuar manejo especializado por salud mental en el mediano y largo plazo.

- **Prevención de ITS y VIH**

0-72 horas

- Asesoría para prueba de VIH (prueba rápida de anticuerpos). profilaxis post-exposición ITS VIH antes de 72 horas a partir de la exposición.

72 horas 5 días

– Asesoría para prueba de VIH (prueba rápida de anticuerpos).
– Realizar confirmación diagnóstica.
– Iniciar manejo integral según resultado.
– Prueba de ITS.
– Realizar confirmación diagnóstica.
– Iniciar manejo integral según resultado.

Más de 5 días
– Asesoría para prueba de VIH (prueba rápida d anticuerpos).
– Realizar confirmación diagnóstica.
– Iniciar manejo integral según resultado.
– Prueba de ITS.
– Realizar confirmación diagnóstica.
– Iniciar manejo integral según resultado.

- **Prevención y manejo de embarazo**

0-72 horas

– Anticoncepción de emergencia antes de 72 horas (partir del momento del evento de violencia sexual).
– Información sobre derecho a IVE en caso de embarazo producto de la violencia sexual

72 horas 5 días

– Prueba de embarazo.
– Anticoncepción de emergencia usando DIU (según criterio médico).
– Información sobre derecho a IVE en caso de embarazo producto de la violencia sexual

Más de 5 días

– Prueba de embarazo.
– Información sobre derecho a IVE en caso de embarazo producto de la violencia sexual.
– En caso positivo: verificar denuncia. si aún no se ha hecho, gestionarla a través de la institución y brindar asesoría para IVE. La ausencia de denuncia no debe demorar la realización de IVE fuera de los plazos reglamentados constitucionalmente (el acceso a IVE debe ser inmediato una vez lo solicite la paciente, en los casos de violencia sexual).
– Si la paciente define IVE: garantizar procedimiento e iniciar acompañamiento en salud mental.
– Si la paciente define continuar con el embarazo, remitir a controles prenatales e iniciar acompañamiento en salud mental

- **Exámenes médico-legales**

0-72 horas

– Toma de muestras forenses para delito sexual (articulación con INML y CF del municipio). seguir protocolo del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses

72 horas 5 días

– No se toman las muestras forenses, estas se realizarán por medicina legal previo reporte a sector justicia.

Más de 5 días

– No se toman las muestras forenses, estas se realizarán por medicina legal previo reporte a sector justicia.

- **Intersectorialidad**

– Activación de procesos de protección y acceso a justicia.

- **Otras acciones en salud**

0-72 horas

– Otras acciones en salud que requiera el caso.
– Orientación a la víctima y su familia sobre los procesos a seguir.

72 horas 5 días

– Otras acciones en salud que requiera el caso.
– Orientación a la víctima y su familia sobre los procesos a seguir.

Más de 5 días

– Otras acciones en salud que requiera el caso.
– Orientación a la víctima y su familia sobre los procesos a seguir.

ABUSO SEXUAL:

En identificación temprana, cuando se detecta que el abuso está comenzando y no han pasado más de 72 horas o, cuando pese a ser crónico, se identifica un último contacto sexual en las últimas 72 horas antes de la consulta, se debe proceder según las indicaciones de asalto sexual

Proceso de seguimiento de la víctima de violencia sexual por el sector salud.

- **Seguimiento a las 2 semanas**

  – 15 días después de la primera consulta se hace seguimiento.
  – Se debe solicitar prueba sub-unidad beta gonadotropina coriónica.
  – Si es positivo: se remite a asesoría para IVE.
  – Si la paciente define IVE: garantizar procedimiento e iniciar acompañamiento en salud mental.
  – Si la paciente define continuar con el embarazo, remitir a controles prenatales e iniciar acompañamiento en salud mental.
  – Revisión de resultados de ITS. Se deben solicitar pruebas confirmatorias e iniciar tratamiento en caso que no se haya iniciado.
  – Se evaluará su evolución mental, social y familiar.
  – Se verificará la necesidad de tratamiento especializado.

- **Seguimiento a las 4 semanas**

  – Seguimiento a la ruta de atención, a procesos y procedimientos recibidos y a otros diagnosticos asociados.
  – Se evaluará también su evolución mental, social y familiar.
  – Se verificará la necesidad de tratamiento especializado.

- **Seguimiento a** los **3 meses**

  – Seguimiento diagnóstico para VIH, prueba confirmatoria y asesoría en VIH.
  – Se evaluará también su evolución mental, social y familiar.
  – Se verificará la necesidad de tratamiento especializado.

- **Seguimiento a los 6 meses y seguimiento a los 12 meses**

  – Seguimiento diagnóstico para VIH, prueba confirmatoria y asesoría en VIH.
  – Se evaluará también su evolución mental, social y familiar.
  – Se verificará la necesidad de tratamiento especializado.

Un mayor detalle científico se puede encontrar en el modelo de Atención Integral en Salud para Víctimas de Violencia Sexual. Ministerio de la Protección Social, 2011 del cual también resaltamos que es claro que las capacitaciones son necesarias a los empleados de las empresas promotoras de servicios para efectos de evitar re victimización.

Así el modelo establece que deben tenerse en cuenta las siguientes consideraciones y objetivos en la atención integral a víctimas de violencia sexual:

Consideraciones sobre los procesos de atención integral. La atención en salud incluye los siguientes objetivos:

a) Dar apoyo emocional
b) Tratar las condiciones generales de salud relacionadas con la violencia sexual (emergencias médicas/psicológicas– trauma, intoxicaciones, cuidado general de la salud, etc.), así como los cuidados médicos más específicos como anticoncepción de emergencia, profilaxis de ITS y VIH, hepatitis B, IVE, etc.
c) Toma de evidencias forenses cuando aplique
d) Realizar las medidas de protección de las víctimas
e) Tratamiento y rehabilitación de su salud mental
f) Orientación a la familia
g) Realizar la denuncia/reporte de la violencia sexual
h) Activar las distintas redes de apoyo institucional, comunitario y familiar que permitan su atención integral.

Toda situación de violencia sexual es considerada una urgencia. Es importante especificar que el proceso de atención inicia tras la detección realizada y esta detección puede darse dentro del sector salud desde los y las profesionales de medicina y de salud mental principalmente. De cualquier forma, se atenderá de forma inmediata activando acciones integrales de atención médica y mental

En ocasiones, la atención se reduce a la simple toma de muestras, la cual es solo una parte del adecuado procedimiento, lo que ignora el deber ético y humano de brindar apoyo emocional, tratamiento y rehabilitación de su salud mental, orientación a la familia, activar las redes de apoyo institucional, comunitario y familiar que permitan su atención integral.

Resolución 5596 de 2015 sobre la atención de urgencias en el triage. Nos insiste en que el tratamiento de esta victima debe ser el de una urgencia. El Triage en los servicios de urgencia es un Sistema de Selección y Clasificación de pacientes, basado en sus necesidades terapéuticas y los recursos disponibles que consiste en una valoración clínica breve que determina la prioridad en que un paciente será atendido. El "Triage", como proceso dinámico que es, cambia tan rápidamente como lo puede hacer el estado clínico del paciente

Así mismo establece el artículo 4 en su Parágrafo. "En ninguna circunstancia el "Triage" podrá ser empleado como un mecanismo para la negación de la atención de urgencias".

Toma de muestra forense.

Por su parte, el Reglamento Técnico para el Abordaje Forense Integral en la Investigación del Delito Sexual R.T. INMLCF - 01 Versión 03, julio de 2009 del instituto nacional de medicina legal, está orientado al equipo de profesionales que aplican los procedimientos técnicos y científicos en la realización de la prueba pericial integral en el contexto del delito sexual.

Dicho reglamento pretende asegurar la calidad de la atención y la coordinación efectiva con otros sectores como los de salud, protección y justicia, y garantizar la correcta preservación, registro y documentación de los elementos de prueba, así como su estudio concreto y la consolidación e interpretación de los resultados especializados en el contexto de la información de la cual dispone el perito sobre el caso que se investiga.

Ese reglamento es aplicable a todos los organismos y personas que hacen parte del equipo que realiza funciones relacionadas con el abordaje forense integral en la investigación de delitos sexuales en Colombia, desde la recepción del caso hasta el envío del informe pericial y archivo de la copia respectiva; por tanto, incluye a los peritos de las áreas de clínica y odontología forense y a todos los demás componentes del Sistema Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, incluyendo los profesionales de la salud que de conformidad con el artículo 9 de la Ley 1146 de 2007, participen en el abordaje forense integral en la investigación del delito sexual y deban rendir el respectivo informe pericial, en todo el territorio nacional. Igualmente, al personal auxiliar y administrativo, involucrado

en el respectivo proceso de atención que tenga contacto con los elementos materiales probatorios o evidencia física que puedan ser de utilidad en la investigación.

En el mismo, se establece que el procedimiento que debe agotar la autoridad responsable del abordaje forense integral de la víctima, es el siguiente:

"

1. Recepción del caso.
2. Entrevista a la víctima en la investigación del delito sexual.
3. Examen médico legal y recolección de elementos materiales probatorios o evidencia física.
4. Análisis, interpretación y conclusiones del informe pericial forense integral.
5. Cierre de la atención forense a la víctima".

Se destaca en la actividad 3, esto es, el examen médico legal y recolección de elementos materiales probatorios o evidencia física, lo siguiente:

"3.2. RESPONSABLES

***Son responsables de la realización del examen, así como de la recolección y manejo de los elementos materiales probatorios o evidencia física**, los peritos médico-forenses del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y **todos aquellos profesionales médicos de un servicio de salud, público o privado, que en Colombia deban realizar un examen médico-legal como parte del abordaje forense integral en la investigación del delito sexual y rendir el respectivo informe pericial**. (...)*

3.4.9 CRITERIOS A CONSIDERAR PARA LA TOMA DE MUESTRAS

En todos los casos los procedimientos de recolección y manejo de muestras y/o evidencias para análisis, se realizarán teniendo en cuenta los parámetros establecidos para la recolección, preservación, almacenamiento, transporte y cadena de custodia de evidencias. (...)

ANEXO 4. INSTRUCTIVO DE MANEJO DEL KIT PARA LA TOMA DE MUESTRAS EN LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO SEXUAL (...)

5.3.2. Para estudios toxicológicos

5.3.2.1. Sangre

Si se va a solicitar la prueba de alcoholemia, no use alcohol para desinfectar el área de punción, para ello utilice compuestos a base de yodo. Llene un tubo tipo vacutainer tapa gris (con Fluoruro de Sodio/Oxalato de Potasio) con aguja hipodérmica para toma con sistema de vacío. Una vez recolectada la muestra en el tubo, procurando que el espacio de cabeza (es decir, el espacio libre que queda entre el nivel de la sangre y el tapón) sea mínimo, asegúrese que está tapado herméticamente y agite ocho veces para permitir la mezcla con el Fluoruro de Sodio y el Oxalato de Potasio182. No emplee ningún tubo con especificaciones diferentes. Rotule, selle con cinta de seguridad e introduzca el tubo en una bolsa pequeña de plástico transparente. Selle la bolsa plástica con cinta de seguridad.

5.3.2.2. Orina

Suministre al examinado un frasco de polipropileno de al menos 30 ml de boca ancha y tapa rosca hermética, nuevo, sin preservantes. Solicítele que recolecte la muestra, tome precauciones para evitar que durante la recolección la muestra pueda ser alterada. Luego reciba del examinado el recipiente con la muestra de orina y verifique que se encuentre herméticamente cerrado. Rotule, selle con cinta de seguridad.

5.4. PROCEDIMIENTO PARA EL ENVÍO

5.4.1. Una vez concluido el examen, envíe las muestras a los laboratorios correspondientes, si el caso ha sido atendido por médicos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. En caso contrario entregue las muestras y los documentos asociados a la Policía Judicial.

(…)

6. RESPONSABLES

Los médicos que examinen víctimas o posibles victimarios en casos de delitos sexuales, son los responsables por la aplicación de este instructivo".

Deber de acción judicial y administrativa.

El deber de las entidades de estudiar estos casos, como un tribunal de ética medica, se sustenta en el bloque de constitucionalidad, el derecho a la tutela judicial efectiva y el deber de amparar con medidas de justicia restaurativa, bien plantea la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer adoptada en Belém do

Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, aprobada por Colombia mediante la Ley 248 de 1995, en su artículo 7 establece que:

"ARTÍCULO 7o. Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

a) Abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar porque las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;

b) Actuar con la debida diligencia para prevenir, ***investigar y sancionar la violencia contra la mujer****;*

c) Incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;

d) Adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;

e) Tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;

f) Establecer procedimientos legales y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;

g) ***Establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces****, y*

h) Adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención." (Negrillas fuera de texto).

Ahora bien, la Corte Constitucional en sentencia C-177/14 señaló que *"tratándose de menores de edad víctimas de cualquier clase de abusos, existe la obligación de adoptar medidas adecuadas para protegerlos, más aún cuando en procura de sus derechos o intereses hay lugar a adelantar cualquier actuación judicial o administrativa, debiendo ser siempre protegidos en cualquiera de sus etapas";* que en esa medida y por ser objeto de una protección reforzada, se erigen *"una serie de garantías, no solo por la prevalencia de los derechos de los menores de edad, sino en la imperiosa obligación de adoptar medidas para su protección en todos los ámbitos, incluido el proceso penal, cuando sean víctimas de delitos aberrantes (cfr. art. 8º Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía)."*

Recordó que, en procura de esos fines, el artículo 193 de la Ley 1098 de 2006, código de infancia y adolescencia, consagró una serie de *"criterios para el desarrollo del proceso judicial de delitos en los cuales son víctimas los niños, las niñas y los adolescentes"*, según los cuales la autoridad judicial:

> *"(…) 3.* ***Prestará especial atención para la sanción de los responsables, la indemnización de perjuicios y el restablecimiento pleno de los derechos vulnerados".***

A manera de conclusión, puede precisarse que existe un protocolo y normas vinculantes para el personal médico y asistencial que atiende casos de violencia sexual, orientados estos protocolos y normas al respeto, sensibilización y protección de la víctima.

Así mismo, es importante resaltar que los casos en los que los médicos omiten o incumplen estas normas y protocolos en la atención de víctimas de violencia sexual son potencialmente investigables por parte de los Tribunales de Ética Médica.

Finalmente, debe anotarse que existe un deber de integración, colaboración e intersectorialidad entre las instituciones y personas que brindan asistencia médica y en salud y las autoridades administrativas y judiciales encargadas de perseguir y sancionar los casos de violencia sexual.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Báez, C., et al. (2008). *Situacion de las Mujeres víctimas de violencia de género en el sistema penal.* Bogotá: AECID.

Cárdenas, B., & Páez, C. (2013). *Lineamientos para una política Criminal - Salud y Cultura.* Bogotá: Alianza Iniciativa de Mujeres Colombinas por la Paz.

Bello, N y Chaparro, R. 2011. *Acción sin Daño y Construcción de Paz.* Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Centro Nacional de Memoria Histórica. (2017). *La guerra inscrita en el cuerpo, informe nacional de violencia sexual en el conflicto armado.* Bogotá: CNMH.

Centro Nacional de Memoria Histórica. (2018). *Crímenes que no prescriben, la violencia sexual del bloque vencedores de Arauca.* Bogotá.

Cepeda, A. (2018). *Análisis de los factores que influyen en la recuperación psicosocial de las víctimas que acceden al Programa de Atención Psicosocial y Salud Integral a Víctimas del conflicto armado (PAPSIVI)* (Tesis de maestría). Universidad de La Salle, facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Bogotá.

Ministerio de Justicia y Seguridad de la Provincia de Buenos Aires, *Protocolo de organización y funcionamiento de los equipos interdisciplinarios para la atención de víctimas de violencias de género.* Recuperado de https://observatoriogenero.senado-ba.gov.ar/Informes/Protocolo%20violencia%20genero%20%20%20%20ministerio%20seguridad.pdf.

Ministerio de Salud. Gobierno de Chile, (2016), *Norma General Técnica para la Atención de Víctimas de Violencia Sexual, Chile 2016.* Recuperado de https://diprece.minsal.cl/wrdprss_minsal/wp-content/uploads/2016/10/NT_VICTIMAS-VIOLENCIA-SEXUAL_web.pdf

Ministerio de Salud y Proteccion Social . (2017). *Documento Marco PAPSIVI.* Bogotá: Ministerio de Salud y Protección Social.

Ministerio de Salud y Protección Social. (2017). *Sistema de monitoreo y seguimiento a las atenciones de las víctimas*. Recuperado de https://www.minsalud.gov.co/proteccionsocial/promocionsocial/Victimas/Paginas/seguimiento.aspx 2017

Morales, A. (2015) *Violencia sexual contra las mujeres: comprensiones y pistas para un abordaje psicosocial*. Bogotá: Sisma Mujer.

Moreno, C. y Díaz, R. (2015) Posturas en la atención psicosocial a víctimas del conflicto armado en Colombia. *Ágora U.S.B.* [online]. 2016, vol.16, n.1, pp.198-213. ISSN 1657-8031.

Oficina de Promoción Social (2017). *Estrategia de Atención Psicosocial a Víctimas del Conflicto Armado.* Bogotá: Ministerio de Salud.

OMS y OPS, (2014). *Respuesta a la violencia de pareja y a la violencia sexual contra las mujeres, directrices de la OMS para la práctica clínica y las políticas.*

ONU. (2002). *Estatuto de Roma Corte Penal Internacional*. Recuperado de http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf

Sanchez, Elena. (2016). Género y guerras: la criminalizacion de la violencia sexual. *Journal of feminist, Gender and Women Studies*, 45-55.

Sánchez Gómez , O. (2008). *Las violencias contra las mujeres en una sociedad en guerra.* Bogotá, Edi Ruta pacifica de las mujeres

Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas - UARIV, Experiencia de la estrategia de recuperación emocional con mujeres víctimas de violencia sexual en Colombia, (2015). Bogotá: editorial UARIV – UFPA.

Uprimny, R. (2009). Reparaciones de Colombia análisis y propuestas . Bogotá: Universidad Nacional.

Villellas M. (2010). La violencia sexual como arma de guerra. *Quaderns de Construcció de Pau*, 6. Edi Agencia Catalana de cooperacion al Desenvolupament.

VIVENCIAS DE 22 AÑOS DE MAGISTRADO

Dr. Jorge Raad Aljure, MD
Presidente del Tribunal de Ética Médica de Caldas

In memoriam
Fabio Franco Posada
Gerardo Saffon Buitrago
Gabriel Arce Londoño
Jaime Villegas Velázquez
Juan Mendoza Vega
Hernando Groot Liévano
Efraín Otero Ruiz
Javier Guzmán Mejía
Tulio Marulanda Mejía
Yolanda Montoya

Todo lo relacionado con el Tribunal de Ética Médica de Caldas ha sido un honor para mí, comenzando por los análisis realizados al proyecto de la Ley de Ética Médica, en el seno del Colegio Médico de Caldas. Muchas fueron las consideraciones que hicieron al documento los doctores Camilo Casas Santofimio como Presidente de la Federación Médica Colombiana y Genaro Murgueitio Restrepo, como Secretario de la entidad.

Durante muchas sesiones el Colegio Médico de Caldas estudio el articulado y finalmente recibió la visita de los directivos de la Federación. Se hicieron recomendaciones, unas de las cuales fueron tenidas en cuenta antes de presentar el proyecto al Congreso. Hay que recordar que previamente a la consideración del legislativo, la Federación Médica Colombiana realizó una Asamblea Nacional de Colegios Médicos con el fin de aprobar la versión final que daría lugar a la Ley 23 de 1981.

Cuando comenzaron a diligenciar la apertura de los Tribunales Departamentales, el Colegio Médico de Caldas designo a eminentes maestros Caldenses como candidatos a el Tribunal de Ética Médica de Caldas, en esa oportunidad también participe en el estudio de diferentes hojas de vida y la conformación del primer grupo de candidatos al Tribunal.

Ello ocurrió en varias oportunidades mientras fui miembro de la Junta Directiva del Colegio. En una de esas discusiones los demás miembros del Colegio consideraron mi nombre para integrar la lista de candidatos al Tribunal, en esas oportunidades siempre rechace la nominación y considere que los Maestros del Tribunal tenían las mejores cualidades para ser Magistrados y argumente que si por alguna circunstancia yo era denunciado ante el Tribunal me sentiría absolutamente tranquilo por cuanto creía en la ecuanimidad de ellos.

Cuando se me dio la oportunidad de ser Jefe de Servicio Seccional de Salud de Caldas, los magistrados en funciones recurrieron a mi despacho con el fin de plantear situaciones administrativas y entre ellas las presupuestales. Fue para mí importante haber recibido la visita de ellos y haberles podido atender en sus peticiones protegiendo los dineros del Servicio para los menesteres que se requerían en la administración de la Salud Departamental.

Cuando fui nombrado Rector de la Universidad de Caldas, simultáneamente el Tribunal Nacional de Ética Médica me designo Magistrado para el Tribunal de Ética Médica de Caldas, por considerarlo una inhabilidad personal, por cuanto tendría bajo la rectoría de la Universidad Médicos tanto la Facultad de Medicina como otras dependencias en estrecha relación administrativa.

Luego de terminar la rectoría me postule previa convocatoria, para Magistrado ante el Colegio Médico de Caldas. El Honorable Tribunal Nacional de Ética Médica me designo Magistrado en un periodo que comenzó a finales de 1998.

He ejercido la Magistratura en forma ininterrumpida hasta el día de hoy y es mi decisión luego de 22 Años de servicios no presentarme a la nueva convocatoria, hecho que sucederá en los primeros meses de 2021.

He querido hacer un recuento de los aspectos más importantes derivados de mi experiencia en la función de Magistrado y Presidente del mismo por espacio de los mismos 22 años, ejerciendo como representante legal en forma continua salvo algunos periodos en los cuales pedí licencia para disfrutar anualmente de vacaciones que no coincidían con las colectivas del Tribunal.

La primera experiencia de gran valor personal fue haberme encontrado entre los Magistrados a tres de mis profesores, que como siempre guardo un inmenso reconocimiento con quienes me formaron como hombre y como médico, durante los estudios de medicina. Fue de verdad un periodo de aprendizaje en las labores del Tribunal.

La segunda experiencia se ocasionó alrededor de mi primer caso asignado por el Tribunal en donde el inculpado fue uno de mis profesores de clínica en etapa de pre pensión. No era fácil para un nuevo integrante del Tribunal iniciarle un proceso a un maestro que además de sus dotes académicas poseía un inmenso don para el trato con sus pacientes y con sus colegas y estudiantes. Afortunadamente para mí y durante el desarrollo del proceso completo, no se encontró mérito para sanción alguna. Me unió hasta su muerte un trato cordial.

La tercera experiencia se relaciona con el cambio de conducta de algunos médicos luego de estar presentes en el Tribunal como presuntos responsables por la violación a la Ley 23 de 1981 ya sea que mi actuación se halla circunscrito en la etapa preliminar del proceso a mi calidad de Magistrado Instructor o como Presidente de la Sala Plena del Tribunal. Esta actitud es comprensible y ha llegado hasta desautorizarle el saludo en algunos contados casos. Otros médicos continúan con un trato distante pero formal y en otros más la relación permanece sin modificación, siendo maestros y colegas quienes unos fueron mis estudiantes y otros no.

La cuarta experiencia tiene ribetes dramáticos y se debe a la carencia de formación jurídica para ejercer el cargo Magistrado del Tribunal de Ética Médica. Si bien es cierto, el Tribunal de Ética Médica de Caldas cuenta con una abogada de extraordinarias cualidades profesionales y personales, hay puntos o momentos en los cuales me sentí desconcertado ante la realidad del manejo de la justicia en Colombia porque en estos 4 largos lustros, el Tribunal ha tenido múltiples contactos con la justicia ordinaria para el

manejo de algunos casos. Como lo exprese el apoyo de las abogadas inicialmente Yolanda Montoya y durante todo el periodo de Claudia Patricia Gaviria Duque han sido proverbiales en el manejo de los asuntos del Tribunal y de sus Magistrados mediante consejos de inmensa valía.

La quinta experiencia fue entender las relaciones entre una primera instancia, el Tribunal de Ética Médica de Caldas y la segunda, el Tribunal Nacional de Ética Médica. Pero no por la necesidad de remitir al Tribunal Nacional el proceso si no por los fallos contrarios a la decisión del Tribunal en la instancia inicial. He tenido la seguridad de que el estudio de los casos se ha hecho a conciencia y con una absoluta imparcialidad, además con la oportunidad que otorga el sistema, aunque no sea lo estrictamente legal que ordena la ley. Los casos controvertidos son merecedores de un nuevo estudio en el Tribunal con el fin de analizar las discrepancias entre ambos Tribunales. No se han compartido todos los fallos Nacionales, pero se acatan por mandato de la ley.

La sexta experiencia desde el inicio hasta el día de hoy son las relaciones con la Gobernación de Caldas y la Dirección Territorial de Caldas, por la partida presupuestal anual. En los últimos 5 años se ha hecho más difícil obtener el presupuesto adecuado para el Tribunal, aunque hay que reconocer que se han obtenido partidas adicionales, pero han sido insuficientes para los propósitos del Tribunal Nacional de Ética Médica, siempre ha estado informado de las peticiones a los dignatarios del departamento. Aunque las relaciones personales con ellos han sido satisfactorias en ocasiones el Presidente siente que está suplicando dineros para el Tribunal y alcanza a visualizar que los directivos, Gobernador y Director Seccional, no identifica la importancia del Tribunal. Recientemente las actividades del Tribunal correspondientes a los Magistrados se han disminuido en un noventa por ciento durante los meses de noviembre y diciembre. Ahora con la crisis sanitaria, los ingresos de la Dirección Territorial se han disminuido y existe una incógnita para el presupuesto del 2021.

La séptima experiencia se refiere a los diferentes Tribunales integrados por el Tribunal Nacional durante estos 22 años. No siempre he estado de acuerdo con las decisiones del Organismo Elector, el cual se basa en el listado que le envía el Colegio Médico de Caldas. Si bien es cierto estuve de acuerdo durante varios años de la potestad total que tiene el Colegio Médico en nominar los candidatos para ser magistrados, en la actualidad no

comparto este mecanismo por atentar contra una mayor y mejor escogencia de aspirantes al Tribunal y postulados por la Academia, en cualquiera de sus manifestaciones, por las organizaciones gremiales que agrupan los médicos y por el Gobierno a través de los organismos directivos de la Salud Departamental. Debo reconocer mi afecto y reconocimiento al Colegio Médico de Caldas por haberme postulado durante todos estos años al escaño de Magistrados.

La octava experiencia trata de idoneidad de todos los miembros del Tribunal durante estos 22 años. Todos: Maestros, coetáneos y estudiantes en su oportunidad que han llegado a conformar el Tribunal merecen mi respeto y consideración. No siempre es fácil la conducción de una sala plena, por muchas razones cada Magistrado es un mundo independiente no solamente por su persona si no por su preparación académica y practica y por la manera de enfrentar las diferentes problemáticas que se exponen frente a los diferentes casos. Todos han contribuido a la permanencia del Tribunal y siempre se les ha respetado, e inclusive inducido, el salvamento de voto cuando luego de al menos tres sesiones no se llega a un consenso sobre un proceso determinado o sobre un aspecto especifico de un expediente durante cualquiera de las etapas procesales en las cuales pueden intervenir otros Magistrados diferentes al Magistrado instructor. En determinados momentos dentro de una Sala Plena, se tensiona el ambiente por la confrontación entre Magistrados, uno o varios, y el Presidente o entre Magistrados. Afortunadamente, las condiciones personales, la preparación académica y la condición de Magistrado ha hecho posible subsanar las dificultades temporales, que se presentan en cualquier organismo colegiado decisorio.

La novena experiencia se refiere al manejo del Talento Humano dentro del Tribunal. Felizmente el Tribunal ha contado desde mi inicio con una excelente abogada que ha sido el faro jurídico del Tribunal. Respecto del personal auxiliar se le ha enseñado a través de la abogada los diferentes pasos administrativos dentro del Tribunal, contando con excelentes secretarios digitadores en las dos oportunidades diferentes que se ha tenido en el Tribunal. La discreción, el trato y el oportuno servicio de ellos ha sido proverbial para el buen nombre del Tribunal. En ocasiones debido a mis condiciones personales, y no otras, la administración del Tribunal se ve en un plano diferente. En reiteradas ocasiones he creído que mi tiempo en la Presidencia ha terminado y hoy mantengo esa posición indeclinable la cual

será solucionada al inicio del próximo año. No es bueno para el Tribunal mantener un Presidente largo tiempo y el sistema de rotación corto no es el adecuado en la administración, por lo tanto, dos a cuatro años es un tiempo más que suficiente. En este punto debo agradecer inmensamente a todos los Magistrados que durante estos 22 años me han confiado la administración del Tribunal, a lo que espero no haber sido inferior, aunque en las lides de la administración cada quien da hasta donde puede dar.

En la décima experiencia debo mencionar la partida de dos Magistrados que ejercían en ese momento funciones al interior del mismo. Fueron dolorosas sus ausencias porque ambos representaban diferentes cualidades humanas, pero todas de inmenso valor, distintas capacidades académicas, disímiles maneras de interpretar y sancionar, pero los dos dueños de un reconocimiento absoluto por quienes los trataban. Las enseñanzas que dejaron persistirán en mi hasta el final de mis días.

La décimo primera se refiere al exceso de trabajo acumulado a través de los años como sucede en la mayoría de los juzgados del país. Me preocupa altamente la oportunidad de administrar justicia por cuanto se llega al fallo final ha pasado mucho tiempo fundamentalmente para el quejoso, pero también el medico ha quedado en una especie de limbo a partir de la comunicación de la recepción de la queja y la apertura de despedida. El retardo se debe fundamentalmente al tiempo que los magistrados pueden dedicarles a los diferentes procesos. El análisis detallado de un caso requiere del trabajo intenso del médico, lo que le demanda tiempo, energía, consultoría y análisis, horas que debe compartir con sus otras obligaciones remuneradas en ejercicio de su profesión. Son muy pocos los Magistrados pensionados y sin actividades. Por ello desde hace más de diez años he clamado para que los Magistrados tengan una mejor remuneración y puedan dedicarse al menos medio tiempo para el ejercicio de su Magistratura. Ello también merecería que los abogados y en este caso nuestra abogada tuviera un mejor salario que le permitiera estar dedicación exclusiva para el Tribunal, a todo lo anterior se opone la escases de recursos de lo cual en reiteradas veces se ha llevado el tema ante las autoridades Departamentales

La décimo segunda experiencia se refiere al posicionamiento del Tribunal en la sociedad, poco a poco se demanda más actividad por medio de las quejas y de los certificados para médicos con el fin de presentar la documentación para nombramientos y posesiones. Sin embargo, la gen-

eralidad de la población sigue recurriendo a la justicia ordinaria para sus demandas y no tiene en cuenta el componente ético, esta conducta muchas veces es inducida por otros médicos interesados o no en el caso. Respecto de las quejas, la crisis sanitaria disminuyó el número de ellas hasta llegar a cero comparando con un promedio de dos quejas por semana que se presentaron hasta mediados del mes de marzo del 2020. La tasa global por cien mil habitantes de 10.4 casos y una tasa por 1.000.000 de actividades medicas de 1.040.

La décimo tercera experiencia se refiere a las cátedras de Ética Médica en las Universidades de Caldas y Manizales. En ambas instituciones los sistemas de la catedra son diferentes, mientras en la primera el enfoque esencial es bioética en la segunda hay una combinación entre bioética y ética médica. Sin embargo, considero que estas cátedras debieran tener presencia del Tribunal Seccional de Ética Médica, hay que reconocer que la Magistrada Natalia García Restrepo es especialista en bioética y ejerce admirablemente la catedra en la Universidad de Manizales, pero lo hace a título personal. En la Universidad de Caldas el profesor es un eminente bioético y escritor que igualmente conduce magníficamente la catedra. Sin embargo, es deseable que el Tribunal llegue hasta los profesores y estudiantes de pregrado y posgrado con el fin de visualizar los diferentes aspectos filosóficos y prácticos de la Ley 23 de 1981. Se han planeado dos seminarios recientes para abordar temas importantes hacia los académicos, pero ha sido imposible su realización por circunstancias ajenas al Tribunal. En la nueva ley se debe fortalecer la obligación de los Tribunales de hacer educación en escuelas médicas y centros de atención médica. Con la apertura real de los territorios para el ejercicio de la medicina llegan al Departamento médicos de otras Escuelas de Medicina con diferentes grados de conocimiento de la Ley 23 de 1981 y las implicaciones del ejercicio al amparo de la norma.

La décima cuarta y siguientes experiencias están relacionadas con las enseñanzas recibidas de cada caso en particular, de la Sala Plena del Tribunal y de las abogadas, siendo la actual Claudia Patricia Gaviria Gallo. Hay que partir del hecho que cada uno de los procesos es independiente, por lo que no son iguales, aunque pueden tener determinadas similitudes pero que en el contexto global debe procederse de acuerdo con el expediente debidamente refrendado, mediante las pruebas documentales y verbales consignadas en debida forma.

La experiencia décimo quinta está vinculada al caso más complejo que recibió el Tribunal y que se ha hecho farragoso con el transcurso del tiempo y se refiere al médico denunciado en Pereira a raíz de una cirugía plástica y por la vía de la recusación de todo el Tribunal, el caso fue radicado en el Tribunal de Ética Médica de Caldas. Además de lo denunciado por la paciente, el Tribunal de Ética Médica de Caldas demostró fehacientemente el medico inculpado presentó un título falso obtenido en el exterior. Este caso de acuerdo a los lineamientos imperantes en el Tribunal me fue asignado como Magistrado instructor. Por recusación del médico me aparte del caso, el cual siguió su proceso hasta la sanción por parte del Ministerio de Salud. El medico continúo interponiendo recursos hasta llegar a la justicia civil y contenciosa-administrativa, los últimos recursos no han sido desatados por las autoridades pertinentes estando involucrados el Ministerio de Salud, el Tribunal Nacional de Ética Médica, el Tribunal Seccional de Risaralda y el de Caldas. Una de las cosas llamativas fue la convalidación del Ministerio de Educación le dio al título de especialista del médico inculpado, obtenido en la Argentina.

La décimo sexta experiencia se refiere a los casos en que se involucran la violencia sexual padecida por mujeres u hombres, por parte del médico tratante, pero también debe considerarse la agresión que sufre el medico por el paciente o la paciente. Para mi manera de considerar las pruebas como la base de cualquier proceso, en estos casos es difícil llegar a una verdad incontrastable, existiendo aproximaciones, pero quedando inmensas dudas con relación al quejoso o quejosa, a la actuación de paciente y médico y al entorno del médico comenzando por su personalidad y antecedentes. El Tribunal adopto afortunadamente y a tiempo la premisa de que no todo quejoso o quejosa, sin pruebas, tenía la razón. En más de una ocasión el medico reconoció la falta, pero la justifico por variadas razones a lo que el Tribunal previo estudio definió de acuerdo a la ley su proceder. Muchas veces causó impacto cuando el quejoso o la quejosa se retractaba, pero he sabido que en estos casos no se admite abandono de la queja y ella debe continuar por los caminos legales.

La décimo séptima experiencia la integra los casos de las relaciones médico paciente. Pido se me excuse por la utilización en este párrafo de la primera persona del singular y el plural. Quienes somos, generaciones anteriores fuimos formados en ambientes muy diferentes a los que se han observado desde 1990 con la aparición de la Ley 10 cuando se modificó

estructuralmente el Sistema Institucional de entidades prestadoras de servicios médicos. Las Universidades del Estado tienen una diferente concepción y desarrollo de las prácticas médicas en contra posición con las Instituciones privadas, por cuanto la mayoría de ellas tienen sus propias entidades de atención médica y se les facilita la relación médico-estudiante-paciente. Hasta cuando existió el Hospital Universitario de Caldas, un modelo inolvidable por lo que representó para el país y para la región la indisoluble relación academia-asistencia, lo que permitía una permanente estancia del estudiante en las áreas hospitalarias y la disposición de la trilogía médico-paciente-estudiante, para un permanente e ilimitado encuentro entre los tres. Así aprendimos el tratamiento personal hacia el paciente y también así identificamos la relación entre los maestros, independientemente de los factores personales de cada uno de ellos. Aprendimos a hacer tolerantes, comprensivos de la situación de ser paciente e identificamos el sufrimiento, visualizamos la relación familiar del paciente, entendimos sus propias necesidades religiosas y alcanzamos a escudriñar más allá de lo físico comprendiendo las emociones del paciente y sus angustias frente a lo desconocido de la medicina. Las largas sesiones de conversación con el paciente nos ayudaron a entenderlo más y poder llevar al menos algo de consuelo a su mente y sentimientos. Hoy parece que todo es una batalla en donde médico y paciente se enfrascan en una lucha que pudiera ser extraña a los dos pero que la toman como un enfrentamiento que no tiene razón de ser con la consiguiente lesión para el médico y para el paciente, distorsionando completamente la relación médico-paciente. Y ello para no expresar nada de la cada vez más compleja y perversa relaciones médico –institución y paciente-institución en donde las dificultades con las instituciones terminan incidiendo de una manera grosera en la relación médico-paciente. Lo que antes eran casos esporádicos se han vuelto frecuentes y cada vez más severos por las derivaciones que pueden llegar hasta comprometer la vida del paciente y por qué no decirlo hasta implicar la vida del médico, en donde la familia y la sociedad se sienten agredidos por las instituciones y los médicos. Hoy algunos egresados tienen miedo de relacionarse con el paciente, de mirarlo directamente a los ojos, de palparlo sin asco, de untarse de sudor por decir no menos y de ignorar sus palabras que buscan comprensión más que procedimientos o fármacos o palabras descontextualizadas. Una sonrisa o un simple gesto de amabilidad borraría todas las dificultades del inicio de la relación médico-paciente.

La décimo octava experiencia está referida a los casos en donde in-

terviene la Junta Regional de Invalidez y la segunda instancia en la Junta Nacional en donde se estudian los casos de los pacientes que requieren valoración con fines de pensión por su limitación en el desempeño normal de sus actividades. Los pacientes descargan en el médico que los evalúa toda la responsabilidad por la cuantía asignada a su discapacidad. Los pacientes no tienen en cuenta que la Junta es un órgano colegiado en donde intervienen otros profesionales en la calificación y que, por lo tanto, es la Junta, tanto Regional como Nacional la responsable de la evaluación final agotando la vía administrativa. Estos pacientes recurren al Tribunal quejándose de la conducta ética del médico, pero el fondo tiene una representación laboral y económica. Los casos no son fáciles por la gran inconformidad de los quejosos a quienes entiendo perfectamente, pero las normas laborales y a veces injustas van en otro sentido. Como se sabe el Tribunal no tiene diferencia en ninguna conducta asumida por el médico y esta no puede ser modificada ni a favor ni en contra del paciente, debiendo recurrir a otras vías jurídicas.

La décimo novena experiencia se refiere a los casos en los cuales, sin haber una inhabilidad o incompatibilidad legal, se encuentra un profesional de la medicina conocido y quizá hasta compañero de promoción que ha sido denunciado por faltas a la Ética Médica. La visión puede hacerse desde dos orillas: La primera como Magistrado Instructor, cuyas actividades procesales deben estar estrictamente ligadas a la independencia, conciencia y conocimiento del caso. Aquí no pueden operar consideraciones personales ni de amistad normal. Sin embargo, no es fácil en este caso la situación para el Magistrado Instructor y creo que tampoco para el medico denunciado. La segunda es mucho más fácil de enfrentar cuando en la Sala Plena se estudia el caso y el medico inculpado adquiere otra imagen en donde el análisis colectivo equilibra cualquier sesgo. En una Departamento como Caldas en donde solo hay dos escuelas de medicina y aunque cada vez llegan más médicos de otras escuelas a ejercer bajo el mal denominado servicio social obligatorio y su posterior residencia en el Municipio ya sea área urbano o rural o inclusive en la misma capital del Departamento, se torna familiar por muchos aspectos el conocimiento del médico por los diferentes Magistrados.

La vigésima experiencia, aunque no es frecuente existen pacientes querellantes que actúan de diversa manera a través del tiempo procesal. Son reiterativos con su presencia en la sede del Tribunal indagando por

la respuesta a su queja y a pesar de las explicaciones repite las visitas. De otro lado una vez obtenido el fallo absolutorio para el medico denunciado, reiteran permanentemente consideraciones que indican que no están de acuerdo con las decisiones del Tribunal, explicándoles los recursos oficiales que tienen, pero retornan una y otra vez en forma presencial a la sede del Tribunal.

La vigésima primera experiencia se refiere al momento en que el Magistrado y luego la Sala Plena llegan a la conclusión de que no hay suficientes evidencias para liberar al médico inculpado de la responsabilidad por la cual ha sido denunciado, así como tampoco existen las evidencias para sancionarlo, pero queda dentro del Magistrado Instructor una inquietud sobre la conducta del médico con relación a la queja instaurada. Como el Tribunal solamente se basa en las pruebas que existen para negar o afirmar, no es posible seguir salvo como lo dice la ley que se presenten nuevas pruebas por lo cual podrán reabrirse el proceso. Afortunadamente son pocos los casos, pero a veces son dolorosos por la incapacidad real de definir una conducta a favor o en contra del médico. En este caso la duda debe respetarse por encima de cualquier consideración personal y procesal.

La vigésima segunda experiencia la constituye el tema del consentimiento informado, sus implicaciones y lo que sucede alrededor del proceso. Todavía no comprendo cabalmente por qué los médicos se eximen de este compromiso para con el paciente o la familia, según sea el caso. Entiendo que, hasta la década de 1980, el médico podía ejercer la medicina de una manera absolutista y se portaba en algunos casos como un tirano frente a sus pacientes y familiares. Sin embargo, hay que recordar que, aun no existiendo la norma del consentimiento informado, los maestros cumplían con esa misión delicada humanista y humanitaria, que complementaba una relación médico paciente de inmejorables resultados. La voz y la decisión del paciente tenían fundamento en la autonomía de ser persona independientemente de la ciencia y el arte de la medicina.

La vigésimo tercera experiencia es una consideración eminentemente personal que se traduce en la manera como observo e interpreto las actitudes del médico inculpado desde que se hace la primera versión libre hasta recibir el fallo con su absolución o su sanción. Hay médicos con grandes cualidades humanas que reconocen su falta y expresan ante la Sala Plena su deseo de seguir ejerciendo la medicina dentro de los límites que le imponen la ética. Lamentan profundamente lo acontecido y entienden la

posición del paciente, de las instituciones y del mismo Tribunal. Ante estos casos como Magistrado Presidente he tenido la oportunidad de hacerles llegar a nombre de la Sala Plena nuestro reconocimiento por su actitud y no pocas ocasiones lamentamos la sanción, pero nos tenemos que ajustar a las pruebas y a la ley. En otros casos la actitud del médico es de no aceptación en las diligencias procesales, a veces con altanería y grosería. En una ocasión hubo que suspender una sesión de Sala Plena. Como Magistrado e integrante del Tribunal comprendo y acepto los derechos que le corresponden por ley ante un fallo en su contra y el Tribunal ha sido especialmente garante del debido proceso.

La vigésimo cuarta experiencia la constituye las grandes enseñanzas derivadas de las reuniones nacionales de los Tribunales de ética médica en donde tuve la oportunidad de compartir con diferentes Magistrados y abogados secretarios de los Tribunales del país. De ellos recibí información y maneras de proceder con variados aspectos de la aplicación de la Ley 23 de 1981. Igualmente tuve la fortuna de conocerlos en sus planteamientos humanísticos que dimensionaron las distintas sesiones en donde nos encontramos Magistrados de todas las naciones. Se aceptaba o se discrepaba de los planteamientos, pero siempre el fruto fue inducir a la reflexión temática. El Tribunal Nacional de Ética Médica fue la fuente principal de las distintas consideraciones y controversias y todas fueron de inmenso provecho mental.

La décimo quinta experiencia coincidencialmente, en el día de ayer, ante la intervención del señor superintendente de salud, él expresó la relación más amplia con los Tribunales de Ética Medica. Para tristeza del Tribunal de Ética Medica de Caldas, después de 22 años nunca ha existido una respuesta ante los diferentes casos remitidos a ellos, para el análisis del caso por parte de la superintendencia, porque habrá motivos en donde era pertinente la intervención de ese máximo organismo.

¿A QUÉ SE ENFRENTAN LOS TRIBUNALES DE ÉTICA MÉDICA POSTERIOR A LA PANDEMIA COVID 19?

Dr. José Vicente Maestre Peralta[1]
Magistrado Tribunal de Ética del Magdalena

El reto que enfrentan los magistrados de los Tribunales de Ética Médica, a los cuales les corresponde la labor de investigar y sancionar dentro la responsabilidad Ético-Disciplinaria, a los médicos que ejercen su labor profesional de la medicina, no ha sido fácil, toda vez que amplio conocimiento de la medicina, contrasta en muchas ocasiones con el poco conocimiento dentro del intrígalo mundo que enmarca el derecho, lo cual los lleva a realizar un proceso de aprendizaje exprés con el apoyo insaciable de los abogados y abogadas que posee cada tribunal, desde el momento que estos médicos ingresan en dichas esferas de las leyes tanto sustanciales como procesales asumen un rol equilibrado para emitir sus decisiones.

ORÍGENES DE LOS TRIBUNALES DE ÉTICA MÉDICA

Con la aprobación de la Ley 23 el día 18 de febrero de 1981, y con esta el Decreto 3380 de 1981, en la cual se dictan normas en materia de ética médica y con esta la se da origen a los Tribunales de Ética Médica, tal como lo es el Tribunal Nacional de Ética Médica y los Tribunales Seccionales de Ética Médica.

Es así como en el artículo 63 de la ley 23 de 1981 lo establece la creación del Tribunal Nacional de Ética Médica con asiento en la cuidad de Bogotá, mientras que el 67 de dicha ley crea los Tribunales Seccionales de Ética Médica, que en su momento se podrían conformar en cada departamento

[1] Médico: Universidad Libre de Barranquilla, Abogado: Universidad Cooperativa de Colombia, Especialista en Derecho Médico: Universidad Externado de Colombia, Magistrado: Tribunal de Ética Médica del Magdalena, Guajira y Distrito de Santa Marta, Profesor de Pregrado y Posgrado: Universidad Cooperativa de Colombia Campus Santa Marta.

intendencia y comisaria, hoy y gracias al artículo 309 de la Constitución Política de Colombia de 1991 estas intendencia y comisaria son departamento.

El Tribunales Nacional de Ética Médica estará conformado por 5 médicos que pueden ser de las diferentes ramas de la medicina, ostentaran la denominación de magistrados, la lista de escogencia será remitida por la Federación Médica Colombiana entidad que aporta 4 hojas de vida, la Academia Nacional de Medicina y las Facultades de Medicina legalmente aprobadas, a través de un ente denominado Asociación Colombiana de Facultades de Medicina "ASCOFAME", estas dos últimas entidades aportan 3 hojas de vida para un total de 10 postulantes, la entidad encargada de verificar y escoger los 5 magistrados que conformaran el Tribunal Nacional de Ética Médica es el Ministerio de Salud y Protección Social, para un periodo reelegible de 2 años, la posición que se realizara ante el ministro de salud o quien a bien considere[2].

En el caso del Tribunales Seccional de Ética Médica, estará conformado por 5 médicos, que también recibirán la denominación de magistrados, su lista de escogencia será exclusivamente propuesta por un solo ente como son los Colegios Médicos Departamentales, de allí la importancia de su creación y sostenimiento, pues es una condición sine qua non la existencia de los Colegios Médico Departamentales para que existan los Tribunales Seccionales de Ética Médica.

La lista de no menos de diez médicos con sus respectivas hojas de vida, deberá ser enviada al Tribunales Nacional de Ética Médica, entidad que en sala plana escogerá los 5 médicos que integraran el Tribunal Seccional de Ética Médica para un periodo reelegible de 2 años, la posición que se realizara ante máximo representante departamental donde tenga asiento el Tribunal Seccional de igual manera en caso de no poder el gobernador o Gobernadora dar posición a los magistrado, podrá delegar a quien bien considere[3].

Los tribunales de Ética Médica cumplen funciones públicas, sin embargo, sus integrantes integrantes por el solo hecho de serlo no adquieren el carácter de servidores públicos[4].

[2] Ley 23 de 1981, Artículo 63, 64, 65, 66 y 71, Decreto 3380 de 1981, Artículo 31, 32, 33 34, 35, 36, 37 y 58

[3] Ley 23 de 1981, Artículo 67, 68, 69, 70 y 71, Decreto 3380 de 1981, Artículo 33, 35, 37 y 58

[4] Ley 23 de 1981, Artículo 73

FUENTES DE FINANCIACIÓN DE LOS TRIBUNALES DE ÉTICA MÉDICA

Existe una gran diferencia entre la fuente de financiación del Tribunal Nacional de Ética Médica y los Tribunales Seccionales de Ética Médica, contraste que influye en el desarrollo de las actividades internas de cada ente de control de las actuaciones Profesionales de los médicos en Colombia; en el caso del Tribunal Nacional de Ética Médica su fuente esta reglada por la ley 23 de 1981 en su artículo 92 al señalar *"El Gobierno Nacional incluirá en el proyecto de presupuesto de gastos correspondiente a cada vigencia las partidas indispensables para sufragar los gastos que demande el cumplimiento de la presente Ley",* entre esos gastos, se encuentran los relacionados que se producen en ocasión del funcionamiento de dicho Tribunal, es decir, al momento de elaborar y tramitar el Gobierno Nacional el Presupuesto General de Nación ante el congreso se asignan recursos para el funcionamiento del Ministerio de Salud y Protección Social y en esto los que se le asignaran al Tribunal Nacional de Ética Médica.

En el caso se los Tribunales Seccionales de Ética Médica, es poco compleja y penosa la situación, pues los recursos proceden de los entes territoriales, en este caso las Gobernaciones y Distritos, tal como reza en Ley 715 de 2001 Artículo 43.1.8 *"…Competencias de los departamentos en salud… …Financiar los tribunales seccionales de ética médica y odontológica y vigilar la correcta utilización de los recursos…",* esta ley fue modificada por el Artículo 2 de la Ley 1446 de 2011 al incluir los Tribunales Departamentales y Distritales Éticos de Enfermería, donde *señala "Financiar los Tribunales Seccionales de Ética Médica y Odontológica y los Tribunales Departamentales y Distritales Éticos de Enfermería y vigilar la correcta utilización de los recursos"*; De una manera clara, al momento de elaborar y tramitar las Gobernaciones y Distritos el Presupuesto Departamental y Distrital respectivamente, deben asignar los recursos para las secretarias de salud departamental y distrital y en esta a su vez los rubros para los tres tribunales y es esta dependencia la encargada de responder y tramitar el pago a los de los recursos a los Tribunales Seccionales de Ética Médica.

Por regla general los entes territoriales asignan recursos para los tribunales de las rentas cedidas, dicho de otra forma, los recursos que se obtienen por impuestos a licores, cervezas, loterías, apuestas permanentes, impuesto de registro y anotación, estos rubros fluctúan de forma perma-

nente pues esta supeditados a la población de cada departamento y distritos y al consumo que se producto de ellos.

Otra situación que empeora la asignación de los recursos a los Tribunales Seccionales de Ética Médica, es el hecho que las leyes anteriormente señaladas no obligan a los entes territoriales a asignar unos recursos mínimos para el funcionamiento de manera adecuado a estos entes de control y juzgamiento, es así, como como algunos departamentos no aumentan estos rubros en por varios años y en otros no entregan de la manera oportuna o se abstienen de hacer los giros respectivos lo cual lleva a los tribunales a hacer ajustes en la forma de realizar sus labores.

Algunos Departamentos y Distritos en Colombia se encuentra sumergidos en desgreño administrativo con cambios constante de gobernantes lo cal no permite la creación de políticas claras que llevan al bien común de su población y en esta se incluyen los Tribunales Seccionales de Ética Médica.

SITUACIÓN DE LOS TRIBUNALES DE ÉTICA MÉDICA DURANTE LA PANDEMIA COVID 19

La situación que se han visto avocadas los Tribunales de Ética Médica no es ajena a la situación nacional, que abarca tanto a las tres ramas del poder y de igual manera a las entidades privadas, esto en marco de las medidas de Emergencia Económicas y de Salud tomadas por el Gobierno Nacional para mitigar la situación de contagio y muerte que se registraba, estas determinaciones del estado llevo en los Tribunales de Ética Médica a realizar las acatamiento de manera estricta, entre las que se encuentra:

1. Cierre de los Tribunales: La orden de confinamiento emanada del Gobierno Nacional, llevo a que se cerrara de manera indefinida el Tribunal Nacional de Ética Médica y los Tribunales Seccionales de Ética Médica, lo que trajo como consecuencia la suspensión de las investigaciones que se surtían, lo cual trajo como consecuencia una mayor acumulación de procesos, con peligro de vencimientos de términos, entre las que se encuentra las prescripciones.

2. Suspensión de Términos: Esta medida fue tomada de manera individual cada Tribunal Seccional de Ética Médica, en vista de la necesidad

de poder buscar una seguridad jurídica de los procesos, esto sumado a que las situaciones de cada tribunal en torno a su jurisdicción son diferentes, y para finalizar el Tribunal Nacional de Ética Médica no asumió su rol de mayor jerarquía, de enmarcar los lineamientos a seguir durante esta situación de emergencia.

3. Reinicio de actividades: El reingreso de funciones de los Tribunal Seccional de Ética Médica, se ha realizado con la toma de las medidas necesarias y exigidas por el estado en este caso en especial por el Ministerio de Salud y Protección Social y las Secretarias de Salud Departamentales y Distritales como entes delegados por el estado para ejercer el debido control de funcionamiento; las medidas de bioseguridad que se debieron implementar tienen un costo elevado, cifras que muchos Tribunal Seccional de Ética Médica no contaban los recursos necesarios para la implementación, es así, como la espera en la retoma de las laborares se realizó de manera independiente en cada tribunal.

4. Dificultad para la entrega de recursos: En los planes de contingencia tomados por el estado y los entes territoriales, fueron el Ministerio de Salud y Protección Social y las Secretarias de Salud Departamentales y Distritales, las encargadas de asumir la responsabilidad del manejo de la pandemia, esta situación llevo a que se incrementaran las dificultades por parte de los Tribunal Seccional de Ética Médica para acceder a los recursos que se encontraban acumulados en dichas secretarias, lo cual como un círculo vicioso, no permitió ni permite la disposición de recursos para el funcionamiento de los Tribunales en marco de las nuevas medidas de bioseguridad que se deberán asumir de manera indefinida.

RETOS DE LOS TRIBUNALES DE ÉTICA MÉDICA POSTERIOR A LA PANDEMIA COVID 19

Los Tribunal Seccional de Ética Médica, deberán asumir unos retos mayores a los que han vivido durante muchos años entre los que se encuentra:

1. La búsqueda de mejores ingresos que deberán ser asumidos por elo entre territoriales, esto es posible logarlo con voluntad política por parte de sus gobernantes, el reconocimiento de la loable función que ejercen en su jurisdicción los Tribunales Seccionales de Ética Médica.

2. La determinación con mayor ahínco por parte del Tribunal Nacional de Ética Médica, en apoyar, la labor que ejercen los Tribunales Seccionales de Ética Médica, tanto en el campo de tocar las puertas el gobierno Nacional, a la Rama Legislativa con el fin de buscar medidas dentro del normativo que permita obligar a los entes territoriales a asignar los recursos suficientes y necesarios a los Tribunales Seccionales de Ética Médica para un adecuado funcionamiento.

3. Implementación del sistema de oralidad, con manejo de audiencias de manera virtual, digitalización de los procesos con el fin de facilitar el acceso de los procesos a los disciplinables y los abogados de confianza, la notificación en mayor parte a través de los diferentes medios electrónicos, esto traería beneficios en común, en el caso de los Tribunales, disminución significativa de gasto de recursos, que se pueden reasignar para la modernización redes, equipos de cómputo, software necesarios en colocar en funcionamiento Tribunales Seccionales de Ética Médica de cara a los nuevos retos que se están presentando.

No es fácil lograr los objetivos que se deben asumir en marco de las situación calamitosa en la que nos movemos,, en embargo, es un reto que toca asumir tal como se ha bebido haciendo año tras año, en aras de conservar las funciones asignadas por la Constitución política de Colombia, Ley 23 de 1981, el Decreto 3380 de 1981 y demás normas complementarias.

REFLEXIONES SOBRE LA CAUSALIDAD EN EL DAÑO A LA PERSONA Y A LA SALUD

Dr. Jesús A. Chaustre Buitrago
Magistrado Tribunal de Ética Médica Norte de Santander

Objetivo:
Establecer la relación Causa- daño y su repercusión en el acto médico
Mitigar el riesgo al mejorar su conocimiento
Reafirmar el concepto de responsabilidad.

El Acto Humano, produce una transformación de la realidad, como consecuencia de la voluntad del individuo: el caminar, golpear a otro o celebrar un contrato; es decir que se actúe de manera consciente, voluntaria y libre. La RAE, define el Acto Humano como: "acto que procede de la voluntad libre con advertencia del bien o mal que se hace"; el Hecho Humano, en cambio como comportamiento humano, puede ser voluntario o no, siendo distinto del que tiene como finalidad producir efectos jurídicos.

La lesión a la salud[1], se presenta como un caso paradigmático dentro de la responsabilidad civil, no solo por la frecuencia de su ocurrencia, que ofrece situaciones ejemplares, por su transcendencia misma en lo social, puesto que, en la forma en que se repare un daño a la salud, se colige la verdadera eficacia de los principios constitucionales; del informe de las estadísticas vitales del Dane, nos damos cuenta de esa situación[2].

El acto humano tiene como consecuencia, el de producir efectos jurídicos, que serán exigibles en la reparación, cuando se cause un perjuicio. Veamos la definición normativa, contemplada en la ley 1996 de 2019, "Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad":

[1] Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina? Cortés E. 2012, Universidad Externado de Colombia. P 19

[2] Boletín Técnico. Estadísticas vitales Año 2016-2017. 28 de marzo 2018

Acto jurídico: Es toda manifestación de la voluntad y preferencias de una persona encaminada a producir efectos jurídicos. (Art 3. Numeral 1. L 1996/19)

ACCIÓN	CONCEPTO	EFECTO
Actos del hombre[3]	Regulados por las leyes físicas, biológicas o instintivas (función digestiva, FC)	Reacción de la sociedad de diferentes formas
Acto Humano	Controlados por la razón, dependientes de la voluntad, su querer, cuyo curso domina.	Responsabilidad, Crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas
Hecho Humano	Es todo aquel acontecimiento o evento, que, teniendo relevancia jurídica, no pertenece a la categoría de los actos	Generan efectos jurídicos: nacer, crecer, reproducirse, morir. (Estadísticas vitales)
Acto Jurídico	Manifestación de la voluntad y preferencias de una persona	Encaminada a producir efectos jurídicos (Un contrato)

Cuadro. Actividad humana

Dentro de las estadísticas vitales, lo referente a defunciones se encuentra un acápite que refiere a la intervención médica, en el que se observa un leve aumento actual, resultando necesario su estudio dentro del tema que se presenta por su transcendencia jurídica y médica.

Tabla 14. Defunciones no fetales por año y por sexo, según causa externa. (Lista de causas agrupadas 6/67 CIE-10 de OPS).
Total nacional
Año 2016 – 2017pr

Código	GRUPOS DE CAUSAS DE DEFUNCIÓN (LISTA DE CAUSAS AGRUPADAS 6/67 CIE-10 DE OPS)	2016 Total	Hombres	Mujeres	Indeterminado	Proporción (%)
	Total Nacional por causa externa	27.850	23.558	4.271	21	100
512	Agresiones (homicidios).	12.006	10.992	1.007	7	43,1
501 y 502	Accidentes de transporte terrestre, inclusive secuelas	7.511	6.135	1.374	2	27,0
511	Lesiones auto infligidas intencionalmente (suicidios).	2.482	2.034	448	0	8,9
514	En estudio / Sin Información	1.603	1.190	407	6	5,8
510	Otros accidentes.	1.458	1.160	296	2	5,2
503	Caídas.	1.359	989	370	0	4,9
506	Ahogamiento y sumersión accidentales.	756	618	137	1	2,7
509	Complicaciones de la atención medica y quirúrgica.	240	91	149	0	0,9
508	Envenenamiento accidental por exposicion a sustancias	165	122	43	0	0,6
507	Exposición al humo, fuego y llamas.	118	88	30	0	0,4
504	Accidentes causados por máquinas y por instrumentos	58	56	2	0	0,2
513	Intervención legal y operaciones de guerra.	57	48	6	3	0,2
505	Accidentes causados por disparo de armas de fuego.	37	35	2	0	0,1

Código	GRUPOS DE CAUSAS DE DEFUNCIÓN (LISTA DE CAUSAS AGRUPADAS 6/67 CIE-10 DE OPS)	2017pr Total	Hombres	Mujeres	Indeterminado	Proporción (%)
	Total Nacional por causa externa	21.581	18.004	3.571	6	100
512	Agresiones (homicidios).	8.832	8.056	775	1	40,9
501 y 502	Accidentes de transporte terrestre, inclusive secuelas	5.297	4.324	973	0	24,5
511	Lesiones auto infligidas intencionalmente (suicidios).	2.097	1.708	389	0	9,7
514	En estudio / Sin Información	1.642	1.229	411	2	7,6
510	Otros accidentes.	1.578	1.130	446	2	7,3
503	Caídas.	887	637	250	0	4,1
506	Ahogamiento y sumersión accidentales.	644	561	82	1	3,0
509	Complicaciones de la atención medica y quirúrgica.	330	137	193	0	1,5
508	Envenenamiento accidental por exposición a sustancias	122	100	22	0	0,6
507	Exposición al humo, fuego y llamas.	89	64	25	0	0,4
504	Accidentes causados por máquinas y por instrumentos	25	24	1	0	0,1
505	Accidentes causados por disparo de armas de fuego.	24	21	3	0	0,1
513	Intervención legal y operaciones de guerra.	14	13	1	0	0,1

Fuente: DANE – Estadísticas Vitales.
pr: Cifras preliminares

[3] Cuatro lecciones de derecho natural. Parte especial. Hervada, J. Universidad de Navarra. 1999. Pag.17

código	Grupos de causas de defunción (lista CIE OPS)	Total	Hombres	Mujeres	Proporción (%)
Año 2016					
509	Complicaciones de la Atención Médica y Quirúrgica	240	91	149	0.9%
Año 2017					
509	Complicaciones de la Atención Médica y Quirúrgica	330	137	193	1.5%

Defunciones no fetales año 2016-2017 (GRUPO DE *CAUSAS* Específicas código 509 CIE-OPS). Fuente: Tabla No 14 - Dane Estadísticas vitales -2016-2017

DANE INFORMACIÓN PARA TODOS — Dirección de Censos y Demografía - Estadísticas Vitales — El futuro es de todos — Gobierno de Colombia

Estadísticas vitales de nacimientos y defunciones

CUADRO 12

Defunciones por grupos de edad y sexo, según departamentos de residencia y grupos de causas de defunción (Lista Colombia 105 para la tabulación de mortalidad)
Año 2020 Preliminar - Primer trimestre (Hechos ocurridos y grabados entre el 1 de enero de 2020 y el 31 de marzo de 2020)

Departamento de residencia | Grupos de causas de defunción (lista colombia 105 para la tabulación de mortalidad)		TOTAL	Total			
			Hombres	Mujeres	Indeterminado	Hombres
TOTAL NACIONAL	TOTAL	56.972	31.483	25.435	54	27
	001 Enfermedades infecciosas intestinales	265	128	137	0	0
	002 Tuberculosis y secuelas	246	166	80	0	0
	003 Ciertas enfermedades transmitidas por vectores y rabia	110	73	37	0	0
	004 Ciertas enfermedades inmunoprevenibles	9	7	2	0	0
	005 Septicemia, excepto neonatal	312	153	159	0	0
	006 Todas las demás enfermedades bacterianas	73	37	36	0	0
	007 Sífilis y otras enfermedades venéreas	9	5	4	0	0
	091 Otros accidentes de transporte terrestre	22	19	3	0	0
	092 Los demás accidentes de transporte y los no especificados y	27	23	4	0	0
	093 Caídas	299	216	83	0	0
	094 Accidentes por disparo de arma de fuego	9	8	1	0	0
	095 Ahogamiento y sumersión accidentales	199	173	26	0	0
	096 Otros accidentes que obstruyen la respiración	109	69	40	0	0
	097 Exposición a la corriente eléctrica, radiación y temperatura y presión del aire ambientales extremas	59	50	9	0	0
	098 Exposición al humo, fuego y llamas	30	15	15	0	0
	099 Envenenamiento accidental por, y exposición a sustancias nocivas	60	50	10	0	0
	100 Lesiones autoinfligidas intencionalmente (suicidios) y secuelas	664	548	116	0	0
	101 Agresiones (homicidios) y secuelas	2.807	2.573	231	3	0
	102 Eventos de intención no determinada y secuelas	615	434	133	48	0
	104 Contratiempos de la atención médico quirúrgica y secuelas	111	51	60	0	0
	105 Otros accidentes y secuelas	398	240	158	0	0

Fuente: Dane, Estadísticas vitales-preliminar 2020

Tabla. Diez primeras causas de muerte natural 2018

Código Grupo	Diez primeras causas de muerte natural en hombres	I trim 2018pr Total	%
	Total nacional	23.283	100,0
303	Enfermedades isquémicas del corazón	4.803	20,6
307	Enfermedades cerebrovasculares	1.641	7,0
605	Enf. Crónicas vías respiratorias inferiores	1.499	6,4
109	Infecciones respiratorias agudas	1.040	4,5
302	Enfermedades hipertensivas	1.011	4,3
611	Otras enf. Sistema Digestivo	816	3,5
601	Diabetes Mellitus	808	3,5
612	Enfermedades sistema urinario	797	3,4
213	Residuo de tumores malignos	779	3,3
201	Tumor maligno del estomago	707	3,0
	Otros grupos de causas naturales	9.382	40,3

Código Grupo	Diez primeras causas de muerte natural en mujeres	I trim 2018pr Total	%
	Total nacional	22.471	100,0
303	Enfermedades isquémicas del corazón	4.058	18,1
307	Enfermedades cerebrovasculares	1.867	8,3
605	Enf. Crónicas vías respiratorias inferiores	1.522	6,8
302	Enfermedades hipertensivas	1.083	4,8
109	Infecciones respiratorias agudas	1.031	4,6
601	Diabetes Mellitus	938	4,2
611	Otras enf. Sistema Digestivo	800	3,6
208	Tumor maligno de la mama	775	3,4
616	Residuo	725	3,2
213	Residuo de tumores malignos	716	3,2
	Otros grupos de causas naturales	8.956	39,9

Fuente: DANE. Estadísticas Vitales. 2018

El daño a la salud es de la experiencia francesa; en Italia la doctrina y la jurisprudencia ha ido más lejos, cuando determina los elementos de su estudio y medios del cálculo del monto de la reparación. Esto derivada del derecho internacional consuetudinario de gentes, en cuanto deviene de elementos sustanciales de la estructura jurídica, vinculada de manera directa con los bienes inmateriales de todo ser humano, con su dignidad y con su condición de ser integralmente respetado (*principio pro homine*)[4]

El daño, es requisito indispensable pero no suficiente para que se declare la responsabilidad; esto es, cuando el daño existe, pero no se le puede atribuir al demandado por causales de exoneración o existe y es imputable, pero el imputado no tiene el deber de repararlo, porque no es un daño antijurídico y debe ser soportado por quien lo sufre.[5] Daño, según Juan Carlos Henao, es: "toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, tratándose de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o de colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico, y que gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación si los otros requisitos de la responsabilidad civil – imputación y fundamento del deber de reparar – se encuentran reunidos".

El daño debe ser visto como un fenómeno físico y jurídico, que es capaz de producir efectos jurídicos, los cuales son los perjuicios consecuenciales y la obligación de reparar.[6] El daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil, de manera que sin daño no hay lugar a la reparación patrimonial, por cuanto de él surge la obligación de reparar[7]. Existe una distinción, aceptada tradicionalmente, entre la noción general del daño y la del daño reparable (perjuicio), en el entendido que aquel alude a la lesión o amenaza del interés legítimo y éste a las consecuencias de la lesión.[8] En la actualidad, el operador del derecho se enfrenta a dos de los más importantes problemas del nuevo derecho de daños: por un lado, la clasificación del perjuicio y, por el otro, la repara-

[4] El daño a la salud en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Antecedentes, origen, evolución y estado actual. Martínez, M. Bogotá, Editorial Ibáñez. 2018, p 18

[5] El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Henao, C. 1998, p 38

[6] Idem

[7] Juan Carlos Henao en idem

[8] Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia. M´Causland, M. Bogotá. 2015

ción correspondiente a cada una de sus categorías, que debe estar informada por el principio de reparación integral, y que impone en consecuencia considerar más que las simples proyecciones patrimoniales o materiales del hecho ilícito, es decir, tomar a la persona de la víctima como una compleja realidad biológica, social y espiritual.[9]

El daño puede ser definido como un fenómeno físico con componentes jurídicos para su estudio, es decir, susceptible de ser calificado jurídicamente para ser objeto de estudio del derecho. De esta forma podemos afirmar que el daño es causa de efectos jurídicos – de ahí su interés para el mundo del derecho – se manifiesta en el entorno jurídico a partir de un fenómeno externo que repercute en el ámbito jurídico donde se establece la consecuencia a su ocurrencia[10].

¿Cuál es el elemento preponderante de la responsabilidad para atribuir el deber de reparar un daño antijurídico?, se puede precisar, siendo necesario profundizar en ello, que son la causalidad, la imputación y el daño. El problema conceptual, se puede precisar que, en la atribución del deber de reparar un daño antijurídico, en la cual la causalidad dentro de dicha estructura se encuentra en un segundo nivel de estudio, luego del daño y anterior a la imputación.[11]

Debido a la estrecha relación que existe entre el concepto de causa y las ciencias naturales, se ha planteado que, "la causación no es una categoría de relación entre ideas si no una categoría de conexión y determinación que corresponde a un rango real del mundo fáctico (interno y externo), de modo que tiene índole ontológica, por más que como cualquier otra categoría de esa índole suscite problemas gnoseológicos"[12].

El nexo causal es una vinculación entre el accionar humano y el resultado acaecido, cualquiera que sea el fundamento de la responsabilidad- culpa o riesgo-, para que se pueda adjudicar a una persona determinado resultado,

[9] La Reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales. Koteich Khatib, M. Bogotá, 2012

[10] Los perjuicios inmateriales en la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. Mancipe, A. Tesis de grado, Facultad de ciencias jurídicas Pontificia Universidad Javeriana. Bogota:2005

[11] La causalidad Elemento de la atribución del deber de reparar un daño antijurídico. Olivares, F. Grupo editorial Ibáñez. 2017

[12] Bunge. Causalidad, el principio de la causalidad en la ciencia moderna. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 1965. Citado por Olivares, F. En la Causalidad. 2017, p 33-

y se deba reparar el daño causado, es imprescindible la existencia del nexo causal entre su accionar y la consecuencia.

En el siguiente cuadro de referencia algunas providencias del Tribunal Nacional de Ética Médica, en donde se expone la causa determinada que llevó al proceso disciplinario médico.

CAUSALIDAD EN SENTENCIAS TRIBUNAL NACIONAL DE ETICA MÉDICA – COLOMBIA			
PROVIDENCIA	**TEMA**	**CAUSA -DAÑO**	**DECISÍON**
113-2010	Sanción abandono de sala de cirugía	Omisión del deber de cuidado	Censura escrita y Pública
01-2006	Decreto de prueba pericial. Aplicabilidad ppios CPP. Debido Proceso	Analgesia Epidural TP	Devolverse el expediente al aquo
02- 2006	Toxicidad A. Local Absorción masiva ósea No consentimiento informado. Menor 6 años; Fx Radio	Toxicidad AL-Muerte del Menor	Declarar prescrita la Acción
04- 2004	Muerte en procedimiento odontológico	Muerte en pte discapacitado por meningoencefalitis herpética. No estudio pertinentes, Sindrome de Kluver, Edema pulmonar, Neumotórax Paro Cardíaco	Resolución Inhibitoria
60-2013	Abrupcio de Placenta con muerte antenatal	Amenaza de parto pretérmino; hipertonía uterina; cesárea, óbito	Revocar decisión TSEM del Magdalena de sanción Censura y Absolver de los cargos imputados

Fuente: Compilado por J Chaustre, de Gacetas Jurisprudencial, Tribunal Nacional de Ética Médica

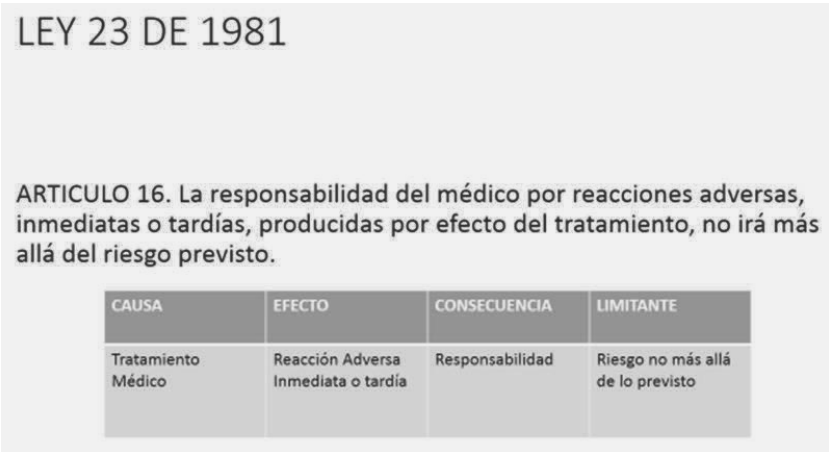
¿Qué es la Causa?

DEFINICIÓN DE CAUSA	
Aristóteles	1. Causa material: receptáculo para las demás causas 2. Causa Formal: proveía la esencia, idea o cualidad de la cosa en cuestión 3. Causa eficiente: o fuerza motriz, la compulsión externa a la cual debían obedecer los cuerpos 4. Causa final: meta a la cual todo tendía y servía 1 y 2: Causas del ser: 3 y 4: del devenir
En el Renacimiento	Las redujeron a la Causa eficiente: por ser claramente concebible; podía ser expresada en forma matemática E: mv2; se puede regular
Causa eficiente	Es un agente que produce algún cambio
Galileo	Condición necesaria y suficiente para la aparición de algo
Hobbes	Causa *sine qua non* y el complejo de causas suficientes que pueden producir alternadamente el mismo efecto
Hume	Relación causal como conjunción constante como "unión constante entre la causa y el efecto"

Fuente: Resumen de las definiciones causación y determinación, casualismo y determinismo del libro "La Causalidad. El principio de causalidad en la ciencia moderna". Mario Bunge.

Pero sin duda alguna, la función primordial de la **responsabilidad,** cualquiera que sea su carácter es la de reparar un perjuicio, he ahí su importancia real: lograr el restablecimiento del leve equilibrio que ha sido roto, transportar a la víctima o perjudicado a un estado cercano al anterior; cercano, porque salvo en el caso de los perjuicios materiales, la víctima nunca podrá encontrarse en igual situación[13].

[13] Los perjuicios inmateriales en la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. Mancipe, A. Tesis de grado, Facultad de ciencias jurídicas Pontificia Universidad Javeriana. Bogota:2005



La Jurisprudencia del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional y la doctrina se han encargado de elaborar el concepto de daño antijurídico.

En la sentencia C - 333 de 1996, la Corte Constitucional define el daño antijurídico como un "concepto parcialmente indeterminado" por lo que en parte su desarrollo puede ser adelantado por el legislador, situación que hasta el momento no se ha dado porque esa labor oportuna y correctamente ha sido asumida por la Jurisprudencia.

Por su parte, es bien sabido que el Consejo de Estado ha reiterado a lo largo de su jurisprudencia que éste es aquella lesión a un interés patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en la obligación jurídica de soportar.

Distinción entre daño y Perjuicio

La doctrina francesa, aboga por una diferencia entre daño y perjuicio, aduciendo que, el daño designa la lesión sufrida, o sea que se presenta un hecho, así a secas; mientras que el perjuicio, constituye la consecuencia jurídica de dicha lesión, siendo entonces éste un concepto jurídico [14].

En el lenguaje corriente, ambos términos son tomados como sinónimos, en el campo jurídico, la inconveniencia de su asimilación surge, de acuerdo con esta tesis, que solo el perjuicio puede ser objeto de indemnización y nunca el daño. La lesión a la integridad física constituiría un daño corporal (no sujeto a indemnización), que entrañaría perjuicios patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) y perjuicios morales o personales, sujetos éstos sí, a indemnización.

[14] Reparación del daño como mecanismo de tutela de la Persona. Koteich, M. (2012). Universidad Externado, p112

Podría entonces existir un daño sin perjuicios: es el caso tomado de *Le Tourneau, en Droit de la responsabilité et des contrats,* no 1305, en el que un edificio viejo que debiendo ser demolido, resultó destruido por un vehículo de carga pesada que se salió repentinamente de la vía.

Algunas diferenciaciones entre daño y perjuicio

DAÑO	**PERJUICIO**
Lesión sufrida, un hecho	Consecuencia jurídica de dicha lesión
Resultado de un hecho	Concepto jurídico
Como tal no se indemniza	Objeto de indemnización
Constituido por un hecho objetivo verificable	Lesión de los derechos subjetivos patrimoniales y extrapatrimoniales

Daño Corporal

1. Perjuicio de carácter patrimonial	Económicos
2. Perjuicio de carácter extrapatrimonial	Moral o personal. a) Perjuicio corporal (perjuicio fisiológico) b) Sufrimiento físico c) Perjuicio estético

Tomado de: Responsabilité publique et responsabilité privee´. R. Chapus. 1957

Aproximaciones al Perjuicio

Perjuicio Patrimonial	
	1. Daño Emergente 2. Lucro cesante: Incapacidad temporal Déficit funcional permanente
Perjuicios Extrapatrimoniales	A- Sufrimiento físico y/o morales B- Perjuicio de agrado (*Préjudice D´Agrément*) C- Perjuicio Estético D- Perjuicio sexual E- Otras categorías:
	1. La alteración de las condiciones de existencia (Chapus, Derecho Adm Fr)
	I. Lesión a la parte social del Patrimonio Moral: a) Lesión al honor de la Persona b) Lesión a los Derechos Morales del autor en relación con su obra II. Lesión a las ideas morales en sentido amplio

	III. Los problemas en las condiciones de existencia IV. Lesión a la integridad corporal V. Lesión a los sentimientos de afección
	2. Perjuicios de contaminación (VIH; VHC, Enf de Creuztfelt-Jacob; Amianto)
	3. Perjuicio de Establecimiento (No realizar Proyecto de vida fliar: casarse)
	4. Perjuicio juvenil

Tomado de: La Reparación del daño como mecanismo de tutela de la Persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales. Kotiech, Milagros. U. Externado. 2012

Perjuicio sufrido por terceros

Victima	
Parientes: esposos --------- Víctimas de "Rebote"	
perjuicios	
	A. Patrimoniales
	B. Extrapatrimoniales: Perjuicios de Afección: - Perjuicio sexual al esposo(a)
Perjuicios en caso de muerte	
causa	- Iure hereditario - Persone (iure propio)
Pretium dolores	Se transmite mortis Causa a sus herederos
Pretium mortis	Incapacidad 100%

Fuente: Idem

Principios que rigen la atención en salud

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES (TITULO I. DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES. Art.1
Respeto a la Dignidad Humana
El trabajo
Solidaridad de las personas que la integran
Prevalencia del interés general.
Principios Ley 100 1993) (Art. 2)
EFICIENCIA
UNIVERSALIDAD.
SOLIDARIDAD.
INTEGRALIDAD
UNIDAD
PARTICIPACIÓN
La seguridad social se desarrollará en forma progresiva, con el objeto de amparar a la población y la calidad de vida

PRINCIPIOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (art. 153 L 100/93, modificado artículo 3 de la Ley 1438 de 2011
UNIVERSALIDAD
SOLIDARIDAD
IGUALDAD
OBLIGATORIEDAD
PREVALENCIA DE DERECHOS
ENFOQUE DIFERENCIAL
EQUIDAD
CALIDAD
EFICIENCIA
PARTICIPACION SOCIAL
PROGRESIVIDAD
LIBRE ESCOGENCIA
SOSTENIBILIDAD
TRANSPARENCIA
DESCENTRALIZACION ADMINISTRATIVA
COMPLEMENTARIEDAD Y CONCURRENCIA
CORRESPONSABILIDAD **(Autociudado**)
IRRENUNCIABILIDAD
INTERSECTORIALIDAD
PREVENCIÓN
CONTINUIDAD
PRINCIPIOS LEY 1751 DE 2015 Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones.
DISPONIBILIDAD
ACEPTABILIDAD
ACCESIBILIDAD
CALIDAD E IDONEIDAD PROFESIONAL
UNIVERSALIDAD
PRO HOMINE
EQUIDAD
CONTINUIDAD
OPORTUNIDAD
PREVALENCIA DE DERECHOS
PROGRESIVIDAD DEL DERECHO
LIBRE ELECCION
SOSTENIBILIDAD
SOLIDARIDAD
EFICIENCIA
INTERCULTURALIDAD
PROPUESTA EN Proyecto Ley
OBLIGATORIEDAD
PARAFISCALIDAD
GRATUIDAD
VINCULO
EFICACIA
INTERSECTORIALIDAD
PARTICIPACION VINCULANTE
ENFOQUE DIFERENCIAL
TRANSPARENCIA

Fuente: Constitución Política de Colombia 1991; Ley 100/93, ley 1438/11; ley 1751/15

Presentación de algunos ejemplos de causación y Efecto – resueltos-

CAUSA	EFECTO
Sulfonamidas	Falla renal – Muerte (1937)
Talidomida	Focomelia (1961)
Corticosteroides	Riesgo de retraso de crecimiento
Concentración Plasmática en receptores	Efecto farmacocinético
VPH	Cancer de Cervix (the causal relation between HPV and cervical cancer. F Bosh; J CLIN PATHOL 2002; 55:244-265)
Cardiovascular (Hipovolemia, desequilibrio electrolítico) 41% Respiratoria: 27% Medicamentos 15 % CVC 3%	**Paro cardíaco en Pediatría** perioperatoria (registro POCA 1998-2004), N: 193. Anesthesia and Analgesia: august 2007, vol 105/2) p 344-350
Algunos fármacos en anestesia (Succinilcolina)	**HIPERTERMIA Maligna (Dandrolene)**
Acceso carnal abusivo menor 14 años (delito, Art 209 del CP; L 599/2000; modificado L 1236 de 2008	Prisión (9) a (13) años CSJ en Casación 50889 de 06/05/2020, **absolvió** por "Error invencible de Prohibición"
Discriminación de género, violencia contra la mujer e intrafamiliar	Ser Resarcida, reparada y compensada por daño y perjuicio por maltrato sicológico.
	Desconocimiento de vivir libre de violencia… SU 080/2020 Corte Constitucional; Convención Belén de Pará Ley 248/95(convencionalización del derecho)

Fuente: Recopilación de hechos y Jurisprudencia por Jesús Chaustre

Algunas situaciones resueltas en la Jurisprudencia España

Sentencia	Causa	Efecto	Tema
STS.3.12.2012 MP. Ricardo Enriquez	Ingresa al Hospital Universitario Gregorio Marañón: dolor costal derecho, Dx TEP.; 4 meses luego Laparotomía; carcinomatosis peritoneal	Fallece	Responsabilidad Administrativa sanitaria, reconoce 126.987 Euros. Pérdida de la oportunidad por Dx tardío. Posibilidad de supervivencia 25%
STS.4.6.2013 MP. Santiago Martínez	Intervención pte 50 años por sarcoma pierna izq, a pesar de tener infección hda se inició quimioterapia, sin la firma consentimiento informado	Fallece por sepsis generalizada	No Infracción a lex artis ad hoc al darse el tto. Por no haberse informado los riesgos Reparación

STS.14.3.2013	No Dx de las malformaciones durante el embarazo	Indemnización por nacimiento indebido	Indebida gestión médica durante el embarazo, se privó a la madre de la decisión de abortar. Reparación del daño moral y económico, 300.506 eu
STS 27.2.2012	Pte de 26 años, sufre trombosis venosa en el brazo izq. Por afectación V. Subclavia, implantándosele un stent, fabricado Boston Scientic. Por desgaste del material sufre Nueva Trombosis, incapacidad permanente	Daños derivados de la rotura del producto en circunstancia no prevista por el fabricante	Responsabilidad civil del fabricante de un stent, por no haber advertido que si seguía con su trabajo superaba la fatiga del material
STS 18.12.2009	Pte ingresa para ser sometido a Herniorrafia umbilical. Difícil Entubación. Traquestomia de urg. Tetraparexia	Daños desproporcionados	"Res ipsa loquatur"

Casos de derecho de daños (2004-2014). Revista para el análisis del derecho. Salvador, P y Ramos, S. www. INDRET.COM

Reparación integral del daño

La cláusula general de responsabilidad extracontractual, contenida en el art 2341 del Código Civil Colombiano, según el cual, no distingue entre daños patrimoniales y daños no patrimoniales, de manera que cualquier categoría nueva de daño puede encontrar acogida dentro del postulado general previsto en la citada norma[15], o en tratándose de la responsabilidad del Estado, en el art 90 de la CP y el 16 de la ley 446 de 1998.

ARTICULO 2341. <RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL>. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

Ley 446 de 1998 (…)

ARTICULO 16. VALORACION DE DAÑOS. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración

[15] Martínez Vargas María José. El daño a la Salud en Jurisprudencia del Consejo de Estado. Antecedentes, origen, evolución y Estado actual. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2018. Pag 35

de daños irrogados a las personas y a las cosas atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales. (subrayado fuera de texto)

La Corte Constitucional se declaró INHIBIDA de fallar sobre el aparte subrayado de este artículo por las razones expuestas, mediante Sentencia C-965-03 de 21 de octubre de 2003, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.

En concordancia con esta posición, en la Sentencia C-916 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), la Corte precisó que el legislador "al definir el alcance de la 'reparación integral' puede determinar cuáles daños deben ser tenidos en cuenta, y en esa medida incluir como parte de la reparación integral los daños materiales directos, el lucro cesante, las oportunidades perdidas, así como los perjuicios morales, tales como el dolor o el miedo sufridos por las víctimas, los perjuicios estéticos o los daños a la reputación de las personas, o también los llamados daños punitivos, dentro de límites razonables.

Conclusiones:

El conocer la causa y sus efectos, en las intervenciones que se hace en el ejercicio de las profesiones de la salud, nos acerca al manejo que de acuerdo con la lex artis, lleva implícito un continuo del hacer con prudencia, de aplicación de los principios que nos rigen, así como la adquisición de las habilidades y destrezas de la profesión, sin sobre pasar los límites de lo permitido por la Ética, nos conducirá a evitar y prevenir los riesgos indebidos, que podría llevar a una situación del campo del perjuicio, que se debe reparar.

DEBERES MÉDICOS
UNA BREVE MIRADA A LA LUZ DE LA BIOÉTICA Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Dra. Johana Giraldo Osorio[1]
Abogada. Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia

Los deberes médicos pueden dividirse en dos amplias categorías, a saber, deberes de humanidad y deberes técnicos-científicos. Los primeros involucran el respeto por los fueros internos de la persona, en razón del reconocimiento de la dignidad humana. Los segundos, hacen alusión al método clínico, al despliegue técnico y a la aplicación del mejor conocimiento científico.

Los deberes del médico están constituidos por principios bioéticos y constitucionales, los cuales se complementan o desarrollan entre sí.

1. DEBERES DE HUMANIDAD

Estos deberes derivan del reconocimiento de la dignidad humana. La dignidad es entendida como un valor inherente a la persona por ser miembro de la especie humana. Exige entender a la persona como sujeto moral; es decir, racional, libre y autoconsciente y que estas cualidades se expresan en el ejercicio de la autonomía. Implica reconocer a la persona como fin en sí misma y no como un medio para el logro de fines. En palabras de Margarita Boladeras "*La dignidad de toda persona procede de su valor intrínseco como tal, como miembro de la humanidad y como ser autónomo y libre que determina sus propios fines y no es intercambiable por ninguno de sus semejantes*" (2007, p. 108).

---

[1] *Enfermera Universidad de Caldas, 2008.*
Abogada Universidad de Antioquia, 2018.
Aspirante a Magister en Derecho Médico, Universidad Externado de Colombia, 2019-2020.
Miembro Fundador del Colegio de Abogados en Derecho Médico.

> Los deberes de humanidad del médico surgen, entonces, del respeto que éste le debe al paciente en tanto que persona que sufre y que confía en el tratante. Puede decirse, en general, que son todos aquellos comportamientos sin los cuales la dignidad de la persona o el señorío que ésta tiene sobre su propio cuerpo resultan vulnerados (Navia, 2006, p. 157).

Los deberes de humanidad del médico, provienen del reconocimiento universal de derechos de humanidad. "*Si bien, es en la Ilustración cuando se reconocen los derechos de humanidad, desde el Renacimiento se insiste continuamente en la dignidad del hombre"(*Arellano, 2005, p 9). Este reconocimiento encuentra antecedentes de naturaleza jurídica en el Virginia Bill of Rights (1776), en Estados Unidos de Norteamérica, en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de la Asamblea Nacional Francesa (1789) y, se concreta, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). "*Los derechos de la humanidad, son un conjunto de derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana*" (Arellano 2005). Estos derechos originan de manera correlativa, la existencia de deberes de humanidad que son exigidos a todos los individuos en especial a "*toda persona que, a causa de su profesión, pueda afectar a la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales de otras personas*", tal como lo establece el artículo 11 de la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos [2].

Los Estados constitucionales contemporáneos poseen una dimensión ético- sustantiva formada por un conjunto de valores, principios y derechos. Esta dimensión irradia el orden jurídico, en un proceso de constitucionalización (Luque, 2014, p.p. 19 - 20). El reconocimiento de la dignidad humana es un principio afín a estos estados. En Colombia la dignidad humana es instituida por la Constitución de 1991 como un principio rector del ordenamiento jurídico. Es sobre este principio que se funda el reconocimiento de las libertades y el amplio abanico de derechos fundamentales. De este modo, a la luz del Estado constitucional vigente, los citados derechos encuentran fundamento en la garantía de la dignidad humana, tienen

[2] *El Art. 11 de la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos. Asamblea General de la ONU 1999.*

como correlativo los deberes de humanidad, los cuales se imponen particularmente en el ejercicio de la medicina, por la naturaleza de esta profesión.

Desde la bioética los deberes de humanidad están contenidos en los principios básicos que rigen la medicina, a saber, autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia. En otras palabras, la institución de estos principios como rectores del ejercicio de la medicina, tiene fundamento en el reconocimiento de la persona, en particular del paciente, como un ser dotado de dignidad.

En la ley 23 de 1981 estos deberes están contenidos, principalmente, en la declaración de principios de la profesión médica, proferida en el artículo 1. A saber:

N. 1: "El respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual (…) el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes".
N. 2 "El médico se ajustará 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".
N.10 "Los principios éticos que rigen la conducta profesional de los médicos, no se diferencian sustancialmente de los que regulan la de otros miembros de la sociedad. Se distinguen si por las implicaciones humanísticas anteriormente indicadas.

Esta declaración de principios tiene fuerza vinculante por sí misma y se concreta en varios deberes explícitamente consagrados en la ley de ética, pero no se agota en ellos. Tiene por objeto el respeto de la dignidad humana y sus diferentes expresiones en forma de derechos fundamentales, consagrados en la Constitución, como, por ejemplo: el derecho fundamental a la intimidad y buen nombre (art. 15), que tiene como correlativo el deber de guardar el secreto profesional (art. 37, Ley 23/81); el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (art. 16), tiene por correlativo el deber de informar y obtener consentimiento (art. 15, Ley 23/81); el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación (art. 13) que establece al médico el deber de hacer caso omiso de las diferencias políticas, de credo, raza, etc. (art. 2, Ley 23/81); derecho a la integridad física, psíquica y moral, no sometimiento a tratos crueles (art. 12) que podría corresponderse con el deber de no proporcionar tratamientos innecesarios o injustificados (art. 10, parágrafo).

1. **Deber de informar (art. 15)[3]:**

Es un deber que se fundamenta en el reconocimiento de la autonomía, principio bioético y constitucional. La autonomía es una característica propia del sujeto moral, entendido como ser racional. Es la capacidad que tiene cada persona para autodeterminarse, elegir un proyecto de vida y de muerte, acorde con su escala de valores, creencias y preferencias. Implica que, en los aspectos más íntimos de la propia existencia, como por ejemplo la salud, la enfermedad y la muerte, la persona y nadie por ella puede decidir cómo afrontarlos. Funge como razón de segundo nivel que le permite al individuo hacer el balance de sus intereses en juego y con base en ello tomar decisiones. Cualquier intervención en el cuerpo, es una trasgresión a la integridad física; sin embargo, dicha transgresión encuentra justificación en el logro de un beneficio mayor al posible perjuicio. La calificación de la intensidad del beneficio corresponde al paciente. El menoscabo de la autonomía implica un detrimento a la dignidad.

El reconocimiento de la autonomía fundamenta el cambio de modelo en el ejercicio de la medicina, desde una escuela paternalista hacia la dialógica o autonomista. Su auge se da luego de la segunda guerra mundial y los agravios que en esta época se dieron a la dignidad humana en la investigación científica. En 1947 se publicó el Código Médico de Nüremberg, que recoge principios para la experimentación con seres humanos. Es fruto de los juicios de Núremberg en los que hubo condenas a médicos por graves violaciones a la dignidad de la persona durante el régimen nazi. Este Código se considera el primer antecedente en el reconocimiento del consentimiento informado como una expresión de la autonomía del paciente. Hay otros antecedentes internacionales como la Declaración de Helsinki de 1964; la Declaración de Derechos del Paciente de la Asociación Americana de Hospitales (1973), promulgada luego de conocerse los atropellos en el Caso Tuskegee 1972 (investigación sobre sífilis en la cual se privó de penicilina a los sujetos investigados); Declaración de Lisboa sobre los Derechos de los Pacientes, entre otros.

[3] ***Art. 15.*** *El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.*

El modelo autonomista, reconoce en el médico al sujeto dotado de conocimiento, ciencia y experticia. La relación es desigual, el privilegio terapéutico corresponde al médico, quien domina el conocimiento y el lenguaje técnico. Él es quien sabe y conoce de la condición patológica, las posibilidades terapéuticas, las alternativas, los riesgos y beneficios de las intervenciones, pero, es el paciente quien califica el valor en -términos cualitativos- de las mismas. En este modelo el papel del médico consiste en llenar al paciente de información amplia, veraz y suficiente, toda la que éste necesite para ponderar las opciones, acorde a su escala de valores, preferencias y creencias y, de conformidad con ello, elegir la opción que para él comporte mayores beneficios. La valoración del beneficio corresponde exclusivamente al paciente, es un ejercicio de su autonomía.

En el proceso de toma de decisiones sobre intervenciones médicas siempre habrá por lo menos dos principios en tensión: el principio de beneficencia y el de autonomía. El de beneficencia se entiende como la búsqueda del máximo beneficio posible, íntimamente ligado al concepto de indicación terapéutica. Por su parte, el principio de autonomía se entiende como la libertad para ponderar intereses en juego, dar valor a cado uno de ellos, de acuerdo con la escala de valores preferencias y creencias. Lo anterior, de conformidad con el propio concepto de dignidad humana, pues "*cada persona, según su trayectoria vital, su subjetividad y su comprensión del mundo y de la espiritualidad, desarrolla su propio sentido de dignidad personal*" (Boladeras, 2007, p. 114). Con fundamento en esto, el individuo tiene la libertad exclusiva para tomar las decisiones que son concernientes a su esfera íntima, a su fuero personal.

Ante ausencia de autonomía y en escenarios de urgencia, en los que el paciente esté inconsciente, sea menor de edad o incapaz, adopta mayor peso el principio de beneficencia. En casos de posibilidad del ejercicio de la autonomía, así sea mediante el consentimiento sustituto, este principio suele adoptar mayor peso, en el proceso de ponderación, pues lo contrario implicaría una trasgresión a la dignidad. Es así como en estos contextos son fundamentales dos elementos: 1) la calidad de la información y 2) la capacidad legal y la competencia, en términos médico, médica de cada paciente para la toma de decisiones.

> En realidad, lo que se busca es que el paciente pueda inclinarse, libremente y con plena conciencia de lo que hace, por la opción

> que quiera, para lo cual es obvio que debe comprender lo que el médico le está diciendo. Y en segundo lugar, que no se trata de dar al paciente una información exhaustiva que incluya, además de los riesgos normalmente previsibles, los cuales, por supuesto, deben ser explicados al paciente en forma completa, esto es, indicándole las posibles consecuencias del acto médico, así como de los incidentes que pueden presentarse durante la intervención y después de ella, los riesgos extraordinarios e imprevisibles, salvo en algunos casos especiales, como, por ejemplo, el de la cirugía estética y los procedimientos experimentales (Navia, 2006, p.160)

El ejercicio de la autonomía es el fundamento del deber de informar y obtener consentimiento para la práctica de intervenciones, pero en el ámbito de la relación médico paciente este ejercicio de la autonomía no se agota solo en la posibilidad de recibir información, también implica la posibilidad de renunciar a ella. En este sentido, Mendoza y Hernández (2015, p. 158), afirman que el médico debe partir del supuesto de la ignorancia del paciente en la materia. Además, debe ponderar un conjunto de factores como: el grado de invasividad del tratamiento, la urgencia del mismo, los riesgos derivados de su demora, su estado de aceptación y evidencia clínica, su nivel de dificultad, las probabilidades de éxito, la afectación de derechos e intereses personales del sujeto al efectuarse el tratamiento, la afectación de derechos de terceros de no realizarse la intervención, la capacidad de comprensión del sujeto acerca de los efectos directos y colaterales del tratamiento sobre su persona, la existencia de alternativas terapéuticas y la posible renuncia del paciente a recibir información

Supuestos de infracción del deber:

- Información deficiente para la toma de decisiones sobre intervenciones (tratamiento, examen diagnostico acto quirúrgico). No fue veraz, clara y suficiente, en relación con beneficios, alternativas terapéuticas y riesgos.
- No se informó sobre beneficios, alternativas terapéuticas y riesgos.
- No se consignó información en historia clínica.
- Se informó contra la voluntad y solicitud del paciente.

2. **Dispensar los beneficios de la medicina (art 3)[4]. - No exigir exámenes ni someter a tratamientos que no se justifiquen (parágrafo, art. 10)[5].**

Estos deberes tienen implicaciones técnico-científicas y humanísticas. En este apartado serán abordados desde su carácter humanístico. Desde esta óptica, estos deberes reposan sobre la base de no ofrecer tratamientos que no reporten algún grado de utilidad o beneficio para el paciente. Es una proscripción de la futilidad-encarnizamiento terapéutico. Giran en torno a la concreción de los principios de beneficencia, no maleficencia y justicia. El tratamiento médico se funda en criterios de indicación-utilidad (beneficio) – no indicación – no útil (justicia) - contraindicación (no maleficencia[6]). Desde una visión humanística, esos deberes buscan evitar el sufrimiento físico y moral; mientras que, desde una mirada técnico científica, propenden por mejorar la salud y evitar la enfermedad con apego a las recomendaciones de la ciencia.

Supuestos de infracción al deber:

- Encarnizamiento terapéutico – futilidad.
- Negación de cuidado paliativo o alivio del dolor.

3. **Mantener el secreto profesional (arts. 1. Nº 4 y 37)[7]:**

Este deber tiene por objeto la salvaguarda de los derechos fundamentales al buen nombre y la intimidad. El secreto profesional se levanta con

[4] ***Art. 3.*** *El médico dispensará los beneficios de la medicina a toda persona que los necesite, sin más limitaciones que las expresamente señaladas en esta Ley.*

[5] ***Art. 10. Parágrafo.*** *El médico no exigirá al paciente exámenes innecesarios, ni lo someterá a tratamientos médicos o quirúrgicos que no se justifiquen.*

[6] *Diego Gracia (1998), reconocido bioeticísta del mundo iberoamericano, en su libro Ética de los Confines de la Vida, define los principios de maleficencia, no maleficencia, autonomía y justicia como rectores del ejercicio de la medicina y los relaciona con los conceptos de indicación, contraindicación y utilidad terapéutica.*

[7] ***Art 1, Nº 4****. La relación médico-paciente es elemento primordial en la práctica médica. Para que dicha relación tenga pleno éxito debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico, el cual impone la más estricta reserva profesional.*
Art. 37. *Entiéndese por secreto profesional médico aquello que no es ético o lícito revelar sin justa causa. El médico está obligado a guardar el secreto profesional en todo aquello que por razón del ejercicio de su profesión haya visto, oído o comprendido, salvo en los casos contemplados por disposiciones legales.*

el paciente o su representante legal, demás personas a quien el paciente autorice y en los casos autorizados por la ley[8].

> El secreto profesional es uno de los principios básicos de la relación médico paciente cuya finalidad es proteger la intimidad, es uno de los valores fundamentales que se ubica dentro de los derechos de la personalidad. Si bien tiene su origen en la ética médica se convierte en una institución jurídica.
>
> Este derecho se caracteriza por ser un atributo del propio sujeto titular del derecho, una cualidad que toda persona física posee y puede alcanzar magnitudes ilimitadas (…) (Arellano, 2005, p. 12)

Supuestos de transgresión del deber:

- Comentar caso clínico con personas que no están encargadas del cuidado de la salud del paciente (médico no tratante o no interconsultante).
- Denunciar delitos consumados como, por ejemplo, el aborto[9].
- Circular historia clínica con propósitos personales sin autorización de paciente.

4. **Deber de trato responsable, auténtico y leal (art. 1)[10]:**

---

[8] ***Art. 18.*** *Si la situación del enfermo es grave el médico tiene la obligación de comunicarle a sus familiares o allegados y al paciente en los casos en que ello contribuye a la solución de sus problemas espirituales o materiales.*
Art. 38. *Teniendo en cuenta los consejos que dicte la prudencia, la revelación del secreto profesional se podrá hacer:*
a) Al enfermo, en aquello que estrictamente le concierne o 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 pongan en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia.

[9] *El deber legal de denunciar delitos cede ante el deber de guardar el secreto profesional de quiénes son sus destinatarios: el médico, el abogado, el contador, entre otros. Este deber declina cando se trata de evitar la consumación de un delito o para evitar daños mayores a terceros. No obstante, si el delito ya ha sido consumado el objeto de la trasgresión del deber desaparece, por lo que no estaría justificado su quebranto.*

[10] *Art. 1. Nº 1. (...) el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes.*

Se fundamenta en el reconocimiento de la dignidad humana. Implica el trato respetuoso, empático y considerado.

Supuestos de transgresión del deber:

- Comentarios peyorativos.
- Malos tratos físicos.
- Abuso, acoso o violencia sexual.

5. Respetar los derechos de los pacientes (Ley Estatutaria de la Salud)[11]

En varios de los derechos consagrados en el artículo 10 de la ley estatutaria de la salud, se reafirman los deberes de humanidad previamente definidos en la Ley 23 de 1981. A Saber:

d) A obtener información clara, apropiada y suficiente por parte del profesional de la salud tratante

f) A recibir un trato digno, respetando sus creencias y costumbres, así como las opiniones personales que tengan sobre los procedimientos.

g) A que la historia clínica sea tratada de manera confidencial y reservada.

k) A la intimidad.

o) A no ser sometidos en ningún caso a tratos crueles o inhumanos que afecten su dignidad, ni a ser obligados a soportar sufrimiento evitable, ni \. ., obligados a padecer enfermedades que pueden recibir tratamiento.

q) Agotar las posibilidades de tratamiento para la superación de su enfermedad.

2. DEBERES TÉCNICO CIENTÍFICOS

Los deberes técnico-científicos son aquellos adscritos a las normas del buen hacer, a la recomendaciones científicas, según el estado del arte del momento particular. Están permeados por las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

[11] Idem

1. No elevar los riesgos de manera injustificada (art. 15)[12]:

Para entender este deber, hay que empezar por decir que el ejercicio de la medicina comporta un obligación de medios. Esto quiere decir que, durante su práctica el médico o profesional de la salud, se compromete a poner toda su diligencia, experticia, conocimiento y cuidado en la atención del paciente, no se obliga a obtener un resultado concreto, sino a hacer todo lo mejor posible por lograr el mejor resultado. En palabras de Arellano (2005, p.11)

> El profesional de la salud está obligado a hacer, pero no necesariamente, a conseguir. Su cometido consiste en poner en el caso concreto, bajo los criterios de la lex artis ad hoc, cuantos medios estén a su alcance en ese momento y lugar conforme al estado de la ciencia.

La obligación de medios se fundamenta en la observancia del deber objetivo de cuidado. Este deber está contenido en los estándares de comportamiento trazados por la propia medicina, durante su desarrollo histórico, a partir de su evolución científica. Provienen del estado del arte de la ciencia, de la lex artis. Por ello se afirma que la medicina se autorregula, ya que establece sus propias normas de conducta, con fundamento en las reglas que surgen del método científico que esta ciencia emplea, el cual es, fundamentalmente, la evidencia.

El ejercicio de la medicina conlleva riesgos que le son inherentes, pero no se trata de una actividad riesgosa desde la definición jurídica de este término. En la doctrina y la jurisprudencia se ha entendido la actividad riesgosa o peligrosa como aquella en la cual un agente crea un riesgo para beneficio propio; por lo cual, cuando el riesgo se concreta, el agente debe responder por los perjuicios derivados de la materialización del mismo. En medicina el riesgo proviene de la condición clínica[13], el riesgo mismo que crea el ejercicio de la ciencia y de la condición humana; el beneficio lo recibe el paciente. Los honorarios que recibe el médico son la contraprestación propia de una actividad laboral, por lo que estos no pueden entenderse como el beneficio que busca la práctica de la medicina. Por esto, no es posible decir que la medicina es una actividad jurídicamente peligrosa.

[12] *Ar. 15. El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados.*

[13] *Condición clínica entendida como una condición, estado patológico, enfermedad o lesión (embarazo, politrauma, apendicitis, amputación, etc)*

> En la protección de la salud, el profesional de la medicina se enfrenta, también, a las limitaciones impuestas por la naturaleza humana, la naturaleza de la enfermedad, el estado de la ciencia y los recursos disponibles; luego entonces, tampoco es un derecho absoluto y no pueden ser garantizados resultados.
>
> Al respeto el maestro Moctezuma Barragán subrayó: "aún cuando se conozcan las causas de las enfermedades, siempre existirá el factor de reacción individual de cada enfermo, infinitamente invariable e imposible de ajustar a normas homogéneas de atención (Arellano, 2006, p.11)

Por ello, la medicina no es una ciencia de la certeza, sino de la probabilidad. Los estándares de cuidado contenidos en la lex artis son recomendaciones de acción u omisión que, en un mayor grado de probabilidad, pretenden disminuir el riesgo inmerso en el ejercicio de la medicina o delimitarlo dentro de un margen permitido (de aquí surge el carácter de previsibilidad del riesgo). El riesgo que está implícito en el ejercicio de la medicina deriva del proceso salud enfermedad y de la incertidumbre que acompaña a la condición humana. Los estándares de comportamiento, las reglas del buen actuar profesional contenidos en literatura, guías de atención práctica, protocolos, etc, en otras palabras, en la lex artis, buscan concretar los riesgos y beneficios de las conductas médicas -activas u omisivas-, en grados de probabilidad de ocurrencia, para establecer la mejor recomendación clínica. Esta es aquella con la cual el beneficio esperado supera el perjuicio probable (aunque en su desarrollo se concreten diversos riesgos). A lo anterior se denomina riesgo permitido.

El riesgo permitido es el que se concreta aún con una actividad lícita del médico, o sea, el que se presenta a pesar del apego a la lex artis. Aquel cuya materialización no es resistible con una adecuada práctica profesional. Es decir, que no deriva de negligencia, imprudencia o inobservancia de las normas de cuidado. Por el contrario, cuando hay inobservancia de estas reglas (protocolos, guías, lex artis en general), bien sea por conductas activas u omisivas, se incrementa la probabilidad de materialización de los riesgos previstos.

Las reglas que impone la lex artis a los profesionales médicos son nor-

mas de conducta imperativas[14] que pueden ser de hacer o no hacer. Es decir, pueden fijar deberes en términos de obligación: hacer. En lenguaje médico, estos deberes de hacer se denominan indicación o utilidad terapéutica (beneficencia). También pueden fijar deberes en términos de prohibición: no hacer. En lenguaje médico, estos deberes de NO hacer se denominan contra-indicación (no maleficencia) o no utilidad (justicia) terapéutica. Estas recomendaciones de hacer o no hacer buscan llevar el riesgo por su mínima probabilidad de ocurrencia. Cuando se inobserva la norma, porque no se debía hacer y se hizo o porque se debía hacer y no se hizo, el porcentaje de probabilidad de ocurrencia del riesgo deja de desarrollarse dentro de mínimos permitidos y se incrementa. Con este hecho se da un riesgo jurídicamente desaprobado: un sometimiento a riesgo injustificado.

INOBSERVANCIA DE LOS DEBERES PROFESIONALES [15]

ESCENARIO CLÍNICO	***RECOMENACIÓN - DEBER***		***CONDUCTA***	
INJURIA RENAL	1) No nefrotóxico	Deber de no hacer	Se odena TAC contrastado no indispensable	Acción elevó el riesgo previsto
	2) Hidratación LEV – Dopamina a dosis renal	Deber de hacer	-	Omisión que elevó el riesgo previsto
FIBRILACIÓN AURICULAR	1) No arritmogénico	Deber de no hacer	Se inicia arritmogénico	Acción elevó el riesgo previsto
	2) Ecocardio previo a cardioversión electrica	Deber de hacer	-	Omisión que elevó el riesgo previsto
CCV	No administrar antiagregantes plaquetarios	Deber de no hacer	Se ordena ASA	Acción elevó el riesgo previsto
DOLOR TORACICO	Descartar SCA ECG - Biomarcadores	Deber de hacer	-	Omisión que elevó el riesgo previsto
ABUSO SEXUAL	Activar Código Fuscia	Deber de hacer		Omisión que elevó el riesgo previsto
PROCEDIMIENTO QUIRÚRGICO	Mujer en edad fértil: descartar embarazo	Deber de hacer	-	Omisión que elevó el riesgo previsto

[14] *Ricardo Guastini (2016), teórico y filósofo del derecho, describe las normas de conducta en 2 grandes categorías: 1) Normas permisivas (facultades) y 2) normas imperativas-deberes (prohibiciones y obligaciones)*

[15] *En los siguientes ejemplos, los supuestos de la lex artis son ilustrativos. Esto quiere decir que, la lex artis puede tener muchos matices o decir algo contrario. Para efectos del ejemplo se sostendrá que eso es lo que afirma la lex arti, aunque no sea así necesariamente.*

Supuestos de infracción del deber:

- No ordenar ECK, ni biomarcadores a paciente con dolor torácico y diagnosticar gastritis (lex artis-guía de manejo de dolor torácico: indica descartar SCA como primer paso***). Error diagnóstico.***
- Realizar procedimiento médico, v.gr, traqueostomía por un solo profesional (lex artis recomienda que sean dos profesionales para este procedimiento). ***Error de procedimiento.***
- Profesor que deja solo a residente (lex artis: convenio docente – asistencial) indica que el residente siempre debe estar acompañado por maestro.
- No administrara antibiótico profiláctico cuando está recomendado (lex artis: guía de manejo recomienda profilaxis 24 horas antes y 48 horas después). ***Error de tratamiento.***
- No ordenar control de TP-INR a paciente anti coagulado con Warfarina (lex Artis: protocolo indica control inicial interdiario y luego semanal). ***Error de tratamiento.***
- Generar prescripción de medicamento en mililitros cuando se debe hacer en gramos (lex artis: guía farmacológica, vademécum indica que se administran 100 mg y se ordenan 100 ml que equivalen 2000 mg). ***Error de tratamiento.***
- Paciente llevado a cirugía no urgente sin suspender ASA (Lex Artis indica que asa debe suspenderse por lo menos 5 días antes de una intervención quirúrgica).
- Se ordena angiografía de retina de ojo derecho cuando la afección era izquierda (Lex artis: guía para manejo de degeneración de retina refiere necesidad de angiografía de retina para definir manejo quirúrgico). ***Error de prescripción o tratamiento.***

2. Dedicar el tiempo necesario en la valoración del paciente para ordenar tratamientos o exámenes pertinentes (art. 10)[16]:

Este deber no se cuantifica en términos cronológicos, la dedicación del tiempo necesario se mide en relación con la idoneidad de la evaluación y

[16] *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.*
Parágrafo. *El médico no exigirá al paciente exámenes innecesarios, ni lo someterá a tratamientos médicos o quirúrgicos que no se justifiquen.*

la pertinencia de exámenes y procedimientos indicados. Es el escenario en el cual el sometimiento a riesgo injustificado deriva de un inadecuado proceso de valoración y evaluación o ausencia del mismo.

Supuestos de infracción del deber:

1. Examen físico incompleto.
2. No valoración pre-quirúrgica.
3. No control post operatorio.

3. Dispensar los beneficios de la medicina (art. 3)[17]:

Este deber tiene implicaciones humanísticas y técnico- científicas, como ya se advirtió. Desde una mirada técnico científica el propósito es mejorar la salud y evitar la enfermedad a partir de las mejores recomendaciones de la ciencia. La infracción de este deber hace alusión al escenario en el cual el sometimiento a riesgo injustificado deriva de no poner al alcance del paciente las posibilidades técnicas o científicas con las que se cuenta, según el estado del arte de la ciencia médica y las condiciones de tiempo, modo y lugar.

Supuestos de infracción del deber:

- No solicitar interconsulta por especialista (bien sea ambulatoria, hospitalaria o por remisión).
- No activar un protocolo de atención (código fucsia).

4. Servir como auxiliar de la justicia (art 1, Nº 6)[18]:

Este deber que señala que los médicos son auxiliares de la justicia contiene, por lo menos, dos escenarios: 1) rendir experticia en procesos judiciales y 2) realizar dictámenes médico legales o autopsias.

---

[17] *El médico dispensará los beneficios de la medicina a toda persona que los necesite, sin más limitaciones que las expresamente señaladas en esta Ley.*

[18] *El médico es auxiliar de la justicia en los casos que señala la ley, ora como funcionario público, ora como perito expresamente designado para ello. En una u otra condición, el médico cumplirá su deber teniendo en cuenta las altas miras de su profesión, la importancia de la tarea que la sociedad le encomienda como experto y la búsqueda de la verdad y solo la verdad.*

El papel del médico como perito implica que, como experto en la ciencia médica, sea consultado para aclarar cuestiones técnico científicas propias de su arte, con el fin de dirimir un conflicto. Este concepto debe ser sustentado y acreditado, lo que exige, por ejemplo el deber de asistir a las audiencias a las que sea convocado. "*El dictamen pericial es un medio probatorio que busca verificar los hechos, basado en planteamientos científicos, por lo tanto, se considera una declaración de ciencia, sin sesgar sus análisis científicos para buscar efectos jurídicos en el proceso."* (Rojas, C y Hernández, J, 2017)

Supuestos de infracción del deber:

- Inasistir sin justa causa a audiencia convocado como perito.
- No realizar dictamen médico legal de conformidad con protocolos de medicina legal.

Referencias

Arellano, M.E (2005) . Los derechos de humanidad y el profesional de la salud. Revista CONAMED, Vol. 10, Núm. 2, abril - junio, 2005.

Boladeras, M (2007). Vida, vida humana, vida digna. Anales de metafísica. Vol. 40. 91-116. Recuperado de: http://www.bioeticanet.info/boladeras/VidaVHVDLogos.pdf

Gracia, D (1998). Historia de la Eutanasia. En Ética de los Confines de la Vida. Editorial el Búho. Bogotá, Colombia.

Guastini, R (2016). La Sintaxis del Derecho. Filosofía y Derecho. Marcial Pons.

Mendoza y Hernández (2015). El consentimiento informado en Colombia. Un análisis comparativo del proyecto de ley 24 de 2015 con el código vigente y otros códigos de ética. Revista CES Derecho, 8(1), 156-171. Disponible en: http://www.scielo.org.co/pdf/cesd/v8n1/v8n1a09.pdf

Navia, F (2006). EL Consentimiento informado y responsabilidad civil médica. Revista de Derecho Privado, Nº 11. Universidad Externado de Colombia.

Rojas, C.P y Hernández, J.P (2017). Responsabilidad Civil del Perito Médico. Monografía como trabajo de grado para optar el título de Valorador del Daño Corporal. Universidad CES. Disponible en: https://repository.ces.edu.co/bitstream/10946/3560/1/Responsabilidad%20Civil%20Perito%20M%C3%A9dico.pdf

Corte Constitucional, C. (1994). C 221/94. En D-429, MP, Carlos Gaviria Díaz. Bogotá.

Corte Constitucional, C. (1997). C 239/97. MP, Carlos Gaviria Díaz. Bogotá.

Ley 23 de 1981. Código de Ética Médica.

Constitución Política de Colombia de 1991

Ley 1751 de 2015. Ley Estatutaria de la Salud.

Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Organización de las Naciones Unidas (1948). Disponible en: https://www.ohchr.org/sp/udhr/pages/udhrindex.aspx.

Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos. Organización de las Naciones Unidas (1999). Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Defenders/Declaration/declaration_sp.pdf

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Disponible en: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

FACTORES RELEVANTES PARA LA GRADUACIÓN DEL DEBER DE CUIDADO EN EL CASO CONCRETO

Juan Felipe Álvarez Arboleda[1]
Abogado Asesor. Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia

Introducción

Antes de abordar el punto central de esta charla, considero importante contextualizar un poco el marco en el cual se sitúan los factores para la graduación del deber de cuidado.

Como sabemos, indudablemente las relaciones entre médico y paciente se establecen en torno a un riesgo, normalmente ese riesgo es representado por una enfermedad que afecta la salud del paciente.

Pero también existen relaciones médico paciente que tienen origen en un daño (lesión) causada por un tercero –incluso a veces por el mismo paciente- que implica un riesgo para la integridad del mismo, y que de no ser intervenido por un médico se traducirá en una lesión mayor para la vida o integridad.

Finalmente existen riesgos para un paciente que no tienen origen en una enfermedad o en un daño causado por un tercero sino que tienen origen en el comportamiento mismo del médico que tiene al paciente bajo su cuidado. Es decir, el profesional de la salud crea el riesgo para la vida del paciente.

[1] Abogado asesor del Tribunal de Ética Médica de Antioquia. Magíster en Investigación en Derecho. Profesor de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

De cara a la responsabilidad médica, en las dos primeras hipótesis de casos estamos en presencia de una relación de riesgo preexistente, que de no ser intervenida por el médico amenaza con lesionar la vida o la integridad del paciente. En esta clase de casos surge inicialmente un deber de actuación, le exigimos al profesional de la salud que despliegue las acciones necesarias para neutralizar el daño o la lesión, o por lo menos que lo intente.

En la última hipótesis estamos en presencia de una acción del médico que crea un riesgo injustificado en palabras de nuestra Ley de Ética Médica, el cual no existía inicialmente. Aquí nos situamos en presencia de una acción descuidada por parte del galeno.

Cada una de estas formas de presentación del riesgo en la actividad médica tiene sus características particulares.

En los dos supuestos iniciales encontramos un primer deber del profesional de la medicina que es la identificación del riesgo o diagnóstico, en este escenario existe un deber de actuación y una primer fuente de responsabilidad que es el error diagnóstico.

El error diagnóstico como ustedes saben puede tener origen en diferentes momentos, puede tener origen en la anamnesis, al omitir preguntas claves para el diagnóstico como por ejemplo, las enfermedades sufridas, las alergias del paciente, los medicamentos que esté consumiendo, las cirugías previas, o incluso los antecedentes familiares.

Puede tener origen también en el examen físico, al médico omitir la evaluación de zonas del cuerpo u órganos que son de vital importancia para el diagnóstico.

Finalmente el error puede presentarse también cuando, a pesar de haber realizado un interrogatorio adecuado y una correcta evaluación física, no se acierta en la enfermedad real. Misma situación puede tener lugar cuando hay equívoco en la lectura de una ayuda diagnóstica, por ejemplo en una radiografía que muestra una fractura y el médico determina que no existe.

El no acertar en el diagnóstico del paciente puede tener consecuencias serias para la vida o la integridad del mismo, entre ellas podemos pensar:

i) La imposibilidad de tratar la enfermedad o la herida sufrida, la cual terminará plasmándose en uno de los posibles resultados lesivos que tal vez podían evitarse.
ii) La adopción de medidas que pueden aminorar el resultado lesivo aun si no lo evitan por completo.

Ahora bien, un diagnóstico acertado o correcto es solo la primera de las etapas de cuidado que se presentan en la relación médico paciente. Es necesario además vincular el diagnóstico con el tratamiento necesario para el mismo, lugar en el que, de nuevo, se pueden presentar diversas complicaciones.

Es posible que se adopte un tratamiento que no sea el acertado frente al diagnóstico dado. En este escenario el médico si bien ha identificado adecuadamente el riesgo, es decir la enfermedad que sufre el paciente, ha adoptado una medida que no es adecuada para la neutralización del mismo. En este caso, el riesgo preexistente se plasmará en el resultado.

Finalmente es posible, aunque ello no sea lo usual, que el médico cree un riesgo nuevo, que no ha debido tener lugar. Ello pasa, por ejemplo, cuando se interviene la rodilla derecha y la que era necesario intervenir era la izquierda, lo que pareciera un caso insólito mas desafortunadamente se presenta en la práctica.

Para juzgar estos casos es clave entonces establecer si el comportamiento del medico está justificado o no. O mejor aún, si estamos en presencia de un riesgo permitido. Por el concepto de riesgo permitido, simplificando al máximo, nos referimos a la creación de riesgos para la vida o salud de una persona de forma autorizada por i) el ordenamiento jurídico y/o ii) por la persona afectada.

Toda actividad médica supone un riesgo, el cual debe ser previsto por el profesional de la salud en la medida de lo posible, este riesgo, desde luego, tiende a ser aminorado a partir del cumplimiento de criterios de precaución, sin embargo, muchas veces se genera un resultado lesivo.

Como ya se ha explicado a lo largo de los encuentros de Tribunales, en el campo de la responsabilidad ética ni todo resultado lesivo supone una infracción disciplinaria ni la ausencia del mismo supone que el comportamiento

del médico se ha desarrollado de conformidad con el ordenamiento jurídico. Lo importante es determinar si el actuar del profesional de la salud se enmarca dentro de las exigencias del derecho, de los contrario lo calificamos como imprudente.

En particular, el actuar imprudente es un asunto común a los diversos ámbitos de responsabilidad del médico, esto es, al ámbito disciplinario, penal e incluso civil – aunque allí se prefiera el término culpa-. Y la forma de establecer si un médico se ha comportado o no de manera culposa o imprudente puede resumirse de la siguiente manera:

- Lo primero que se debe determinar es si el médico desarrolló una acción creadora de riesgos para la vida o integridad de un paciente, y además debemos verificar que esos riesgos que el médico ha desplegado le son conocidos y previsibles.

- En segundo lugar, evaluamos dicha acción riesgosa y la comparamos con un modelo ideal de acción, es decir que nos preguntamos como sería la forma cuidadosa de realizar determinado acto médico. Si concluimos que la acción del médico se ajusta a esta acción ideal entonces afirmamos que su comportamiento ha sido cuidadoso. Por el contrario, si la acción del médico se separa de este modelo ideal entonces afirmamos que su comportamiento es imprudente o, en otras palabras, que no guarda el cuidado debido.

En ese sentido, para determinar la cualidad de un riesgo como permitido o no permitido, se atiende en general a una multitud de parámetros como Tratados Internacionales, la Constitución, la Ley, los reglamentos y lo que se conoce como *lex artis*.

En el ámbito de la medicina, si bien tienen injerencia todos estos elementos que he mencionado, nuestro principal baremo o herramienta de determinación sobre la permisión de un riesgo es la *lex artis*. Y al interior de ésta hacemos uso de diversos criterios, tradicionalmente acudimos a las guías de manejo o a los protocolos médicos, a la bibliografía científica, y extraemos de ahí los parámetros de cuidado que el médico debe cumplir.

Este ejercicio es, en principio, adecuado, y en algunos casos, suficiente. Sin embargo, en un escenario como el que afrontan los Tribunales de Ética

Médica, donde se evalúan comportamientos de médicos que apenas están iniciando su práctica profesional, los de médicos que se encuentran en hospitales de primer nivel en los que los recursos con los que se cuenta son mínimos, es necesario, además de identificar cuál es el comportamiento cuidadoso, ajustar las exigencias que podemos hacerle al médico investigado según las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que se encuentra, sus capacidades personales y los recursos que tiene a su disposición.

Lo que se quiere resaltar es que el cuidado debido es un asunto que varía de un caso a otro, está atado a las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que el acto médico tiene lugar, y además tiene un carácter dinámico, por lo que el cambio repentino en las condiciones de hecho obliga a adecuar las medidas de cuidado necesarias para la neutralización o disminución de los riesgos para la vida o salud del paciente. (Cadavid, 2013)

Ese carácter mensurable y variable del cuidado es lo que permite entender que hay acciones que son cuidadosas cuando se llevan a cabo en hospitales de primer nivel, como por ejemplo la atención de un parto por el médico general, pero que dejan de serlo cuando se está en un hospital de tercer o cuarto nivel en los que se cuenta con gineco-obstetras y por lo tanto es una acción más cuidadosa permitir que sea el especialista quien afronte el nacimiento.

A continuación expongo algunos criterios que nos permiten medir el grado de cuidado a exigir en el caso concreto, estos son adoptados de la tesis doctoral del profesor Alfonso Cadavid (2013), con algunos comentarios personales.

i) Entidad del bien jurídico en riesgo – vida, integridad, salud-.

Al momento de graduar el deber de cuidado en la situación concreta debemos preguntarnos por cuál es el bien jurídico que se pone en riesgo con la misma. En el caso del ejercicio de la medicina son principalmente la vida, la integridad física y la salud los que se someten a riesgos.

Esto en la medida en que si la Ley de Ética Médica exige mantener el cuidado necesario para evitar someter al paciente a peligros o riesgos injustificados pues, mientras mayor sea la importancia del bien expuesto al riesgo, mayor debe ser el cuidado a observar en la situación particular·

Por ende, no podemos exigir el mismo grado de cuidado cuando se está en presencia de una acción a partir de la cual se pone en peligro la vida o la integridad personal, que cuando estamos en presencia de una actuación que solo compromete, por ejemplo, la apariencia física.

Así las cosas, el médico que inicia un cirugía mayor es consciente de que con la misma está sometiendo al paciente a un peligro para su vida, de ahí que deba extremar las medidas de cuidado. Diferente es el caso del médico que practica, por ejemplo, una infiltración, pues con la misma no se coloca usualmente en riesgo la vida o la integridad de un paciente.

Esto no quiere decir que los procedimientos en los que no se coloca en riesgo la vida o la salud del paciente puedan ser realizados de forma descuidada ni mucho menos, de lo que se trata es de resaltar que todo profesional de la salud que de antemano sabe que va a iniciar un procedimiento peligroso se asegure de guardar el mayor cuidado durante el mismo.

ii) Potencialidad lesiva de la conducta

Como explica el profesor Alfonso Cadavid,

> (…)la potencialidad lesiva del comportamiento también es un factor relevante a la hora de graduar el deber de cuidado que debe observarse en la situación concreta: a mayor potencialidad lesiva del comportamiento, habrá que adoptar medidas de seguridad más intensas, si se desea mantener la calificación de la conducta como cuidadosa (2013, p.147)

Igualmente se debe prestar el mayor grado de cuidado cuando se ejecuta un comportamiento que, sin relación con las condiciones del paciente, es por sí mismo peligroso. Reitera el profesor Cadavid que, por ejemplo, "*no pueden iniciarse con igual disponibilidad de recursos para atender una eventual complicación por pérdida de sangre, procedimientos que en condiciones normales implican un sangrado masivo, que otros en los que quepa esperar que la pérdida de sangre será mínima*." (2013, p.147)

En síntesis, el médico que inicia un procedimiento peligroso debe prepararse para el peor escenario, esto es, aquel en el que se presentan graves complicaciones y no confiar, imprudentemente, en que las cosas saldrán de forma favorable.

En ese mismo sentido, cuando se lleva a cabo una intervención de baja complejidad, pero durante su ejecución surgen complicaciones, el médico tendrá que adecuar de nuevo su comportamiento a estas circunstancias cambiantes, ello en la medida en que la potencialidad lesiva de la conducta se ha incrementado sustancialmente.

iii) La disponibilidad de recursos

Hay que tener presente que todo acto médico está rodeado siempre por circunstancias de tiempo, modo y lugar que en ocasiones facilitan pero en muchas otras dificultan su realización. Dentro de esta clase de circunstancias podemos encontrar, la presencia o la ausencia, tanto de recursos tecnológico-científicos como humanos.

Como advierte Cadavid Quintero,

> (…) es fundamental considerar que en la actuación médica se conjugan no solo la idoneidad del profesional en lo que atañe a sus conocimientos, y a su capacidad para el manejo de los recursos disponibles, sino también la disponibilidad misma de esos recursos; ello significa, por ejemplo, que no tiene que ser sometido a similares baremos de comparación el tratamiento brindado por ejemplo por un médico del área rural, que después de contener un sangrado abundante se ve obligado a realizar una sutura que producirá una muy mala apariencia estética, que el brindado por un cirujano en un centro de alto nivel de complejidad que al suturar una herida similar procede no solo con una mayor disponibilidad de instrumental, sino además con la posibilidad de solicitar la intervención de otros especialistas que le ayuden, o se encarguen personalmente de realizar una sutura menos dañina de la armonía corporal. (2013, p.149)

Lo anterior no quiere significar que el médico pueda excusarse siempre y en todo lugar en la carencia de medios o recursos idóneos como razón de su comportamiento imperito. En casos como estos es deber del profesional primero, evaluar todos los instrumentos que tiene a su alcance, por escasos que sean, y pensar cuál puede ser de mayor beneficio para el paciente. Un vez hecho esto, en segundo lugar, deberá seleccionar el más benéfico incluso si este supone iniciar un procedimiento a pesar de la carencia de los recursos suficientes.

Esta situación cobra gran importancia ante las difíciles condiciones del ejercicio médico en el área rural. Donde el galeno, siempre que está ante un caso difícil, se enfrenta a la disyuntiva de remitir al paciente o iniciar él mismo un tratamiento.

Así las cosas, un médico que hace el mejor uso posible de los recursos con los que cuenta no incurre en un comportamiento descuidado, ello a pesar incluso de que se aparte de ciertas guías o protocolos, por cuanto, no podemos exigirle a quien no tiene recursos que se comporte como si los tuviera.

iv) La formación del médico investigado

Este es también un aspecto de importancia, toda vez que no podemos demandar el mismo conocimiento y las mismas habilidades o capacidades técnicas a un médico general que a un especialista.

Debe exigirse un grado más alto de cuidado al especialista en la medida en que tiene mayores capacidades para adecuar su comportamiento a la *lex artis* y a los mandatos de la Ley 23 de 1981.

A este criterio debe prestársele suma atención en la medida en que se puede caer en el error de creer que el médico investigado, por el solo hecho de ser especialista, ha actuado de forma correcta en el caso concreto, cuando la realidad nos demuestra que ello no siempre es así, pues hasta los más experimentados especialistas también pueden cometer actos imprudentes.

Ahora bien, es importante diferenciar aquel escenario en el cual un médico sin la suficiente preparación, asume la realización de actos médicos siendo consciente de que no se encuentra preparado para llevarlos a cabo y, además, los mismos no son urgentes.

El caso paradigmático de este supuesto es el de lo que conocemos como cirujanos esteticistas o falsos cirujanos plásticos, puesto que ellos, de forma consciente y voluntaria, realizan cirugías ante las que no tienen suficientes conocimientos y preparación, de ahí que, deban ser castigados por todos los riesgos y resultados que se deriven de su comportamiento –siempre y cuando sean previsibles-.

Los criterios planteados tienen el objetivo de adecuar el juicio de imputación no solo a lo establecido por la *lex artis*, sino también a las con-

diciones de tiempo, modo y lugar en las que se ejecuta el acto médico. Ello en la medida en que hacer uso solamente de la *lex artis* puede llevar a resultados injustos.

Bibliografía citada.

Cadavid, A. (2013). *Imprudencia punible y actividad médico quirúrgica*. Tesis doctoral. Universidad de Salamanca.

IMPERATIVOS DEL PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO APLICADOS AL TRÁMITE DE ÉTICA MÉDICA

Dr. Diego Mauricio Higuera Jiménez. Ph.D. [1***]
Abogado Secretario del Tribunal de Ética de Boyacá

Resumen

Los procesos de responsabilidad ética médica se regulan y desarrollan en el marco del principio de remisión normativa, en este orden de ideas, La regulación incluida en otros compendios se aplican en los casos que deben ser abordados por los tribunales seccionales y el tribunal nacional.

No es poco el debate de cuáles son las normas a las que se debe remitir, pues si se trata de un régimen u otro el resultado será muy diferente. En ese escrito sostenemos y damos argumentos a la aplicación vigente por parte de los tribunales de ética médica, según lo cual en materia de caducidad y proceso sancionatorio debe remitirse al estatuto disciplinario los servidores públicos y la aplicación de las normas administrativas a de utilizarse restrictivamente en materia de notificaciones y procedimiento.

1. La justicia en la medicina: La técnica de las herramientas

La bella disciplina de la responsabilidad por la ética médica nos invita a un ejercicio en el que convergen la balanza de Temis, la vara de Asclepio y en ambos casos la espada, para poder tener el don de la sanación debe verificarse que lo ejerzan los más aptos, quienes faltan a esa noble vocación deben ser juzgados por sus pares para no reiterar el error o ser excluidos de la disciplina.

[1] *** Abogado, magíster en Derecho Público y Ciencia Política, Université Nancy 2, Nancy, Francia, Doctor en Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, coinvestigador del Grupo Justicia, Derecho y Estado Social de Derecho - DEJUS, director del Semillero de Investigación *Veritas Est Font Libertatis.* Correo electrónico: higuerajimenez.abogado@gmail.com. Orcid: https://orcid.org/0000-0002-0086-0065

Al hallarnos entre las dos ciencias debemos hacer uso de la pericia y la cientificidad que conocen los magistrados para fallar conforme los criterios y exigencias que el arte de la medicina exige, por su parte

El proceso debe marcar dentro de los estándares jurídicos bajo el apoyo de los asesores de los tribunales, en este sentido es indispensable que aquellos procesos permitan identificar la verdad real, desarrollarse en armonía procedimental y competencial con miras a resolver en el debido proceso, el respeto del derecho de defensa y el ideal de justicia, las causas que conoce cada dependencia.

2. Normatividad Ética Medica

La existencia de distancias de verificación de idoneidad idea adecuada conducta en el marco de los estándares éticos profesionales constituyen una auténtica garantía para las adecuadas condiciones de protección y desarrollo del derecho a la salud (Higuera Jiménez, D. M. Y Sánchez Cubides, P. A. 2019)

El marco legal directo qué regula lo propio de la ética médica lo encontramos en las normas que recién haremos a continuación quedando por definirse la complementariedad soportada en otros regímenes y derivadas del método de interpretación orgánico propio la hermenéutica jurídica.

» Constitución Política de Colombia
» Salud Derecho fundamental ley 1751 de 2015 y T-760 de 2008
» Ley 35 de 1929 “por la cual se reglamente el ejercicio de la medicina” (subrogada)
» Ley 67 de 1935 “por la cual se reglamente el ejercicio de la medicina y la cirugía” (subrogada)
» Ley 23 de 1981 “Por la cual se dictan normas en materia de ética médica” vigente.
» Decreto 3380 DE 1981 “Por el cual se reglamenta la Ley 23 de 1981”
» Decreto 131 DE 2010 “por medio del cual se crea el Sistema Técnico Científico en Salud, se regula la autonomía profesional y se definen aspectos del aseguramiento del Plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones”.
» Ley 1751 de 2015 –Derecho fundamental a la salud

» Ley 594 de 2000 –Ley general de archivos y acuerdos promulgados por el Archivo General de la Nación
» Ley 1581 de 2012 –Protección de datos personales
» Ley 1712 de 2014 –Información pública reservada
» Ley 527 de 1999 que define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos
» Ley 1438 de 2011, por medio de la cual se reforma el sistema general de seguridad social en salud
» Decreto 1080 de 2015 –Sistema Nacional de Archivos y gestión documental
» Decreto Ley 019 de 2012 -custodia y conservación de la historia clínica
» Resolución 1995 de 1999 –Historia clínica por el Ministerio de Salud y Protección Social
» Resolución 839 de 2017 -Manejo, custodia, tiempo de retención, conservación y disposición final de los expedientes de las historias clínicas, por el Ministerio de Salud y Protección Social
» Resolución 3374 de 2000 –Registro Individual de Prestaciones de Salud, por el Ministerio de Salud y Protección Social
» Resolución 2003 de 2014 - Habilitación de servicios de salud, por el Ministerio de Salud y Protección Social
» Acuerdo 07 de 1994, referente al Reglamento General de Archivos, del Archivo General de la Nación.
» Circular 02 de 1997 expedida por el Archivo General de la Nación

3.Etapas del proceso ético disciplinario profesional de la medicina

Para un efecto descriptivo, nos permitimos exponer las cinco etapas del proceso de medico disciplinario, evidenciando qué hay una reglamentación sobre el trámite, pero una se menciona respecto de la caducidad o la prescripción.

» Etapa Inicial.
» Etapa de Pruebas.
» Etapa de Estudio de Informe de Conclusiones y Formulación de Cargos.
» Etapa de Descargos.
» Etapa de Decisión de Fondo
» Etapa Inicial.Incluye la instauración, aceptación y reparto74 y 75.

"ARTÍCULO 74

El proceso disciplinario ético-profesional será instaurad o;

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 Etica Médica."

"ARTÍCULO 75

Una vez aceptada la denuncia, el Presidente del Tribunal designara a uno de sus miembros para que se instruya él proceso disciplinario y presente sus conclusiones dentro de un término no superior a quince días hábiles."

» Etapa de Pruebas.

Historia clínica, versión libre, ampliación de las denuncias.

» Etapa de Estudio de Informe de Conclusiones 79

"ARTÍCULO 79

Presentado el informe de conclusiones, el Tribunal en pleno se ocupará de su conocimiento dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de su presentación, y podrá, si lo considera conveniente, solicitar la ampliación del informativo señalando término para los efectos, el cual en ningún caso podrá ser superior a quince días".

» Formulación de Cargos o cierre. 80

"ARTÍCULO 80

Estudiado y evaluado por el Tribunal el informe de conclusiones, se tomará cualquiera de las siguientes decisiones:

a. *Declarar que no existe mérito para formula cargos por violación de la ética médica en contra del profesional acusado;*
β. *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.*

Parágrafo.-La diligencia de descargos no podrá adelantarse antes de los diez días hábiles, ni después de los veinte, contados a partir de la fecha de recibo de la comunicación en la cual se señalan los cargos, salvo en los casos de fuerza mayor".

» Etapa de Descargos. 81

"ARTÍCULO 81

Practicada la diligencia de descargos, el Tribunal podrá solicitar la ampliación del informativo, fijando para ella un término no superior a quince días hábiles, o pronunciarse de fondo dentro del mismo término, en sesión distinta a la realizada para escuchar los descargos. (...)

» Etapa de Decisión de Fondo".

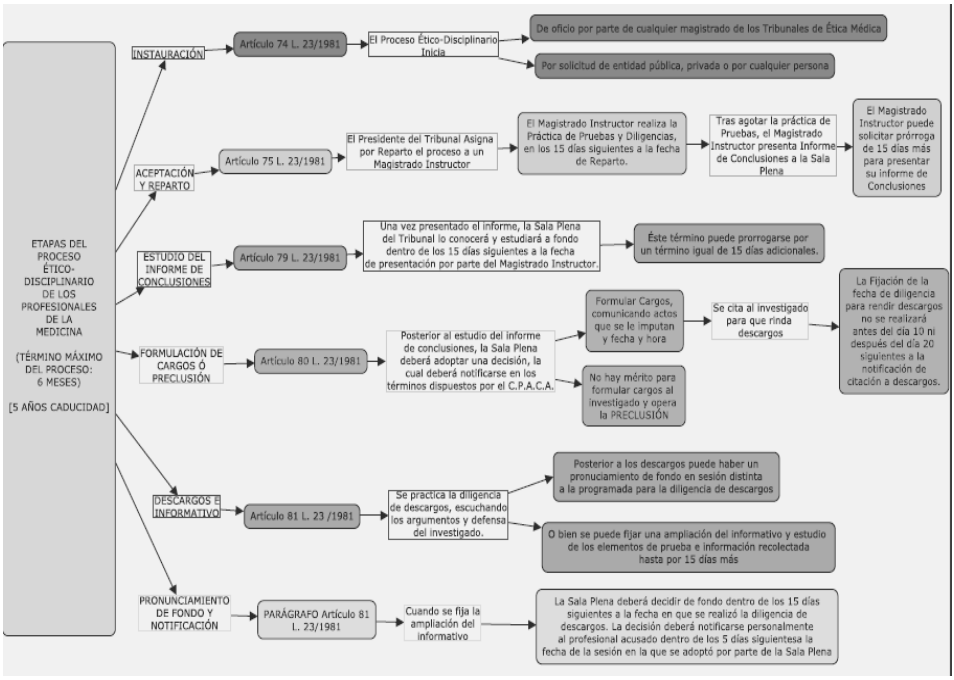
"***ARTÍCULO 81***

(...) Parágrafo.-En los casos de ampliación del informativo como consecuencia de la diligencia de descargos, la decisión de fondo deberá tomarse dentro de los quince días hábiles siguientes al plazo concedo para la práctica de dicha diligencia".

"ARTÍCULO 83

A juicio del Tribunal Etico 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.
e. Sanciones pecuniarias. Cuando el profesional se aparte sin justificación aceptable de una recomendación incluida en un estándar adoptado por su respectiva profesión y con ello ocasione un daño económico al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incurrirá en una falta que será sancionada con una multa entre 10 y 50 SMMLV."



(Juan Dubiel Cáceres Franco, 2018)

4. Sanción administrativas y caducidad

Aplicar automáticamente el régimen del derecho administrativo sancionatorio contemplado en el código administrativo y contencioso administrativo haría que el proceso ético disciplinario por actividades médicas se rija en los criterios de motivación modulación caducidad y aplicación del silencio positivo del derecho administrativo

Cómo podemos vernos la transcripción de los artículos subsiguientes los resultados serían muy diferentes

Implicarían una nueva reglamentación que hasta el momento no ha sido utilizada ni por lo contencioso-administrativo ni por los tribunales de ética médica que serían nuevos cálculos del término de caducidad, más cortos Cómo se puede dar evidencia, siendo 3 y no 5 años el cálculo para una primera instancia pero la mayor no dale introduciría la posibilidad del silencio administrativo positivo pues al interponerse la apelación si está más sido resuelta en el término de un año, se entenderá que la misma se resuelve favorablemente para el recurrente.

» En el artículo 52 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) se regulan tres aspectos:
» CADUCIDAD.
» PERDIDA DE COMPETENCIA.
» SILENCIO POSITIVO.

"***ARTÍCULO 52***
CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA.
Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver.
Cuando se trate de un hecho o conducta continuada, este término se contará desde el día siguiente a aquel en que cesó la infracción y/o la ejecución.
La sanción decretada por acto administrativo prescribirá al cabo de cinco (5) años contados a partir de la fecha de la ejecutoria".

Encontraste se puede evidenciar términos más extensos, herencia entre caducidad y prescripción, ausencia silencio positivo y ante todo mayor coherencia con el proceso ético médico en el régimen propio de la ley 734 de 2002

"***ARTÍCULO 30***
TÉRMINOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA.
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."

PARÁGRAFO. Los términos prescriptivos aquí previstos quedan sujetos a lo establecido a los tratados internacionales que Colombia ratifique.

5. Remisión Normativa

» "*ARTÍCULO 82. – En lo no previsto en la presente Ley, se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal".*

De La regulación de este artículo se genera varias problemáticas pues no hay claridad sí también remite a las partes sustanciales del régimen penal, asimismo respecto al procedimiento establecido en la ley 906, poco se regula o se resuelve en materia de la actividad de los tribunales de ética médica quienes no ejercen una función analógica en tanto prefieren actos administrativos y no se enfrentan a las problemáticas propias del derecho penal como la captura la legalización o la separación entre el ente acusador en cabeza de la fiscalía y la jurisdicción penal lo anterior ha llevado decir que en ausencia de pertinencia de esta normativa debe completarse el régimen con la norma disciplinaria que no existía al momento de la promulgación de la ley 23 de 1981 pero quién este momento al ser el régimen más cercano tiene perfecta pertenencia

6. Tutela Judicial Efectiva Y Derecho Al Debido Proceso

La inadecuada aplicación del debido proceso puede constituir una violación de derechos humanos y fundamentales a nivel internacional dentro del juicio de inconvencionalidad y del acceso a la tutela judicial efectiva como mecanismo para proteger y revindicar los derechos humanos.

Una violación al debido proceso por no aplicarse integralmente el régimen, o violar las garantías de juez natural, límite sancionatorios fue el criterio de ser juzgado sin dilaciones injustificadas conllevaría a una violación de la convención interamericana de derechos humanos y una inconvencionalidad del procedimiento de los tribunales de ética médica. (Higuera, 2016)

Asimismo, dentro del derecho nacional nos encontraríamos en una inconstitucionalidad por conductas contravengan los imperativos superiores de la norma de normas, no aplicar adecuadamente el procedimiento con sus garantías sustanciales conllevará a una vía de hecho (Higuera, 2015)

En ese sentido serían anulables mediante acción de tutela las decisiones que no respeten las exigencias del proceso, letra las que se conocen como causales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones oficiales. en este caso en particular nos hallaremos ante un error procedimental que afecta todo el trámite y es de carácter insubsanable

Vicios de las actuaciones demandables en via de hecho.

» i. Defecto orgánico.
» ii. Defecto procedimental absoluto.
» iii. Defecto fáctico.
» iv. Defecto material sustantivo.
» v. Error Inducido (Vía de hecho por consecuencia).
» vi. Decisión sin motivación.
» vii. Desconocimiento del Precedente.
» viii. Exceso de ritual manifiesto
» ix. Violación directa de la Constitución

(Higuera, 2019)

7. Precedente

» Considera el Tribunal Nacional de Ética Médica, con influencia en los Tribunales Seccionales, en su criterio que al no estar presente el procedimiento penal la figura de la prescripción, se debe aplicar al proceso ético disciplinario médico, la ley 734 de 2002 (código único disciplinario para servidores públicos)

» Sala Plena Sección Nro. 182 del 28 de julio de 20115 proceso ético 846 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Norte de Santander

El precedente mencionado hace referencia a la obligatoriedad de remitir el régimen de los tribunales de ética médica a la ley disciplinaria, vigente hoy en la 734 de 2002

Dado que por respeto de la igualdad ante la ley y el debido proceso los precedentes son obligatorios salvo que exista una justa causa, que no respetar la regla del precedente en su *ratio decidendi* constituye una afectación a la seguridad jurídica y al debido proceso. Consideramos que debe darse aplicaciones de principio integralmente para respetar los estándares convencionales y constitucionales.

Al existir promulgaciones posteriores como el código contencioso administrativo de 1984 el código administrativo y de lo contencioso administrativo de 2011 la ley disciplinaria de 2002 y ante todo la Constitución de 1991, daría lugar a una auténtica mutación que obliga a un cambio en la interpretación orgánica.

De acuerdo con este método de interpretación las normas han de entenderse dentro de su respectiva rama, ante lo cual debemos resaltar que se trata de entidades que prefieren actos administrativos cuando hablamos de los tribunales de ética. También Según interpretación histórica las normas deben entenderse en el momento en el que son generadas, pero deben aplicarse no sólo en su textualidad sino en el entendido de que existe un contexto para su interpretación

Por último, debemos resaltar que la teleología o el finalismo como máxima condición hermenéutica obliga aplicar las normas de conformidad con la Constitución y el bloque de constitucionalidad, de ahí que para respetar la idea orgánica de ser el tribunal de ética médica una entidad que funciona por colaboración en la estructura del estado, que la razón de ser de los mismos tiene que estar enmarcada en el respeto del debido proceso y la tutela judicial efectiva, indispensable esta interpretación.

8. Normas Administrativas (No aplicación del régimen sancionatorio)

Basándonos en los argumentos desarrollados, inatención de la hermenéutica orgánica y ante todo por respeto del presidente y en cumplimiento del principio de remisión, podemos identificar que las siguientes regulaciones del proceso administrativo no son regulación propia y por lo tanto no deben aplicarse los procesos de ética profesional médica

- Perdido probatorio 48
- Forma de la decisión 49

» Graduación 50
» Renuencia 51
» Caducidad 52

Nos permitimos a continuación transcribir los artículos pertinentes

» Perdido probatorio 48

"ARTÍCULO 48
PERÍODO PROBATORIO.
Cuando deban practicarse pruebas se señalará un término no mayor a treinta (30) días. Cuando sean tres (3) o más investigados o se deban practicar en el exterior el término probatorio podrá ser hasta de sesenta (60) días.
Vencido el período probatorio se dará traslado al investigado por diez (10) días para que presente los alegatos respectivos".

» Forma de la decisión 49

"ARTÍCULO 49
CONTENIDO DE LA DECISIÓN.
El funcionario competente proferirá el acto administrativo definitivo dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de los alegatos.
El acto administrativo que ponga fin al procedimiento administrativo de carácter sancionatorio deberá contener:

1. *La individualización de la persona natural* ó *jurídica a sancionar.*
2. *El análisis de hechos y pruebas con base en los cuales se impone la sanción.*
3. *Las normas infringidas con los hechos probados.*
4. *La decisión final de archivo o sanción y la correspondiente fundamentación".*

» Graduación 50

"ARTÍCULO 50
GRADUACIÓN DE LAS SANCIONES.
Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la gravedad de las faltas y el rigor de las sanciones por infracciones administrativas se graduarán atendiendo a los siguientes criterios, en cuanto resultaren aplicables:

1. *Daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados.*
2. *Beneficio económico obtenido por el infractor para sí o a favor de un tercero.*
3. *Reincidencia en la comisión de la infracción.*
4. *Resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión.*
5. *Utilización de medios fraudulentos o utilización de persona interpuesta para ocultar la infracción u ocultar sus efectos.*
6. *Grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes.*
7. *Renuencia o desacato en el cumplimiento de las órdenes impartidas por la autoridad competente.*
8. *Reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas."*

» Renuencia 51

"***ARTÍCULO 51***
DE LA RENUENCIA A SUMINISTRAR INFORMACIÓN.
Las personas particulares, sean estas naturales o jurídicas, que se rehúsen a presentar los informes o documentos requeridos en el curso de las investigaciones administrativas, los oculten, impidan o no autoricen el acceso a sus archivos a los funcionarios competentes, o remitan la información solicitada con errores significativos o en forma incompleta, serán sancionadas con multa a favor del Tesoro Nacional o de la respectiva entidad territorial, según corresponda, hasta de cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la ocurrencia de los hechos. La autoridad podrá imponer multas sucesivas al renuente, en los términos del artículo 90 de este Código".

» Caducidad 52

"ARTÍCULO 52
CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA.
Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Dicho acto sancionatorio es diferente de los actos

que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver".

9. Efectiva aplicación CPACA.

En este sentido por idoneidad de la materia, complementariedad, remisión indirecta pues también son remitidos desde los regímenes disciplinarios y por aplicación orgánica de las normas jurídicas, podemos evidenciar que la siguiente regulación sí sería aplicable a los procesos de los tribunales de ética médica

- Corrección irregularidades.41
- Medios electrónicos 53
- Notificación electrónica 56
- Acto administrativo electrónico 57
- Notificación 67.
- Firmeza del acto 87
- Perdida de ejecutoria (presunción de legalidad) 88 y 91
- Revocatoria Directo 93

Nos permitimos a continuación transcribir los artículos pertinentes

» Corrección irregularidades.41.

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

» Medios electrónicos 53.

ARTÍCULO 53
PROCEDIMIENTOS Y TRÁMITES ADMINISTRATIVOS A TRAVÉS DE MEDIOS ELECTRÓNICOS.

Los procedimientos y trámites administrativos podrán realizarse a través de medios electrónicos. Para garantizar la igualdad de acceso a la administración, la autoridad deberá asegurar mecanismos suficientes y adecuados de acceso gratuito a los medios electrónicos, o permitir el uso alternativo de otros procedimientos.

En cuanto sean compatibles con la naturaleza de los procedimientos administrativos, se aplicarán las disposiciones de la Ley 527 de 1999 y las normas que la sustituyan, adicionen o modifiquen.

» Notificación electrónica 56.

ARTÍCULO 56
NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA.

Las autoridades podrán notificar sus actos a través de medios electrónicos, siempre que el administrado haya aceptado este medio de notificación.

Sin embargo, durante el desarrollo de la actuación el interesado podrá solicitar a la autoridad que las notificaciones sucesivas no se realicen por medios electrónicos, sino de conformidad con los otros medios previstos en el Capítulo Quinto del presente Título. La notificación quedará surtida a partir de la fecha y hora en que el administrado acceda al acto administrativo, fecha y hora que deberá certificar la administración.

» Acto administrativo electrónico 57.

ARTÍCULO 57
ACTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO.

Las autoridades, en el ejercicio de sus funciones, podrán emitir válidamente actos administrativos por medios electrónicos siempre y cuando se asegure su autenticidad, integridad y disponibilidad de acuerdo con la ley.

» Notificación 67.

ARTÍCULO 67
NOTIFICACIÓN PERSONAL.

Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, a su representante o apoderado, o a la persona debidamente autorizada por el interesado para notificarse.

En la diligencia de notificación se entregará al interesado copia íntegra, auténtica y gratuita del acto administrativo, con anotación de la fecha y la hora, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo.

El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos invalidará la notificación.

» Firmeza del acto 87.

"***ARTÍCULO 87***
FIRMEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.
Los actos administrativos quedarán en firme:

1. *Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.*
2. *Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.*
3. *Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.*
4. *Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.*
5. *Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo"*

» Perdida de ejecutoria (presunción de legalidad) 88 y 91.

"ARTÍCULO 88
PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO.
Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar".

"***ARTÍCULO 91***
PÉRDIDA DE EJECUTORIEDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO.
Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

1. *Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.*
2. *Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.*
3. *Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.*
4. *Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.*
5. *Cuando pierdan vigencia*."

» Revocatoria Directo 93.

"***ARTÍCULO 93***
CAUSALES DE REVOCACIÓN.
Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

1. *Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política* o a la ley.
2. *Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.*
3. *Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.*

» *Pruebas en los recursos 77".*

"***ARTÍCULO 77***
REQUISITOS.
Por regla general los recursos se interpondrán por escrito que no requiere de presentación personal si quien lo presenta ha sido reconocido en la actuación. Igualmente, podrán presentarse por medios electrónicos.
Los recursos deberán reunir, además, los siguientes requisitos:

1. *Interponerse dentro del plazo legal, por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido.*
2. *Sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad.*
3. *Solicitar y aportar las pruebas que se pretende hacer valer.*
4. *Indicar el nombre y la dirección del recurrente, así como la dirección electrónica si desea ser notificado por este medio.*

Sólo los abogados en ejercicio podrán ser apoderados. Si el recurrente obra como agente oficioso, deberá acreditar la calidad de abogado en ejercicio, y prestar la caución que se le señale para garantizar que la persona por quien obra ratificará su actuación dentro del término de dos (2) meses.

Si no hay ratificación se hará efectiva la caución y se archivará el expediente.

Para el trámite del recurso el recurrente no está en la obligación de pagar la suma que el acto recurrido le exija. Con todo, podrá pagar lo que reconoce deber."

CONCLUSIONES

Aunque entendemos los argumentos para otras costuras y sabemos que no es una decisión definitiva, hasta tanto no se consolide la urgente reforma de este procedimiento, vemos que la mejor forma para llevarla a cabo es apoyándonos en los procesos de tipo disciplinario

Nos despedimos reiterando el agradecimiento al tribunal nacional de ética médica por el impulso de tan noble función de todos los magistrados y colegas nuestros profundos sentimientos de admiración y cariño

Referencias Bibliográficas.

Cepeda Espinosa, M. *Introducción a la Constitución de 1991, presidencia de la Republica*, Imprenta Nacional de Colombia.1993.

Higuera Jiménez, D. M. (2015). *Protección de la dignidad humana: Control de Constitucionalidad e implementación de mecanismos internacionales* Editorial Ibáñez ISBN: 978-958-749-475-4 V. 1000. P. 202. 2015.

Higuera Jiménez, D. M. (2016). *Tipologías de derechos, ¿Una variante en la tutela judicial efectiva?: Un análisis desde la ineficacia de la acción de cumplimiento para los derechos sociales.* Revista Via Iuris, 20

Higuera Jiménez, D. M. Y Sánchez Cubides, P. A. (2018) *Formación de políticas públicas para la garantía de derechos humanos.* Pensamiento Americano Barranquilla, 21.

Higuera Jiménez, D. M. Y Sánchez Cubides, P. A. (2019) Políticas Públicas Y Derechos Humanos En Colombia. ed: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez

Higuera Jiménez, D. M. (2019) Acción de tutela contra providencias judiciales: elementos, condiciones y critica. *Academia & Derecho*, *10*(18), 275-333. https://doi.org/10.18041/2215-8944/academia.18.6004

Congreso de La Republica de Colombia.16 de febrero de 2015. Ley Estatutaria 1751 de 2015. Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 49.427

Congreso de La Republica De Colombia. Proyecto de ley 072 de 2017. Consultado el 29 de enero de 2018.

Congreso de La Republica De Colombia. Proyecto de ley 142 de 2017. Consultado 30 de enero de 2018.

Congreso de la Republica. 19 de enero de 2011. Ley 1438 de 2011. Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 47.957

Congreso de la Republica. 23 de diciembre de 1993. Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 41.148.

Congreso de la Republica. 30 de diciembre de 1998. Ley 489 de 1998. Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 43.464.

Constitución Política de Colombia. 1991. Articulo N° 93.

Ministerio De Salud. Acuerdo número 001 de 1994. “Por El cual se adopta el reglamento del Consejo Nacional De Seguridad Social En Salud”.

Ley 23 de 1981 Ley 23 de 1981 “Por la cual se dictan normas en materia de ética médica” vigente.

ALGUNOS ASPECTOS JURISPRUDENCIALES RELACIONADOS CON EL TRATAMIENTO DE LOS DESÓRDENES DEL DESARROLLO Y DIFERENCIACIÓN SEXUALES

Dr. Ariel Iván Ruiz Parra MD, MSc.
Médico Cirujano de la Universidad Nacional de Colombia.
Especialista en Ginecología y Obstetricia de l
a Universidad Nacional de Colombia.
Especialista en Biología de la Reproducción del
Instituto Nacional de la Nutrición Salvador Zubirán.
Magíster en Educación de la Universidad Pedagógica Nacional.
Magíster en Epidemiología Clínica de la Pontificia Universidad Javeriana.
Profesor Titular de la Facultad de Medicina de
la Universidad Nacional de Colombia.
Magistrado del Tribunal Nacional de Ética Médica.

1. Introducción.

Desde el punto de vista médico, los desórdenes del desarrollo y diferenciación sexuales (DDS) son condiciones congénitas en las cuales hay alteraciones cromosómicas, gonadales o anatómicas que afectan la morfogénesis y la fisiología del aparato reproductor. Este término cubre un amplio espectro de fenotipos diferentes, y ha remplazado otros conceptos que podrían ser ambiguos y generar confusión (1-3).

En este sentido es evidente que faltó precisión a la Honorable Corte Constitucional cuando afirmó:

> *"La intersexualidad o hermafroditismo es comúnmente definida como la situación en la que el cuerpo sexuado de un individuo varía respecto al estándar de corporalidad femenina o masculina culturalmente vigente. Se presenta cuando la persona nace con ambos sexos, es decir, con órganos sexuales, tanto externos como internos, del sexo femenino y masculino."* (4)

En primer lugar intersexualidad no es sinónimo de hermafroditismo; en segundo lugar el hermafroditismo verdadero lo que implica es la presencia de tejido ovárico y testicular, bien sea en una misma gónada (ovotestes) o en gónadas separadas; y finalmente, desde el punto de vista estrictamente médico cuando se diagnostica un desorden del desarrollo y la diferenciación sexuales, no se trata de una comparación del "*cuerpo sexuado de un individuo*" con la "*corporalidad femenina o masculina culturalmente vigent*e", sino de un análisis detallado de la morfología de los órganos sexuales, de los resultados de los exámenes hormonales y de los estudios genéticos de un individuo que presenta algún grado de discordancia entre el fenotipo de los genitales internos o externos y la gónada o el genoma. Es decir, que en la inmensa mayoría de los casos el diagnóstico clínico no se basa en una comparación del paciente con alguna concepción "*cultural*" de feminidad o masculinidad; aunque estos aspectos son seriamente considerados para definir el manejo de los pacientes y sus familias.

Con anterioridad la propia Corte Constitucional en su Sentencia SU-337/99 había presentado una definición mucho más apropiada y comprehensiva del tema de la siguiente manera:

> *"31- Estos trastornos del desarrollo y de la diferenciación sexual, que en general la literatura médica caracteriza como 'estados intersexuales', suelen clasificarse, desde finales del siglo pasado, en tres grandes grupos. De un lado, encontramos los llamados "hermafroditas verdaderos", que son casos poco frecuentes y se caracterizan porque son personas que en general, aunque no obligatoriamente, tienen un cariotipo XX y presentan los dos tipos de tejido gonadal, ya sea porque tienen testículo y ovario simultáneamente, o porque poseen lo que se denomina un 'ovotestes' (mitad testículo y mitad ovario). De otro lado, están los 'pseudohermafroditas masculinos', que son individuos con sexo genético XY y testículos, pero que presentan genitales ambigüos, por lo cual se suele hablar de un hombre mal virilizado. Estas personas pueden presentar, en algunos casos, genitales externos que son muy femeninos, y pueden poseer entonces un introito vaginal, un clítoris normal o ligeramente aumentado de tamaño, o un pene muy pequeño. Por último, existen otros casos clasificados como de 'pseudohermafrodismo femenino', que son individuos con sexo genético XX, con ovarios, pero con genitales ambigüos, o bastante masculinos, por lo cual se habla a veces, de mujeres virilizadas."* (5).

Para esta sentencia la Honorable Corte consultó apropiadamente a numerosos expertos e instituciones académicas reconocidos en el manejo de pacientes con trastornos de la diferenciación y desarrollo sexuales, nombre éste que se usó correctamente. Aún así, el problema clínico al que se enfrenta el equipo de salud cuando estudia un paciente con un DDS es mucho más complejo de lo que podría deducirse de la transcripción anterior.

Para comenzar es importante señalar que se ha propuesto y aceptado desde 2006 un cambio en la nomenclatura que tiene implicaciones, no solamente semánticas, sino de consideración a la intimidad y dignidad de los individuos afectados; tales modificaciones se muestran en la Tabla 1.

Tabla 1. Nomenclatura revisada de los DDS*

Previa	Nueva propuesta
Intersexo	DDS
Pseudohermafrodita masculino, sub-virilización de varón XY y sub-masculinización de varón XY	DDS 46,XY
Pseudohermafrodita femenino, sobrevirilización de mujer XX y masculinización de mujer XX	DDS 46,XX
Hermafrodita verdadero	DDS ovotesticular
Varón XX o reversión sexual XX	DSD testicular 46,XX
Reversión sexual XY	Disgenesia gonadal completa 46,XY

*Con base con Hughes IA et al (1).

En segundo lugar, es importante resaltar la complejidad de las causas, fisiopatología, manifestaciones, abordajes diagnósticos y terapéuticos, así como, de las implicaciones psicológicas y sociales que conllevan para los pacientes y sus familias los DDS. Baste como ilustración revisar la clasificación que se muestra en la Tabla 2, la cual es solo un resumen de la clasificación de Conte FA y Grumbach MM (6).

Tabla 2. Clasificación de los Desórdenes del Desarrollo y Diferenciación Sexuales*

1. Desórdenes de la diferenciación gonadal

A. Síndrome de Turner y sus variantes.
B. Disgenesia de túbulos seminíferos (síndrome de Klinefelter).
C. Disgenesias gonadales XX y XY completas e incompletas.
D. DDS ovotesticular.

2. DDS 46,XX

A. Hiperplasia suprarrenal congénita virilizante.
B. Deficiencia de P450 oxidorreductasa.
C: Deficiencia de P450 aromatasa.
D. Paso transplacentario de substancias androgénicas.
E. Otras.

3. DDS 46,XY

A. Insensibilidad testicular a la hCG/LH.
B. Defectos en la síntesis de testosterona.
1. Defectos que afectan la síntesis de corticoides y testosterona (hiperplasia suprarrenal): deficiencias de: StAR-P450ssc, 3β-HSD, 17α-hidroxilasa, P450 oxidorreductasa y dehidrocolesterol reductasa.
2. Defectos que afectan la síntesis de testosterona a nivel testicular: deficiencias de: 17,20 liasa y 3β-HSD-3.
C. Defectos en los tejidos andrógeno-dependientes
1. Resistencia (insensibilidad) a los andrógenos: completa, parcial, resistencia a los andrógenos en hombre infértil y resistencia a los andrógenos en hombre fértil.
2. Deficiencia de 5α-reductasa-2.
D. DDS 46,XY disgenéticos.
1. Disgenesia gonadal incompleta 46,XY.
2. Mosaicismo X0/XY, cromosoma Y con anomalía estructural, Xp-, 9p- y 10q-.
3. Otras mutaciones: mutación *WT-1*, deleción *WT-1*, mutación *SOX9*, mutación *SF1*, duplicación *WNT-4*, mutación DHH, mutación XH2 y mutaciones ARX.
4. Síndrome de regresión testicular.
E. Defectos en la síntesis, secreción o respuesta a la hormona anti-mülleriana.
F. Químicos ambientales.

4. Formas no clasificadas

A. En varones.

1. Hipospadias.

2. Genitales ambiguos que acompañan a múltiples anomalías congénitas.

B. En mujeres.

1. Anomalías del desarrollo mülleriano.

2. Mutación *WNT-4*.

Tabla construida con base en: Conte FA, Grumbach MM. (6)

Estos párrafos introductorios sirven al propósito de señalar que, si un equipo de salud altamente formado en el manejo de los pacientes con DDS encuentra serias dificultades cada vez que se enfrenta a un paciente con esta patología, no se puede esperar menos al tomar decisiones jurídicas relacionadas con el tema. Esta es la motivación para la breve discusión que sigue.

2. Las decisiones en un sistema de salud paternalista.

En un sistema de salud paternalista y asistencialista, en el cual hay una marcada preponderancia de la autonomía del médico y del equipo de salud sobre la autonomía del paciente, como ocurría hasta hace algunos años en nuestro medio, la *Lex artis ad hoc* en relación con el manejo de los individuos afectados por DDS incluía los siguientes aspectos:

1. Organizar un grupo interdisciplinario de profesionales de salud que tuvieran formación en los aspectos bio-psico-sociales de los DDS. En este sentido, y esto sigue vigente en la actualidad, los equipos deben estar constituidos idealmente por genetista, endocrinólogo/endocrinólogo pediatra/ ginecólogo endocrinólogo, urólogo/urólogo pediátrico, ginecólogo/ginecólogo infanto juvenil, psiquiatra/ psiquiatra infantil, psicólogo, enfermero y trabajador social.

2. Realizar junta médica a cada paciente. Como ocurre con la conformación del grupo interdisciplinario, este aspecto sigue vigente. Aunque no se requiere que todo el equipo de salud lo haga, algunos de los expertos deben llevar a cabo la historia clínica, el examen clínico y la revisión de los exámenes de laboratrorio y de las imágenes diagnósticas.

La junta médica, no es solamente un aspecto médico-legal, constituye la oportunidad de discutir los diagnósticos diferenciales que, como se explicó, son múltiples, y de proponer las alternativas terapéuticas más beneficiosas para el paciente. Adicionalmente, la junta es una oportunidad para la formación de otros miembros del equipo de salud que serán responsables del tratamiento de pacientes con DDS en el futuro. Después de la junta se debe proceder a informar en forma clara, completa, comprensible y verídica las posibilidades terapéticas a los pacientes o a sus padres o acudientes.

3. Tratar de establecer prontamente el diagnóstico de precisión y de decidir el tratamiento. Bajo la concepción de que la identidad sexual se define en los primeros años, lo indicado era hacer el diagnóstico e iniciar el tratamiento ojalá antes de los 18 meses de edad.

4. Llevar a cabo el tratamiento médico y quirúrgico con base fundamentalmente en el principio de beneficencia, tratando de llevar a cabo las intervenciones que procuren el mejor resultado funcional, estético y psicológico para el paciente. Históricamente se trataba de "asignar" a uno de los dos sexos.

5. Hacer el seguimiento a largo plazo para ajustar los tratamientos médicos y piscológicos, así como las intervenciones sociales, y para evaluar y realizar intervenciones quirúrgicas adicionales, si son requeridas de acuerdo con las circunstancias específicas de cada paciente. Este principio, por supuesto, está aun vigente.

A este respecto señaló la Academia Nacional de Medicina:

> *"los trastornos o anomalías de diferenciación sexual, incluyen una amplia gama de patologías originadas por defectos en algunas etapas del desarrollo fetal que comprometen el desarrollo normal del sexo genético (cromosomas, cariotipo), del sexo gonadal (ovarios y testículos) y del sexo genital (masculino y femenino) (...)* ***los trastornos de diferenciación sexual se deben manejar como una urgencia médica y social.*** *Médica, por su gran complejidad; en algunas patologías hay compromiso del aparato urinario y rectal o trastornos endocrinos que ponen en riesgo la vida de estos niños; y social, porque definitivamente el sexo del recién nacido es muy importante para la familia y todos los que lo rodean".* (7).

3. Cuestionamientos de la Corte Constitucional.

Los principios de diagnóstico y tratamiento mencionados en el apartado inmediatamente anterior, eran ampliamente aceptados por los equipos multidisciplinarios, con base en el estado del arte de los conocimientos médicos relacionados con el tratamiento de los DDS.

Sin embargo, a lo largo de la historia han surgido consideraciones adicionales. Un ejemplo palmario lo constituye la aceptación de la existencia de otros sexos, además del masculino y el femenino, en algunas culturas.

Al respecto específicamente en nuestro medio señala la Corte Constitucional en la ya mencionada Sentencia T-622/14:

> *"Los estados intersexuales cuestionan una de las convicciones sociales y culturales más profundas, toda vez que pone (SIC) en tela de juicio la existencia biológica de sólo dos sexos; el masculino y el femenino. Esta situación a nivel cultural ha llevado a que las personas que nacen con estados intersexuales, se les trate como individuos que sufren un trastorno físico, y por ende, requieren de un tratamiento y una cirugía médica de readaptación o resignación que defina necesariamente alguno de los dos sexos. Desde su nacimiento, los padres de estos seres humanos se enfrentan a la disyuntiva de tomar la decisión unilateralmente de operar y decidir por ellos su sexo biológico, según las recomendaciones médicas, o esperar a que sea el mismo niño o niña quien decida cuando alcance un nivel de madurez suficiente*." (4).

Adicionalmente señaló la Corte Constitucional:

> "*La Corporación admite que es el menor de edad quien debe decidir si se realiza o no la operación de asignación de sexo y todo lo que ello implica, en virtud del respeto de sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la identidad sexual y a la autonomía personal[…]*
>
> *Esta Corporación concluyó que a medida que el infante crece, adquiere mayor autonomía y por ello debe respetarse con un margen más amplio su libre desarrollo de la personalidad, pero*

> *esto debe ir en compañía de apoyo psicológico y de sus padres, así como de la información suficiente sobre los tratamientos más benéficos en su condición de ambigüedad sexual*." (4).

Todas estas consideraciones tienen profundas implicaciones en el momento de decidir las conductas médicas para el tratamiento de pacientes con DDS. En el primer punto la Corte invita a reflexionar sobre la existencia culturalmente aceptada de solo dos sexos. Al respecto es importante señalar que también desde el punto de vista médico se han considerado varios "niveles" en la definición del sexo que incluyen: el sexo genético/cromosómico, el sexo gonadal, el sexo ductal, el sexo fenotípico, el sexo de asignación, la identidad de género y la orientación sexual. Esto sin perjuicio de los conceptos socialmente aceptados en diferentes culturas, particularmente orientales, en las que se acepta la existencia de incluso cinco sexos diferentes.

En el segundo punto, y esto es muy importante tenerlo en la cuenta al momento de tomar decisiones sobre el tratamiento de los paciente con DDS, la Corte señala que es el menor de edad, es decir, el paciente, quien debe decidir si se realiza o no y cuándo las intervenciones quirúrgicas relacionadas con la "asignación de sexo".

4. Se consagra el principio de autonomía del paciente sobre los demás principios en el momento de dar el consentimiento.

Lo que aquí decide la Corte Constitucioal es, ni más ni menos, que declarar que la autonomía del individuo afectado por un DDS -o en los términos del Sistema General de Seguridad Social en Colombia, del usuario-, predomina sobre cualquier otro principio, incuyendo el principio de beneficencia al que recurría el equipo de salud en la ***Lex artis ad hoc*** que previamente guiaba el actuar médico en estos casos. Así lo señaló la Corte:

> *"El principio de autonomía tiene una prevalencia prima facie, pero no absoluta, sobre los valores concurrentes, y en especial sobre el principio de beneficencia. Por consiguiente, en general el médico debe siempre obtener la autorización del paciente para la realización de toda terapia, salvo que, excepcionalmente, las particularidades del caso justifiquen apartarse de esa exigencia, por ejemplo en el caso de emergencias médicas o en los casos en*

> *los que el paciente se encuentra inconsciente, en grave riesgo o alterado, situaciones que exigen darle exclusividad al principio de beneficencia."* (5).

Por otro lado, la propia Corte en la misma sentencia apartó de la decisión a los padres de los niños afectados en algunas circunstancias cuando expresó:

> "*En el caso de los menores de edad, por regla general, es legítimo que los padres y el Estado puedan tomar ciertas medidas a favor de ellos, e incluso contra su voluntad, toda vez que se considera que los niños y niñas todavía no han adquirido la suficiente independencia de criteriopara diseñar autónomamente su plan de vida. No obstante lo anterior, "ello no quiere decir que los padres puedan tomar, a nombre de su hijo, cualquier decisión médica relativa al menor, por cuanto el niño no es propiedad de nadie sino que él ya es una libertad y una autonomía en desarrollo, que tiene entonces protección constitucional*". (5)

En el mismo sentido se manifestó en la Corte en la Sentencia T-551/99 al señalar:

> *"...Así pues, consideró que en el caso de los menores, los padres y los representantes legales pueden autorizar las intervenciones médicas en sus hijos, pero en ciertas situaciones, ese permiso parental es ilegítimo, por cuanto los hijos no son propiedad de los padres, sino que son individuos en formación y desarrollo, que merecen una protección constitucional peferente. Recordó que para evaluar si es válido ese "consentimiento sustituto", es necesario tener en cuenta (i) la necesidad y urgencia del tratamiento, (ii) su impacto y riesgos, y (iii) la edad y madurez del menor."* (8).

En concordancia con estos conceptos se encuentra también la Sentencia T-1025/02 de la Corte Constitucional, cuando falló el caso de una paciente de sexo (cromosómico, gonadal y ductal) femenino con hiperplasia suprarrenal congénita que le causó virilización, al punto que al nacimiento le asignaron el sexo masculino. Así se expresó la Corte en relación con quién o quiénes deben dar el consentimiento informado para los tratamientos, cuando estos sean invasivos, difíciles, con pocas posibilidades de éxito o ponen en riesgo derechos o intereses del paciente:

> *"(...) tratándose de menores, de ordinario corresponde a quienes ejercen la patria potestad prestar su consentimiento para la práctica de las distintas intervenciones quirúrgicas o tratamientos terapéuticos indispensables para la recuperación o rehabilitación del menor, a través del denominado consentimiento sustituto. Sin embargo, en estrecha vinculación con la salvaguarda del principio de autonomía, la presencia de algunas circunstancias, tales como: (i) el carácter más o menos invasivo del tratamiento; (ii) la dificultad de su realización y las pocas probabilidades de éxito y, (iii) el riesgo que representa para ciertos derechos o intereses del paciente, etc.; suponen la improcedencia constitucional de dicho consentimiento, en beneficio de la prevalencia del consentimiento informado del menor, cuando éste tenga el suficiente discernimiento para optar por una decisión vital de tal naturaleza. Ello, en aras de salvaguardar el libre desarrollo de su personalidad, la proyección de su identidad y autonomía y, en últimas, su vida digna".* (9).

Adicionalmente, en la ya mencionada Sentencia T-622/14, la Corte hace referencia entre sus argumentos a un caso fallado por la Suprema Corte de Filipinas (10) al señalar los siguiente:

> "*Así, existe la tendencia de respetar en la mayor medida el consentimiento informado del niño que se va a intervenir quirúrgicamente, pues "cuando una persona es biológica y naturalmente intersexual el factor determinante para la clasificación de su género será aquél que el individuo, como principal afectado, alcanzando la mayoría de edad y con buenas e informadas razones, se sienta como hombre o mujer".* (4).

5. ¿Queda algún márgen para la acción del médico?

Sí hay espacio para la acción de los equipos de salud. Afortunadamente la Corte escuchó argumentos médicos que dejan un margen de acción:

> *"(...) Así, esta Corporación ha señalado que en general corresponde a la propia persona definir su identidad sexual...por lo cual la protección a la autonomía sugiere que esas intervenciones hormonales y quirúrgicas debían ser postergadas hasta que el paciente pueda prestar un consentimiento informado; sin embargo, según*

> *muchos galenos, esa espera tiene no sólo efectos psicológicos graves sobre el menor sino que además reduce considerablemente las posibilidades de éxito de los procesos de identificación sexual y de género de la persona, por lo cual, conforme al principio de beneficiencia, parece necesario asignar el sexo y realizar las correspondientes intervenciones médicas lo más rápido posible. (...)"* (5).

Desde el punto de vista del equipo de salud algunas intervenciones médicas deben iniciarse en forma urgente para salvar la vida de algunos pacientes con DDS. Así ocurre con los pacientes afectados por hiperplasia suprarrenal congénita clásica variedad perdedora de sal, en la que si no se inicia el tratamiento prontamente puede ocurrir la muerte por desorden hidroelectrtolítico severo en los primeros días de vida (11-13).

En este sentido la Corte también ha señalado en sus Sentencias SU-337/99 y T-622/14 que, cuando existan riesgos para la salud y la vida digna del individuo que en el concepto del médico requieren una cirugía urgente, es procedente el consentimiento sustituto de los padres (5,7).

La Corte también sugiere un umbral de edad de cinco años para definir quién debe dar el consentimiento informado en los casos de DDS. Esto significa que los padres pueden dar el consentimiento substituto si el menor tiene menos de cinco años; en caso contrario, habrá que esperar a que el afectado tenga la edad suficiente para que dé su consentimiento. Con relación a este umbral la Corte expresó en su Sentencia SU-337-99:

> *"La sentencia concluyó que en niños menores de cinco años, el permiso paterno es legítimo, pero siempre y cuando se trate de un "consentimiento cualificado y persistente".* (5)

Por otro lado, en relación con las intervenciones quirúrgicas reconstructivas, si bien pueden ser postergadas en la gran mayoría de pacientes, esta decisión también podría afectar a los pacientes, aunque la información al respecto es controversial porque las cirugías rara vez son urgentes.

Adicionalmente en la Sentencia T-551 de 1999 la Corte Constitucional ha señalado la necesidad de que los protocolos sean desarrollados directamente por la comunidad médica, eso sí dentro del marco normativo que fije el Congreso y teniendo en la cuenta estándares para que la autorización paterna se ajuste a la Constitución (8).

Por otro lado, es importante recordar que la Corte Constitucional ha consagrado en repetidas ocasiones la obligatoriedad de obtener un "*consentimiento informado calificado y persitente*" de los padres antes de iniciar los procedimientos médico-quirúrgicos en los pacientes con DDS (8,14,15).

Conclusiones.

En la tabla 3 se presenta un resumen de la evolución de los conceptos y de la orientación terapéutica de los DDS, con base en la propia experiencia clínica y en los fallos de la Corte Consititucional relacionados con el tema.

Tabla 3. Evolución de los conceptos y del manejo de los pacientes con DDS*.

Antes	Actualmente
Grupo interdisciplinario del equipo de salud.	Grupo interdisciplinario del equipo de salud, paciente, familiares, acudientes, abogados.
Clínica de ambigüedad sexual.	Clínica de desórdenes del desarrollo y diferenciación sexuales (DDS).
Junta Médica.	Junta Médica.
Evaluar fenotipo y exámenes.	Evaluar fenotipo, exámenes y preferencias.
Registro fotográfico "obligatorio".	Registro fotográfico "solo si hay consentimiento".
Decidir antes de 18 meses de edad.	Decidir cuando el paciente lo desee.
Convencimiento.	Consentimiento informado, cualificado y persistente.
Consentimiento de los padres.	Umbrales para consentimiento de los padres (5 años) – Consentimiento preferencial de los niños, niñas y adolescentes afectados.
Enfermedad.	Desorden.

Dos sexos biológicos.	Al menos tres posibilidades.
Orden de la junta médica.	Orden de la junta médica, intermediación, autorización, tutela.
Autonomía médica y beneficencia del paciente.	Autonomía del menor de edad y, secundariamente de los padres o acudientes.
Practicar cirugía casi siempre.	El niño, niña, adolescente o adulto decide si se hace o no cirugía o tratamiento.
Libros y artículos de medicina.	Libros y artículos de medicina y sentencias de las altas cortes.
De la medicina.	Al derecho.

*Fuente: Elaboración propia.

Los equipos de salud deben ser conscientes de que la jurisprudencia relacionada con el tratamiento de pacientes con DDS ha hecho que este evolucione de un manejo fundamentado en los principios de beneficencia y de autonomía médica, a uno centrado en la autonomía del paciente. Esto conlleva a la necesidad de continuar tratando los pacientes con DDS en equipos multidisciplinarios con experiencia y de tomar las decisiones en forma conjunta entre el equipo de salud, el paciente y sus padres en el caso de menores muy pequeños.

Dadas las dificultades de los tratamientos médico-quirúrgicos, su carácter invasivo, sus resultados no siempre exitosos y los riesgos de los tratamientos, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado que el consentimiento para hacerse o no dichas terapias debe ser calificado, constante y firmado por el paciente cuando tenga la madurez y los conocimientos suficientes, y haya definido su identidad sexual. Se exceptúan del anterior precepto los casos urgentes que pongan en riesgo la salud y la

vida digna de los pacientes, en cuyo caso el consentimiento sustituto de los padres sigue siendo válido.

Aún hay lugar para que la comunidad del área de la salud elabore protocolos de atención basados en la evidencia científica, respetando la jurisprudencia. A su vez, las Cortes y los legisladores deberán consultar y respetar los avances de los conocimientos médicos en relación con el diagnóstico y tratamiento de los DDS en el momento de proferir sus sentencias y emitir sus normas.

Referencias

1. Hughes IA, Houk C, Ahmed SF, Lee PA, LWPES1/ESPE2 Consensus Group. Consensus statement on management of intersex disorders. Arch Dis Child. 2006; 91(7): 554–563.

2. Ruiz AI. Desórdenes del Desarrollo y Diferenciación Sexuales. En: Cifuentes R, Lomanto A (Eds.): Texto de Obstetricia y Ginecología. FECOLSOG. Federación Colombiana de Asociaciones de Obstetricia y Ginecología. Altavoz Editores, Bogotá. Mayo de 2010. Páginas: 697-709. ISBN: 978-958-99412-0-1.

3. Ruiz-Parra AI, Vargas Fiesco DC. Desórdenes de la diferenciación y desarrollo sexuales. En: FECOLSOG, Texto de Obstetricia y Ginecología, tercera edición, Editorial Amolca, 2020, En prensa.

4. Corte Consitucional de Colombia. Sentencia T-622/14. Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

5. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-337/99. Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

6. Conte FA, Grumbach MM. Chapter. 15. Disorders of sexual determination & differentiation. En: Gardner DG, Shoback D. (Eds): Greesnpan's Basic & Clinical Endocrinology. 8th. Edition- McGraw Hill. New York. 2007. pp. 562-610.

7. Academia Nacional de Medicina. Escrito allegado a la Secretaría General de la Corte Constitucional dentro del proceso para la Sentencia

T-622/14 de la Corte Constitucional. 22 de julio de 2014.

8. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-551/99. Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

9. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1025/02. Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL.

10. Supreme Court of the Philippines. Second Division. Jennifer Cagandahan contra la República de las Filipinas (2008). Disponible en: http://www.icj.org/sogicasebook/republic-of-the-philippines-v-jennifer-cagandahan-

11. Gurgov S, Bernabé KJ, Stites J, Cunniff CM, Lin-Su K, Felsen D, New MI & Poppas DP. Linking the degree of virilization in females with congenital adrenal hyperplasia to genotype. Ann New York Acad Sci 2017 1402 56–63. https://doi.org/10.1111/nyas.13370.

12. Speiser PW, Arlt W, Auchus RJ, Baskin LS, Conway GS, Merke DP, Meyer-Bahlburg HFL, Miller WL, Murad MH, Oberfield SE, et al. Congenital adrenal hyperplasia due to steroid 21-hydroxylase deficiency: an Endocrine Society clinical practice guideline. J Clin Endocrinol Metab 2018 103 4043–4088. (https:// doi.org/10.1210/jc.2018-01865).

13. Riedl S, Röhl F-W, Bonfig W, Brämswig J, Richter-Unruh A, Fricke-Otto S, et al. Genotype/phenotype correlations in 538 congenital adrenal hyperplasia patients from Germany and Austria: discordances in milder genotypes and in screened versus prescreening patients. Endocrine Connections 2019: 8: 86–94.

14. Corte Consitucional de Colombia. Sentencia T692/99. Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ .

15. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1390/00. Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

AUTONOMÍA MÉDICA CON AUTORREGULACIÓN

Dr. Hernán Jiménez Almanza. MD
Magistrado del Tribunal Nacional de Ética Médica

Dentro de la filosofía moral la palabra autonomía puede tener muchas acepciones, proviene etimológicamente del griego autos (uno mismo, propio) nomos (ley, norma).

Para la Real Academia de la Lengua autonomía "es la condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie". Desde la época de Sócrates la autonomía médica se comportó de una manera paternalista y supremacía del médico sobre su paciente, esto definitivamente mostraba a un paciente que recibía consejos e indicaciones como sujeto pasivo lo cual duró por muchos siglos, comenzó a cambiar en la época de Kant donde se indica la capacidad del individuo de gobernarse por una norma que él mismo acepta como tal, sin intervención externa.

En este mismo contexto autónomo es aquel que libremente actúa dentro una norma libremente adoptada. En el año 1973 la Asociación Americana de Hospitales publicó la carta del derecho de los pacientes, los cuales antes no se tenían en cuenta.

Hasta hace no mucho tiempo la posición de individuo que tiene el conocimiento tomaba las decisiones de una forma paternalista sobre el paciente donde el médico indicaba el tratamiento médico quirúrgico y el paciente sencillamente lo aceptaba.

También apareció por esta época apareció un movimiento apoyado en herramientas estadísticas, mostrando una correlación sólida entre las intervenciones asistenciales y sus resultados que se llamó medicina basada en la evidencia y que a su vez sirve de respaldó a los protocolos o guías de atención, que no son nada diferente a recomendaciones explícitas de

tratamiento para situaciones específicas, fundadas en la investigación, validada por la estadística.

Esto cambió de una forma radical en Colombia cuando apareció la Ley 100 de 1993 donde se crea un intermediario financiero, que tuvo intervención especialmente sobre la autonomía médica estableciendo controles sobre las decisiones sobre el paciente tanto financieras, auditorías sobre el gasto médico, tratamientos específicos e inclusive limitando el actuar médico sobre los tratamientos médico-quirúrgicos en el paciente.

El concepto de autonomía médica es el conjunto de acciones orientadas a la atención integral en salud aplicadas por el profesional legalmente autorizado para ejercerlas. El acto profesional se caracteriza por la autonomía y la relación entre el profesional y el paciente.

La Asociación Médica Mundial estableció, que la autonomía y la independencia médica son esenciales para una atención de calidad en salud en beneficio de los pacientes y la sociedad. Esa autonomía profesional e independencia clínica describen la libertad del médico de expresar su opinión profesional con respecto a la atención de salud y el tratamiento de sus pacientes sin influencia indebida o inapropiada de terceras partes o personas.

No se puede pensar en calidad de la atención de los servicios de la salud sin esta autonomía médica; donde esta no esté presente, difícil que exista calidad en la atención, no se puede pensar en calidad de la atención de los servicios de la salud sin esta autonomía médica.

La ley estatutaria que fue sancionada en el año 2015 “regula el derecho fundamental a la salud basada en unos principios y elementos esenciales que serán los encargados de impactar la prestación de los servicios y tecnologías en salud con el fin de asegurar una atención acorde a las necesidades de la población. Esta ley que regula el derecho fundamental a la salud actuando sobre los problemas de la atención relacionados con la calidad la oportunidad y el acceso a los servicios”. Otro de los puntos fundamentales de esta ley es la autorregulación.

Uno de los beneficios más importantes de la ley estatutaria es que a través de este derecho fundamental, todos los colombianos tienen el derecho fundamental a los servicios de salud. Esto implica que todo ciudadano debe ser atendido en las entidades de salud y el estado está obligado a velar por esto.

"Las personas tienen derecho recibir los servicios de salud de manera continua. Una vez la provisión de un servicio asistencial es iniciada este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas".

Los servicios de salud deben ser integrales, con accesibilidad rápida y efectiva. Pasamos de un sistema mercantilizado a una autonomía médica con autorregulación y una relación médico paciente en la cual además de la autonomía médica existe la autonomía del paciente y el respeto por sus decisiones.

La capacidad de decisión del paciente es parte constitutiva de la relación terapéutica en la que debe participar como persona y sujeto moral. En esto es fundamental la relación médico paciente que debe ser de respeto mutuo, la solidaridad y el respeto de la dignidad de la persona humana.

Es importante recordar la frase de Armand Toulouse "el médico algunas veces cura, muchas veces alivia pero siempre consuela". Esto supone que sean los profesionales de la salud bajo consideraciones éticas, científicas quienes ejerzan su propia autorregulación, eso pasa por reflexionar sobre la emisión de guías y protocolos de tratamiento emitidos por las IPS, EPS, y el Ministerio de Salud, que deben ser guías, pero prevalece el concepto profesional en la individualidad del paciente.

La autorregulación debe ser individual apegada a la"lex artis" y colectiva con la intervención de la academia y las sociedades científicas.

La atención prestada al paciente y la competencia del médico debe ser siempre la preocupación primordial de cualquier sistema de autorregulación aquí entra un punto importante como es la educación continuada.

También la supervisión de los adelantos científicos y el uso de métodos terapéuticos efectivos y seguros.

Tener conciencia de los gastos medico quirúrgicos es otra obligación de la autorregulación en que deben participar los profesionales de la salud a través de la academia y las sociedades científicas.

Es importante insistir en que un ejercicio profesional responsable ético y competente, para obtener un mayor beneficio de los usuarios, la pertinencia

clínica y el uso racional de las tecnologías, dada la necesidad de racionar el gasto en salud, en la medida que los recursos son bienes limitados y de beneficio social.

En cuanto a esto último la Corte Constitucional sentenció: "la sostenibilidad fiscal tiene arraigo constitucional no tiene estatus de principio, sino criterio orientador e instrumento al servicio de los objetivos del Estado social de derecho… y ninguna autoridad puede prevalecerse, de tal herramienta para restringir el alcance o negar la protección efectiva de los derechos fundamentales".

Actividades profesionales y las conductas de los profesionales de la salud deben estar siempre dentro de los límites de los códigos de ética profesional vigente. Las asociaciones científicas deben alentar a los profesionales adoptar conductas éticas para mayor beneficio de los pacientes.

En la ley estatutaria es muy clara en indicar que no se deben permitir las prebendas o dadivas a trabajadores del sistema general de Seguridad Social en salud, y a trabajadores independientes sean estas en dinero o en especie. Empresas farmacéuticas productoras o distribuidoras y comercializadoras de insumos de dispositivos y equipos que no esté relacionado con un contrato laboral entre la institución y el trabajador, en mi concepto estas dádivas y prebendas que se volvieron muy frecuentes por las entidades farmacéuticas debían ser canalizadas a través de las entidades académicas y las IPS para la educación continuada de los médicos.

EL ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN DERECHO DISCIPLINARIO

Dra. Laura Morales Mora.
Abogada. Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia

La práctica médica es de naturaleza compleja, ya que implica la interacción de médicos y pacientes en espacios caracterizados por estrés y, en muchos casos, con insuficiencia de diversos recursos. En ocasiones pueden coexistir deficiencias que van desde la escasez operativa en los procesos o en la calidad hasta la inexistencia de insumos.

Las relaciones con la medicina están determinadas en la relación médico- paciente-IPS, con casi nulas delimitaciones de la responsabilidad, que no logran coordinarse, ni siquiera a partir de los contratos, haciendo necesario sumergir la discusión en el tema de la responsabilidad subjetiva con los siguientes cuestionamientos: ¿cómo se delimita la responsabilidad del médico? y ¿cómo hacer previsibles hechos que, en principio son imprevisibles para el médico o el paciente?

Para responder a la última pregunta se requiere un ejercicio de diligencia y cuidado de la persona razonable y, en esa medida, hacer previsibles daños que, en principio, se configuran como imprevisibles. De ahí se deriva el primer aprendizaje: En el ejercicio del derecho, se debe apelar siempre a la claridad.

En el derecho médico, la claridad no está dada por un pre-formato de consentimiento informado, ni por la minuta de un contrato con la IPS, tampoco va a estar plasmada en los programas de software de historia clínica que, en muchas ocasiones omiten elementos indispensables para que el documento sea claro, preciso, íntegro y completo.

La claridad va a estar plasmada en el tiempo que se ocupe en establecer los riesgos de cada procedimiento y ajustarlos a los antecedentes y necesidades del paciente, utilizando sabiamente los recursos que se tienen al alcance, en poner de presente a la otra parte, asuntos que pueden modificar el alcance de la responsabilidad del médico.

El segundo aprendizaje está relacionado con la necesidad de llenar de contenido al derecho médico, tanto por los médicos como por los abogados.

Este escrito pretende mirar nuevamente el análisis de la responsabilidad a partir de la subjetividad. La valoración subjetiva de la responsabilidad médica no se distancia de las lógicas normativas, reguladas a partir de los artículos 2.7.2.2.1.1.10 y siguientes del Decreto 780 de 2016, que establecen que nadie es responsable por aquello que no puede prever, anticipar o controlar. Así reza el texto normativo:

> *"El médico cumple con la advertencia del riesgo previsto, con el aviso que en forma prudente, haga a su paciente o a sus familiares o allegados, con respecto a los efectos adversos que, en su concepto, dentro de la práctica médica, pueda llegar a producirse como consecuencia del tratamiento o procedimiento médico"* y, por ello, "*debe dejar constancia en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto o de la imposibilidad de hacerla* y *quedará exonerado de hacer la advertencia del riesgo previsto cuando el estado mental del paciente"* y *"la ausencia de parientes o allegados se lo impidan o cuando exista urgencia o emergencia para llevar a cabo el tratamiento o procedimiento médico."*

La relación de asistencia en salud de los médicos genera una obligación de medios y no de resultados, según lo preceptúa el artículo 26 de la Ley de Talento Humano en Salud.

De manera que el profesional tiene un deber de cuidado y mantenimiento de la salud, y está obligado a actuar en la medida de sus posibilidades, sin que esto suponga ofrecer un resultado favorable al paciente, pues los resultados dañinos no son siempre consecuencia de una conducta reprochable, por lo imprevisible e incalculable del cuerpo humano.

En otras palabras, a pesar del actuar diligente del médico, existen múltiples variables que se escapan de su órbita de control, que se derivan en resultados adversos o contraindicados que no pueden endilgarse al médico.

Bajo ese entendido, cualquier acto médico tiene la potencialidad de producir un efecto indeseado o de generar consecuencias perjudiciales, sin que ello comporte por sí mismo una mala *praxis* en medicina, pues está en la órbita de las posibilidades infinitas de reacción diversa entre los distintos organismos.

El derecho entonces no es ajeno a la realidad de la medicina, los factores de imprevisión, idiosincrasia del cuerpo humano, lo aleatorio y conjetural de cada caso son elementos que complejizan su abordaje. No es fácil discernir cuándo un médico comete una falta, entendiendo que hay dificultades que se escapan a los profesionales más preparados, a los cálculos más precisos y a los exámenes más rigurosos, burlando incluso a los facultativos más prudentes, idóneos y juiciosos. Es por esto que el médico no es responsable por daños graves, ni siquiera por la muerte, sino por aquellos daños que comete pudiendo prever y es responsable por no haber informado al paciente de la posible ocurrencia de esos riesgos, pudiendo hacerlo.

El alcance de la responsabilidad en materia médica se delimita a partir de aquel riesgo previsto. Nadie debe responder por los daños imprevisibles ocurridos por vulnerabilidad y predisposición de la víctima.

En este punto se debe analizar y definir el concepto de *riesgo previsto*, bajo el entendido de que se diferencia con el riesgo prevenible. Hay riesgos previsibles pero no prevenibles. Los criterios sustantivos, a partir de los cuales se consideraba que un hecho es imprevisible, serían:

> *"1) El referente a su normalidad y frecuencia; 2) El atinente a la probabilidad de su realización, y 3) el concerniente a su carácter inopinado, excepcional y sorpresivo"*[1].

Para entender ello, es preciso citar al Dr. Roberto Serpa Flórez[2], quien

[1] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Fecha. (M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo; 26 de Julio de 2005)

2 Serpa Florez, R. (1997). Tribunales de Etica Medica el Juicio Etico-Disciplinario. Revista Temas Socio-Juridicos, 33. Recuperado de https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/rtemscj33&id=57&div=9&collection=journals

aclara la diferencia entre previsión y prevención a partir del siguiente ejemplo: en una intervención quirúrgica puede presentarse a veces una hemorragia en capa que no puede ser prevenida aunque se pueda pensar en la posibilidad que se presente; por otra parte, en el caso de un paciente con problemas de coagulación, un hemofílico, la hemorragia es previsible y prevenible y si un cirujano omite hacer las pruebas de coagulación somete a su paciente a un riesgo que debió prevenir y prever.

Los diferentes sistemas y la doctrina jurídica mayoritaria coinciden en que, superada la verificación de las condiciones fácticas de cada caso, es necesario hacer un test de causalidad jurídica o mejor, un test sobre *"el alcance de la responsabilidad*", para poner límites a los resultados del test de la causalidad fáctica. De allí la importancia de ajustar las consideraciones bioéticas a las posibilidades de acción de cada uno de los médicos.

¿Por qué es necesario limitar los resultados de las consideraciones fácticas? Porque con el mero análisis de las condiciones fácticas puede concluirse que un daño fue causado, no obstante, éste pudo haber sido producido por factores externos a la órbita del control del médico e inclusive ser provocado por el mismo paciente. Las meras consideraciones fácticas no permiten fijar un límite a la responsabilidad y, por ello, debe fijarse un límite a la extensión de la responsabilidad, a partir de su análisis subjetivo.

En otras palabras, la normatividad procesal presupone que exista una plena demostración de la conducta reprochable, como requisito ineludible del debido proceso, previa la exigencia de responsabilidad. Consecuentemente no se podrá resolver en materia ético-disciplinaria si no obran en el proceso legalmente producidas las pruebas que conduzcan a la certeza sobre la existencia de la falta (aspecto material u objetivo) y la responsabilidad del médico (aspecto subjetivo).

Para descartar la idea de una responsabilidad objetiva en la prestación de los servicios médicos, se presentan argumentos como los siguientes:

- La responsabilidad objetiva incrementaría el costo de los servicios haciéndolos inaccesibles a las personas.
- Una responsabilidad objetiva inhibiría a muchos profesionales a implementar ciertos procedimientos de riesgo, en perjuicio de los mismos pacientes, que a pesar de ser los indicados, podrían implicar resultados eventuales.

- En la ciencia médica siempre hay algo de aleatorio e interviene considerablemente el factor reaccional del enfermo; así como en las intervenciones quirúrgicas se pueden presentar complicaciones imprevisibles, que pueden ser ajenas a la labor desplegada por el galeno.
- En los pacientes se pueden presentar anomalías o reacciones, que no siempre son previsibles.

Conclusiones: La previsibilidad en el análisis de la culpa

El médico debe poner toda su diligencia y cuidado en procurar la curación del enfermo, de conformidad con los avances de la ciencia médica. Si no atiende cabalmente su obligación deberá responder por ello.

Como eximentes podrá alegar las circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito:

No responde el profesional médico, cuando los criterios de la lex artis no permiten deducir que en el ejercicio de su práctica surja un evento de inesperada realidad, imprevisto o inevitable. La responsabilidad del médico ha de basarse en una culpa incuestionable, patente, es decir, que revele desconocimiento de los deberes que impone la ciencia médica. La conducta del médico debe ser negligente o culpable para que pueda condenársele. No sucede lo propio con el facultativo que se encuentra ante dificultades que se equiparan a una imposibilidad.

Es evidente que el momento ontológico del análisis de la culpa implica un análisis de previsibilidad. Y esto lleva siempre a la siguiente afirmación: La previsibilidad es parte fundamental del elemento de la culpa en las responsabilidades subjetivas.

El reproche por la desviación de conducta en relación con el médico prudente consiste muchas veces en no haber previsto el agente las consecuencias de sus actos. Simplificando el tema podemos plantear lo siguiente:

(i) Debe admitirse que realmente la previsibilidad, como hemos visto, ha estado presente en la teoría de la responsabilidad desde sus orígenes y debe aclararse que es necesaria porque cumple una función: no está directamente relacionada con resultados anómalos ocurridos en cada caso, sino que responde a una verificación del actuar de la persona.

(ii) Puede afirmarse que la previsibilidad en el análisis de la culpa es una previsibilidad más general, es en relación con la sociedad (lo que debía prever el agente en relación con los daños, que todavía son indeterminados, que puede causar a terceros). Como vimos, en aquellos casos en que el agente no previó y para un agente prudente no fuera posible prever el resultado, no habrá responsabilidad.

(iii) En medicina existen casos de daños causados a pacientes con extrema vulnerabilidad a sufrir un daño, donde el rol de la previsibilidad se hace evidente porque excluye la responsabilidad.

REFERENCIAS

Ley 23 de 1981. Por la cual se dictan normas en materia de ética médica. Febrero 18 de 1981. DO. 35.711.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Fecha. (M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo; 26 de Julio de 2005).

Serpa Florez, R. (1997). Tribunales de Etica Medica el Juicio Etico-Disciplinario. *Revista Temas Socio-Juridicos*, *33*. Recuperado de https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/rtemscj33&id=57&div=9&collection=journals

RESPONSABILIDAD DEL ANESTESIÓLOGO EN EL INTRUSISMO MÉDICO

Dr. William L. Murillo*
Magistrado del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca

Resumen

En un acto de salud en el cual media la participación de un anestesiólogo, su actuar es casi siempre de carácter colaborativo. Dentro de esta cooperación, un escenario ideal debe marcar la congruencia de las competencias formativas y éticas de cada uno de los integrantes del equipo interviniente. Para ello se plantea una delimitación de responsabilidades y compromisos cuyas obligaciones están entrelazadas, con base en dos principios: 1) el de confianza. 2) el de división del trabajo. Lo anterior nos pone de manifiesto que no se puede desligar la actividad del anestesiólogo, de aquella realizada por el interviniente, puesto que una es complementaria de la otra.

La conducta del médico en su ejercicio profesional puede ser objeto de sanción tanto por parte de los Tribunales de *É*tica Médica, como por otras jurisdicciones. De ahí que a fin de gestionar su propio riesgo y obviamente el del paciente, el anestesiólogo tiene la obligación ética de saber con quién trabaja. En consecuencia, debe romper con la creencia de que basta con que él posea idoneidad en su especialidad y lo que suceda en el acto médico y/o quirúrgico no lo involucra por no ser quien lo realiza.

Palabras clave: Responsabilidad del anestesiólogo, intrusismo médico, error iatrogénico, imprudencia médica.

Introducción

La especial relación existente entre anestesiólogo e interviniente, es el objetivo central del presente artículo. El interviniente al que me refiero, es el profesional de diversas áreas de la salud: radiología, obstetricia, odontología, etc., y no precisamente cirugía, como muchos podrían suponer.

En un acto de salud, la participación del anestesiólogo será casi siempre de carácter colaborativo. Se trata de un profesional cuya contribución en el área de la salud es fundamental: de una parte, para resguardar al paciente del sufrimiento físico o psicológico que genera un acto quirúrgico, diagnóstico, obstétrico, odontológico, etc. Y de otra parte, para que otros profesionales puedan proceder con tranquilidad ante ese paciente libre de dolor.

Dentro de esta cooperación, un escenario ideal debería marcar la congruencia de las competencias formativas y éticas de cada uno de los integrantes del equipo interviniente. Sin embargo esto no siempre es así, pues entre algunos médicos y no médicos, hay comportamientos que faltan a esa armonía, siendo el intrusismo una de esas conductas disruptivas.

El intrusismo médico consiste en la práctica de actividades propias de la profesión médica o de una especialidad de la medicina, sin contar con la adecuada pericia formativa, lo que genera graves riesgos en la atención sanitaria. Esa práctica indebida podría tener su origen en la deficiente enseñanza de la ética en las facultades de medicina. Súmese a ello que la gran mayoría del personal médico ejerce su actividad laboral con desconocimiento de las implicaciones de sus actos profesionales. Es decir, ignoran que de su práctica no solo se derivan responsabilidades sanitarias, sino éticas y jurídicas (Vera, 2013).

En Colombia, de manera singular (al menos en el contexto latinoamericano), las pautas éticas del ejercicio profesional del médico hacen parte del ordenamiento jurídico. Están enmarcadas en la Ley 23 de 1981 y su Decreto Reglamentario 3380 de 1981. Con esta ley, además de velar por una práctica médica dentro de los cánones de la *lex artis*, el legislador instituyó un régimen disciplinario. Mediante este régimen, los médicos pueden ser juzgados por sus pares (Tribunales de Ética Médica), en caso de infringir normas de conducta relacionadas con el ejercicio de la medicina.

Vale la pena resaltar que para juzgar la conducta ética del médico no es necesario que exista un daño. Esta conducta tampoco se circunscribe al

ejercicio estricto de la profesión en relación con el paciente, sino que se extiende al proceder con las instituciones donde labora; con colegas y con otros profesionales de la salud. Por lo tanto, el médico debe tener en cuenta los principios regentes de sus decisiones y comportamientos frente a estos. De ahí por qué el incumplimiento de alguno de los preceptos de Ley 23 de 1981, es motivo para que un galeno resulte sancionado disciplinariamente. Inicialmente por cualquiera de los Tribunales Regionales de Ética Médica, en segunda instancia por el Tribunal Nacional de Ética Médica y en instancia superior por el Ministerio de Salud, sin perjuicio de ser sujeto de juicio ante jurisdicciones como la civil y la penal.

Desarrollo

En el equipo conformado por anestesiólogo e interviniente para la realización de un procedimiento médico o quirúrgico, se plantea una delimitación de responsabilidades y compromisos. Esas obligaciones están entrelazadas, con base en dos principios: 1- el de confianza, donde un profesional espera que el otro actúe adecuadamente de acuerdo con sus capacidades y 2- en el principio de división del trabajo (relación horizontal), que atiende a las competencias y conocimientos según la formación académica de cada uno de los integrantes del equipo.

Al no existir una relación jerárquica, el cirujano no tiene como función vigilar el trabajo del anestesiólogo. Sin embargo, debe estar atento a que la práctica de la anestesia se lleve a cabo con control y vigilancia puntuales. En el mismo orden de ideas, el anestesiólogo no está para fiscalizar la ejecución del procedimiento, pero debe cerciorarse previamente que quien vaya a realizar la cirugía, sea un profesional idóneo, especialmente cuando ha sido contratado de manera particular por éste.

Igualmente, el anestesiólogo tiene la obligación de intervenir si durante el acto percibe un proceder que pueda ser lesivo para el paciente. Esto teniendo en cuenta que las diversas actividades médico-quirúrgicas tienen conexidad entre sí. Ninguna de ellas es independiente de las otras, pues todas tienen como centro de su acción la vida y la salud del paciente. Por ello a la hora de endilgar responsabilidades, el art. 94 de la Ley 599 del 2000 dice: “los daños causados con la infracción deben ser reparados por los personalmente responsables en forma solidaria y por los que conforme a la ley sustancial están obligados a responder”.

Por ello cuando un anestesiólogo acepta trabajar con un interviniente de quien sabe o presume que tiene falencias formativas para la ejecución del procedimiento que pretende llevar a cabo, incurre en culpa activa. O sea que sabiendo cuál es el deber ser, no procede en consecuencia. Infringe así el deber de prudencia al conducirse con ligereza sin prever los desenlaces producto de su acción (González, 2017). Esto puede contribuir para la materialización de daño en bien jurídico tutelado como es la salud del paciente el paciente.

Es importante recordar que con el Art.18 de la Ley 1164 del 2007, (Ley de Talento Humano), se reglamentó el ejercicio de las especialidades médicas en Colombia. Sin embargo, esta ley ha sido prácticamente desconocida incluso por el poder legislativo. En varias ocasiones ha habido proyectos (fallidos) para intentar reglamentar lo ya reglamentado en una ley vigente. Por lo tanto, quien ejerza actividades propias de una especialidad sin contar con la formación idónea, estará incurriendo en su ejercicio ilegal. Igualmente, quien ofrezca apoyo para dicho ejercicio estará incumpliendo el Art. 53 de la Ley 23 de 1981. Esta situación en la que hay una relación de causalidad ética y psicológica entre el médico y su conducta, estaría tipificando un actuar voluntarioso, con violación a los principios elementales de la lex artis médica.

Aunque pueda parecer exagerado, podríamos hacer una parodia de este tipo de proceder por parte del interviniente y del anestesiólogo. Imaginemos que estamos ante un equipo cuyos miembros pasan a asumir un comportamiento similar al esbozado por las personas con una conducta sociopática. El proceder sociopático se caracteriza por ser una condición psiquiátrica de comportamiento crónico de manipulación, explotación o violación de los derechos de los demás. Quien así actúa cree tener todo el derecho de comportarse como lo hace y por lo tanto se siente merecedor de privilegios y beneficios (Mayo Clinic).

Este hecho puede repetirse una y otra vez con diferentes actores, configurando una situación similar al llamado triángulo dramático propuesto por Stephen Karpman (camino, 1998). En este se escenifica un ambiente en el cual hay un perseguidor que podría ser representado por el interviniente imperito, quien con su actuar parece menospreciar a su paciente. Hay un salvador que podría ser interpretado por el anestesiólogo, quien ofrece su ayuda y necesita que lo necesiten. Finalmente está la víctima, papel

jugado por un paciente que se menosprecia al no indagar por la formación académica de su interviniente. Se deja llevar quizás por la ilusión de lo aparentemente fácil o por el espejismo del menor valor monetario a pagar.

Quienes esbozan este tipo de comportamiento solo se interesan en recibir el beneficio producto de su actividad sin reparar que con su conducta están contribuyendo a lesionar a otros. Desconocen el art. 1° inc. 3° de la Ley 23 de 1981 que establece: "el médico se ajustará a los principios metodológicos y éticos que salvaguardan los intereses de la ciencia y los derechos de las personas, protegiéndolas del sufrimiento y manteniendo incólume su integridad". No obstante, en el ámbito privado es común encontrar anestesiólogos a quienes no les importa saber si el interviniente con quien trabajan es idóneo o no. Estos habitualmente proceden con la realización del acto anestésico, pensando quizás que su responsabilidad no va más allá de ese acto puntual.

Este comportamiento puede ser debido a que aparentemente desde el punto de vista legal, el anestesiólogo no tiene como función conocer previamente de la cualificación del interviniente. Sin embargo, tal obligación emerge de las normas, principios y valores que se desprenden, ora por hermenéutica sistemática, gramatical, histórica, o sociológica, de todo el plexo normativo positivo que rige el tema de la responsabilidad civil. No solo la contractual, sino también la extracontractual, así como de las reglas y tratamiento de la culpa y la diligencia. Por lo tanto, a fin de gestionar su propio riesgo y obviamente el del paciente, el anestesiólogo tiene la obligación *ética* de saber con quién trabaja. Debe entender que su función se realiza mediante el análisis e interpretación amplia de las condiciones generales con las que cuenta para llevar a cabo su labor. Esto supone un cierto grado de concreción con relación a su equipo y ambiente de trabajo, así como a las particularidades clínicas del paciente. Atribuirle a su valoración médica un significado específico, coherente y útil, le permitirá al anestesiólogo encauzar su participación hacia aquello que sea de mejor beneficio para su paciente.

Justamente dentro de esa concreción, vemos que el anestesiólogo lleva a cabo la consulta pre-anestésica y obtiene el consentimiento del paciente. Asimismo, para la realización del procedimiento, revisa el funcionamiento de sus equipos antes de acceder al acto anestésico. Las preguntas serían: ¿por qué verifica las máquinas, si en principio esta es una obligación de la institución donde está trabajando? ¿por qué no es diligente de la misma

manera indagando respecto al elemento preponderante como es su equipo humano de trabajo? La posible respuesta sería que lo primero lo hace intuitivamente como parte de la preparación del evento a realizar, dentro del esquema de gestión del riesgo (Arenas, 2010). Lo segundo simplemente lo negligencia amparándose en que no hay una ley explícita que lo obligue a ello. Por eso sin inmutarse, decide actuar a riesgo como si se tratara de una apuesta de ruleta rusa.

Cuando el anestesiólogo es llamado de manera directa por el interviniente, obviamente tiene el deber de cerciorarse de la idoneidad profesional de quien contrata sus servicios. No como una obligación legal explícita, sino por principio ético y como mecanismo profiláctico de gestión del riesgo. No hacerlo, resultaría ser un acto omisivo que estaría llevando al paciente a ser sometido a un riesgo injustificado. Su actuar voluntarioso, podría estar contribuyendo a que manos imperitas lesionen la integridad, la salud e incluso la vida del paciente. No perdamos de vista que el anestesiólogo como médico que es, también tiene entre sus obligaciones la prevención de daños al paciente.

Si por el contrario, el llamado del anestesiólogo es realizado por una entidad, él puede transferir la responsabilidad de saber de la idoneidad del interviniente a la institución (siempre y cuando lo indague ante *é*sta. De no hacerlo también respondería). La entidad de salud tiene dentro de sus funciones administrativas de gestión del riesgo, la obligación de solicitar la acreditación de los profesionales que en ella laboran, incluida la del anestesiólogo.

Debe tenerse en cuenta que los actos médico-quirúrgicos en los que existe la participación de intervinientes actuando como intrusos, generalmente son de carácter electivo. Así que el anestesiólogo que en estos casos participe, dispone del tiempo suficiente para indagar sobre la cualificación de quien va a fungir como interviniente. Al no hacerlo, si un hecho dañoso se llegara a materializar, estaría incurriendo en antijuridicidad debido a la inobservancia de las precauciones y cautelas más elementales de la lex artis. No precisamente en lo tocante a la calidad del acto anestésico en sí, sino por cohonestar de manera consciente con quien no tiene la formación académica idónea.

De esta manera el anestesiólogo crea un riesgo que tiene nexo causal con su conducta ya que es *él* quien facilita las cosas al dejar al paciente en

posición de indefensión para ser intervenido por el intruso (Wüst, 2016). A este respecto el art. 2344 del CC dice: "si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los arts. 2350 (caso fortuito) y 2355 (a menos que se pruebe que el hecho se debe a la culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso será responsable ésta sola". Vemos entonces que: "a *la culpa del uno se puede sumar el descuido o falta de vigilancia del otro. Ej.: El anestesiólogo que, sabiendo que un médico no es cirujano titulado y conociendo además su incompetencia t*écnica, procede con la anestesia" (Morales de Barrios, 1998).

De igual forma cuando el anestesiólogo sin justificación válida sale de la sala de cirugía y sucede un evento adverso, el interviniente es llamado a responder por lo sucedido. Lo hace justamente por cohonestar con la conducta aventurada del anestesiólogo, puesto que se trata de un trabajo en equipo. "*Así las cosas, si al cirujano le consta la realización de una conducta defectuosa por parte del anestesista y prosigue la operación, sin hacer nada para evitarla, se le puede hacer responsable, lo que no supone que se le condene en virtud de una conducta ajena y no propia*" (Silva Sánchez, 2004).

El intrusismo médico no es un hecho menor. Debido a su alta prevalencia, cada vez más se pone en riesgo la integridad y/o la vida de los pacientes. De acuerdo al Protocolo de Londres, entre los factores que pueden ser determinantes para la materialización de eventos adversos, están las habilidades, el conocimiento y la competencia de cada uno de los miembros del equipo interviniente (Ministerio de Salud de Colombia). También lo es la incongruencia e inconsistencia de ese equipo. De nuestra parte creemos que la deficiencia formativa de un miembro del equipo interviniente, más que a eventos adversos, conduce a la materialización del error médico el cual puede ser prevenible.

No perdamos de vista que la probabilidad de materialización de un evento dañoso, está en función de una ecuación en la cual el riesgo = amenaza x vulnerabilidad. En este contexto, la amenaza estaría representada por un profesional no idóneo y la vulnerabilidad la simbolizaría cualquier factor de fragilidad inherente al paciente. Así, siendo el hecho de suministrarle anestesia a un paciente teniendo pleno conocimiento que éste será sometido a un procedimiento por parte de un interviniente que no cumpla

con los parámetros de formación idónea, es factor contributivo para el surgimiento de errores catastróficos de origen iatrogénico. Haciendo una analogía, diríamos que de nada sirve que el capitán sea un experto en pilotear el avión, si el auxiliar de vuelo no sabe cerrar adecuadamente las puertas de la aeronave.

CONCLUSIONES

La actividad del anestesiólogo, debe estar enmarcada dentro de las llamadas acciones seguras de atención al paciente: gestión del riesgo de una manera general.

No se puede desligar la actividad del anestesiólogo, de aquella realizada por el interviniente, porque son complementarias entre sí.

La responsabilidad del anestesiólogo se genera por su propia acción u omisión.

Si se produce un daño por el anestesiólogo, es pasible de investigaciones en su contra.

William Libardo Murillo, Cirujano Plástico, Magíster en Derecho Médico, Especialista en Argumentación Jurídica, Miembro del Colegio de Abogados en Derecho Médico williamurillo@gmail.com

REFERENCIAS

Arenas, F., Lagos, M., & Hidalgo, R. (2010). *Los riesgos naturales en la planificación territorial*. Pontificia Universidad Católica de Chile, Centro de Políticas Públicas UC.

Asociación de Docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires. Abril 2016

Camino, L. V. Triángulo dramático. Barcelona 1998 http://lluiscamino.com/sites/default/files/Triangulo_Dramatico.pdf

González, J. G. Defensa médico legal en anestesiología**.** Aspectos Médico-Legales en la práctica de la Anestesia Revista Mexicana de Anestesiología. Vol. 40. Supl. 1 Abril-Junio 2017 pp S72-S75

https://www.mayoclinic.org/es-es/diseases-conditions/antisocial-personality-disorder/symptoms-causes/syc-20353928

Morales de Barrios, M. C. Franco Delgadillo, E. Guzmán Mora, F. - Responsabilidad del equipo de trabajo en salud - http://www.medicolegal.com.co/pdf/esp/1998/4/2/resequi_trabsalud_v4_r2.pdf

Silva Sánchez, J.M., "Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia del médico anestesista, La perspectiva del Tribunal Supremo", *DS,* Vol. 2, (enero – diciembre 2004), pp. 45-47

Vera, C. O. Aspectos éticos y legales en el acto médico. Rev. Méd. La Paz v.19 n.2 La Paz dic. 2013

Wüst C. G. Aspectos legales de la anestesiología.

https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/CA/Evaluar-frecuencia-eventos-adversos.pdf. [Links]

CONVERSACIONES DIFÍCILES EN MEDICINA. CÓMO DAR LAS MALAS NOTICIAS.

Dr. José Miguel Silva Herrera.
Magistrado Tribunal Nacional de Ética Médica

Es inherente al ejercicio de la medicina el entablar a diario conversaciones difíciles, con una frecuencia que varía según el área de la medicina donde se desempeñe el personal de salud, pero ineludible en cualquiera de los campos.

En las tres últimas décadas, la educación médica se ha dirigido con mayor énfasis a desarrollar competencias dentro de la formación de los estudiantes que se extienden mas allá de la necesidad imperativa de adquirir conocimientos sólidos y del interés de una permanente actualización de los mismos.

Se entiende que la formación incluye también facilitar y calificar la adquisición de saberes clínicos entre las que se destaca la elaboración completa y óptima de la historia clínica, como instrumento central para la aplicación del conocimiento científico. Es claro por otro lado, el énfasis en la adquisición de habilidades técnicas y de investigación. Otras competencias necesarias tienen que ver con las actitudes de buena disposición para favorecer el trabajo en equipo, evitar la soberbia y el exceso de confianza e interiorizar el respeto profundo y estricto por los requerimientos de ley, así como, el resaltar las aptitudes vocacionales en adición a los valores de compasión, empatía y solidaridad, entre otros.

Desempeñan un papel preponderante entre las habilidades que integran el conjunto de destrezas exigidas al médico actual, las de comunicación. Solicitar permiso para un autopsia, comunicar errores médicos, enfrentar situaciones de inconformidad, así como dar malas noticias con respecto a diagnósticos ominosos y tratamientos severos, constituyen conversaciones

difíciles donde un adecuado abordaje facilita la posibilidad de enfrentar sin tropiezos ni inconvenientes adicionales las circunstancias problemáticas.

Cuando de este tipo de comunicaciones no incluyen el rigor esperado en los momentos trascendentes suelen ser fuente de sentimientos negativos que entorpecen en adelante una productiva y sana relación médico-paciente.

No es posible aseverar que una noticia comunicada sin los cánones mínimos de respeto y empatía sea motivo de reproche en el ámbito ético-disciplinario en términos precisos y dentro de lo contemplado en la ley 23 de 1981, a pesar de que el artículo 11 establece: " 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" (1). Es frecuente si, que muchos procesos disciplinarios se originen como reacción negativa de quien recibe la mala noticia, y a partir de allí se detecten transgresiones de otros artículos de la ley de Ética Médica que permiten adelantarlos.

Son numerosos los ejemplos en la literatura universal, en que mensajeros portadores de malas noticias fueron ejecutados por orden de los gobernantes, reyes o faraones, sin ser estos causantes de los eventos desafortunados de los que daban cuenta. Sófocles en Antígona dijo "Nadie ama al mensajero que trae malas noticias". Esta respuesta psicológica asociada al contenido de los mensajes frecuentemente conduce a valoraciones negativas de quienes cumplen con la tarea de notificar verdades dolorosas. Aquí aparece una de las razones para mitigar el impacto con técnicas asertivas de comunicación.

Una mala noticia en medicina se caracteriza por ser aquella que altera la perspectiva acerca del futuro, tanto en el paciente como en su núcleo de allegados, en la medida que conlleva implicaciones rotundas de inoportunidad biográfica. De allí, que el impacto de una noticia no se puede estimar a partir del conocimiento del médico acerca de la enfermedad, sino como un fenómeno individual que envuelve factores ligados a la personalidad, creencias, apoyo familiar y al marco antropológico-cultural en el que se desenvuelve la persona afectada. El cambio que se produce en las perspectivas futuras dicho sujeto y su entorno, se relaciona en primer término con el concepto individual de vida, muerte, salud y enfermedad; también con las limitaciones, el dolor y el sufrimiento, asimismo, con la capacidad de trabajo, estabilidad económica o familiar, y otro tanto, con la repercusión en las percepciones individuales de éxito y felicidad.

La historia reciente respecto a la obligación de informar en medicina ha demostrado considerables cambios desde la segunda mitad del siglo XX hasta la actualidad. Estudios referentes a la forma de afrontar a los pacientes con cáncer en los años cincuenta y sesenta, demostraron que la notificación de la verdad no se contemplaba como un estándar de la práctica médica y que el 90% de los médicos preferían no informar (2). Posteriormente, los estudios demostraron que cada vez crecía la proporción de pacientes dispuestos a conocer la verdad en un rango entre el 50% y el 97%, al punto de que para finales de los años ochenta el 91% de los profesionales informaban sobre el diagnóstico de cáncer.(3,4)

Esto se explica porque en las dos últimas décadas del siglo pasado se produjo un importante transformación cultural, a partir del reconocimiento de la autonomía como valor fundamental del ser humano, característica propia y distintiva de la cultura liberal moderna, que presionó el cambio entre los médicos y su forma de ejercer, cuando a partir de la teoría del Consentimiento Informado se reconoció el derecho absoluto del paciente a conocer la verdad. Al tiempo se conoció que informar no incrementaba los riesgos asociados a ansiedad y depresión hasta niveles peligrosos para la vida y en cambio se notó, que el paciente adecuadamente informado mejora su confianza y logra mayor adherencia a los tratamientos recomendados. De tal forma que hoy no debe haber dudas entre informar o no informar, sino un adecuado interés por encontrar las mejores tácticas sobre cómo hacerlo bien.

Para el personal de médico en general, comunicar malas noticias es una fuente de desgaste profesional, lo que en gran parte obedece a la enseñanza deficiente que brindan la mayoría de las facultades de la salud, al no contar con un programa formal de entrenamiento en la materia. El aprendizaje de este tópico se relega a un proceso improvisado de ensayo y error. De lo anterior se desprende que esta sea una tarea difícil producto de la inseguridad, de la ansiedad, del temor a la complejidad de la interacción, y en especial, a la pobre capacidad de argumentación moral que se obtiene durante la formación. Son situaciones especialmente complejas cuando se trata de transmitir información de muerte, cáncer, enfermedades incurables, intratables o terminales, tratamiento agresivos y mutilantes.

La Teoría del Consentimiento Informado se basa en la información y el objetivo principal consiste en permitirle al enfermo gestionar su agencia moral. Los componentes del consentimiento informado, fueron enunciados inicialmente por Ruth Faden, en su libro "A *history and theory of in-*

formed consent", y posteriormente desarrollados más profundamente por Tom. L. Beauchamp y James. R. Childress, en su famosa obra "Principios de Ética Biomédica" (5). Allí se establecen siete elementos constituyentes del consentimiento informado, donde por encima de la **competencia, voluntariedad, recomendación, comprensión, decisión y autorización**, se resalta como factor transversal a todos ellos la **información** veraz, clara, suficiente, y respetuosa. (6)

Para transmitir el contenido de la mala noticia es necesario recurrir a una retórica elegante, sin expresiones burdas de franqueza rampante, sino que por el contrario implique un modo afectuoso y empático, para permitirle a la persona asimilar los hechos y así pasar, a la fase de selección de las opciones terapéuticas. También, esto permite en algún grado, tener la posibilidad de persuadirla hacia las recomendaciones mas acertadas en cada caso.

Es primordial resaltar que las competencias asociadas a las habilidades de comunicación no pueden ser entendidas como saberes menores, puesto que la adecuada aplicación de las mismas redunda en innumerables beneficios para quienes ejercen las ciencias de la salud. Tanto como los conocimientos y las destrezas técnicas son apreciadas se debe estimar la capacidad de promover comunicaciones efectivas. Si la delicada y correcta manipulación de los tejidos es obligatoria para los profesionales de la salud, lo es también, la capacidad de establecer conversaciones constructivas por el simple hecho de ser inherentes al quehacer.

Es una función ligada al profesionalismo proteger tanto la imagen individual como la del gremio y la de cada una de las ramas de la salud ante la sociedad. Nadie olvida dónde, cuándo ni cómo le fue transmitida una mala noticia, por eso es una oportunidad para demostrar altura profesional. Otra de las razones que obliga a cumplir este papel con decoro, es que es la ocasión que permite un impacto positivo para facilitar la buena atención y la buena relación médico-paciente.

De otro lado, cuando se desdeña esta responsabilidad que forma parte de la calidad de la atención pero en ningún momento corresponde de las oficinas de calidad, se favorecen los malos entendidos, las quejas y aún las demandas ante diferentes instancias, puesto que las reacciones son variables dentro una sociedad diversa y dependen a su vez, del entorno socio-cultural de la persona afectada.

Entre las publicaciones médicas se encuentran diversos protocolos para emprender las charlas de contenido difícil en el ámbito médico. Entre estos se destacan los protocolos CONES - para notificar errores médicos, HARD - para afrontar conflictos, SAFER para brindar información efectiva y SPIKES – para informar malas noticias; elaborados todos ellos por el oncólogo canadiense y profesor de la Universidad de Toronto, Robert Buckman; que constituyen una obra altamente referenciada en la literatura médica, la que ha servido de guía para adaptar los conceptos a las situaciones particulares de los interesados en el tema. El acrónimo SPIKES se construye de las palabras en inglés: lugar (Setting), percepción (Perception), invitación (Invitation), conocimiento (Knowledge), empatía (Empathy), resumen y planes (Strategy and summary).(7)

En cuanto al lugar y preparación del escenario, es aconsejable en primera instancia contar con un adecuado conocimiento de la historia clínica pues al no haber diferencia con otros actos médicos, el conocimiento de la misma es obligatorio para cumplir a cabalidad con la misión de informar sin imprecisiones. Las inexactitudes dentro de una conversación de este talante son demoledoras de la confianza y en consecuencia de la relación médico-paciente.

Se recomienda además propender por la mayor privacidad posible en un escenario aislado, sin interrupciones telefónicas o de otra índole, sin las barreras que establecen los monitores y aún el mismo escritorio. Es aconsejable cuando el paciente lo permita involucrar a las personas mas allegadas porque esto facilita la compresión de las ideas.

La percepción, se refiere a la necesidad de determinar el punto de partida y el grado de conocimiento acerca de la situación desde la que se inicia el diálogo con el paciente. La percepción de la persona enferma, puede ser irreal o estar apoyada en información equivoca. Por ello, la recomendación consiste en preguntarle antes de iniciar el diálogo, qué sabe de su enfermedad o procedimiento y qué ha entendido de lo que le han dicho.

El siguiente paso es invitar a la conversación, bajo el entendido de que cuando la persona enferma expresa su deseo de saberlo todo disminuye el grado de ansiedad; sin embargo, no todos los pacientes están interesados en conocer los detalles completos de su situación clínica. De allí que sean útiles algunas preguntas facilitadoras, tales como: ¿Qué cree que está pasando?, ¿Qué quiere saber sobre su enfermedad?, ¿ Le gustaría conocer todos los detalles o prefiere que se le cuentes a alguien más?...

En cuanto a la notificación de la mala noticia propiamente dicha se refiere, son diversas las recomendaciones ya que estas varían de acuerdo con las circunstancias. Es válido preparar a quien escucha con frases introductorias, de la siguiente categoría: " Siento decirle que…, Desafortunadamente..., Tengo malas noticias para usted..., etc; seguido de un lenguaje apropiado al nivel de compresión y vocabulario del interlocutor, sin tecnicismos, brindándole el tiempo necesario para asimilar la información.

De igual manera, se sugiere verificar constantemente qué de lo dicho por el tratante ha sido comprendido por el oyente. Muchas personas en esta situación se aislan y se distraen durante el diálogo con pensamientos que surgen de la inquietud por los familiares cercanos, los días de vida restantes, el trabajo, las obligaciones económicas, los síntomas venideros, etc, y pueden no captar la totalidad del mensaje.

Responder al contenido emocional de la charla es clave para preservar una sólida relación médico-paciente. Cuando la persona experimenta una fuerte emoción y el tratante no parece notarlo, se proyecta ante el enfermo frío e insensible. Una de las partes del proceso que acarrea mayor dificultad consiste en identificar cuál de las emociones entre temor, ira, decepción, incredulidad, negación, predomina o es detectable en un momento dado para demostrar empatía. Hasta que la emoción no se reduzca será difícil discutir otros puntos.

La mejor forma de redondear una entrevista que implica malas noticias, consiste en disponer del tiempo necesario para resumir los hechos, verificar que se transfirió la información deseada y así evitar que se creen falsas expectativas o malos entendidos. A continuación corresponde plantear las opciones de tratamiento o establecer un plan de acción asegurando apoyo por parte del tratante, debido a que cuando los pacientes y sus allegados tienen un plan preciso hacia el futuro, son menos propensos a sentirse ansiosos. Aún en los casos de muerte, es de buen recibo explicar y apoyar los pasos a seguir con respecto a los trámites de rigor.

Los elementos correspondientes de lo que se ha denominado comunicación efectiva, son útiles para tener en cuenta en el momento de cumplir con la tarea de entablar conversaciones difíciles en el ámbito hospitalario.

Estos conceptos han sido motivo de interés de la semiología, como ciencia que estudia los signos en la vida social y que analiza las costumbres, ritos y ceremonias, entre otras acciones, tendientes a complementar

el lenguaje en el acto de la comunicación de las sociedades humanas. Es así como se fortifica el argumento de que las personas y la sociedad en general, esperan un ritual apropiado para cada situación trascendental. La psicología, antropología y sociología, también han aportado normas básicas para establecer diálogos asertivos.

Las recomendaciones ya resumidas y abreviadas en una serie de sugerencias en este artículo, suelen parecer simples y obvias, pero son esenciales por cuanto no pueden faltar para asegurar que la conversación sea fluida y positiva, además de cumplir con el objetivo claro de trasmitir la importancia que revisten el enfermo y sus allegados para el personal de salud.(8)

El diálogo médico- paciente, interlocutores estos que suelen tener un grado mínimo de confianza, se debe iniciar con el saludo ajustado a las formas de cortesía, es decir, preferiblemente con el saludo de mano, esto antes de la pandemia, que incluye la presentación con el nombre y el cargo de quien tiene la tarea de informar. Aunque parece raro e innecesario recomendarle a los profesionales de la salud que saluden a los pacientes, en la vida real no lo es tanto, con relativa frecuencia se describe dentro de las quejas ante los tribunales de ética, la actitud prepotente y grosera de muchos facultativos que omiten este paso elemental.

Es primordial igualmente, referirse al paciente por el nombre y repetirlo varias veces durante el encuentro. Aparte de que esta táctica asegura que la conversación se está dando con la persona correcta permite además trasmitir confianza y le confiere a la charla tinte de particularidad.

En todos los escenarios, es necesario evitar conversaciones asimétricas o intimidantes, de tal forma que otra sugerencia consiste en sentarse a la misma altura e inclinarse hacia adelante para obtener una distancia cercana y respetuosa, que le aporte a la conversación calidez y privacidad. Salvar las barreras físicas y propender por una aproximación sin interferencias acorta las distancias reales e imaginarias.

La actitud aun para informar temas delicados debe ser relajada. Sin asumir posturas defensivas que indiquen nerviosismo o inseguridad. Los pies juntos en el piso, las manos sobre las piernas, mínima gesticulación y sin movimientos involuntarios, es el modo recomendado de proferir discursos consonantes.

Aplicar las tácticas de comunicación efectiva en combinación con los pasos del modelo *SPIKES,* ampliamente comentado en este artículo, facilitarán las conversaciones difíciles propias del quehacer médico e incrementarán las competencias que a este respecto debe cultivar un buen profesional preocupado no solamente por el conocimiento, las habilidades técnicas, las decisiones oportunas, sino también interesado en humanizar el ejercicio de una profesión que guarda en sus entrañas el arte de transmitir bonomía, compasión y respeto profundo por quien sufre.

BIBLIOGRAFÍA.

Ley 23 de 1981. Código de Ética Médica y su decreto reglamentario 3380 de 1981.

Kline NS, Sobin J. The psycological management of cancer patients. JAMA 1951; 146: 1547-51.

Brewin TB. The cancer patient communication and morale. Br Med J, 1977:2; 1623-7

Charlton RC, Breaking bad news. Medical Journal of Australia.1992 157; 615-621

(Faden R, A history and theory of informed consent, Oxford University Press ,New York, 1986

Beauchamps T, Childress J. Principios de Ética Biomédica. Ed. Oxford University Press. (2001) .

Buckman R. Breaking bad news. The SPIKES protocol.Difficult Conversations in Medicine, The Johns Hopkins Press. Baltimore. 2010. Pag. 21-75.

Silva JM. A propósito de las competencias médicas. Gaceta Jurisprucencial- Urgencias en Pediatría.. No 40. Julio 2020; 40: 11-18.

EXISTE NECESIDAD DE MODIFICAR, REFORMAR O REMPLAZAR LA LEY 23 DE 1981?

Dra. CLAUDIA LUCÍA SEGURA ACEVEDO
Abogada Secretaria del Tribunal Nacional de Ética Médica

En pocos días la llamada "LEY DE ÉTICA MÉDICA" cumplirá 40 años desde que fue promulgada, y como es bien sabido durante este interregno de tiempo han ocurrido muy importantes avances en materia de salud a todo nivel, pero además es evidente que la ley 23 de 1981 fue creada dentro de un marco normativo constitucional y legal (civil, penal, administrativo, disciplinario, etc.) muy diferente al que existe en Colombia actualmente.

Sin embargo, en torno a temas jurídico-procesales como los recursos contra fallos de fondo y algunos artículos de la ley 21 de 1981 (derogados por no haber sido congruentes con la Carta de 1991), se han llevado a cabo algunas sentencias de inexequibilidad o reformas jurisprudenciales por parte de nuestro legislador negativo, es decir por la Corte Constitucional.

Adicionalmente, desde hace algunos años han venido apareciendo varias normas que pretenden regular el sistema y el sector de la salud, así podemos encontrar la ley 100 de 1993 (que creó el Sistema de Seguridad Social), el Decreto 780 de 2016 (que reglamentó y compiló una serie de normas de la salud, entre ellas la Ley 23 de 1981), la Ley 1122 de 2007 (que modificó algunos tópicos del Sistema de Seguridad Social en Salud), la 1448 de 2011 (que reguló el derecho fundamental de la salud, autonomía profesional y limites integrales de servicios y otros temas), entre muchas otras normas que se han venido promulgando en desarrollo de la Constitución Política de 1991.

De tal manera, en los últimos cuarenta años es incuestionable que en materia normativa y administrativa relacionada con el Sistema de Seguridad Social en salud de nuestro país, se han venido dando a lugar grandes

cambios institucionales, que en la práctica incluyen la participación de particulares dentro del sector de la salud en calidad de personas jurídicas o naturales, la autonomía del médico y la del paciente, conflictos de responsabilidad médica que en consecuencia generan procesos judiciales civiles, penales, administrativos y disciplinarios de orden profesional y ético ante los respectivos jueces naturales, todo lo anterior entre otros fenómenos que subsisten y se desarrollan en el sector de la salud colombiano.

Es aquí cuando se debe resaltar que los Tribunales de Ética Médica a nivel Nacional y Seccional, han llevado a cabo una estoica e invaluable labor desde que fueron creados, trabajando todo este tiempo para lograr su misión en aras de la justicia y de garantizar el derecho fundamental al debido proceso, basados en la aplicación sustantiva y adjetiva de su principal herramienta que es la ley 23 de 1981.

La tarea de nuestros Tribunales de Ética Médica, se ha efectuado dentro de las lagunas y reenvíos que contempla la ley 23 de 1981, más exactamente en el aspecto procesal cuando de disciplinar a los médicos se trata conforme a su artículo 82, esta norma fue creada para una aplicación acorde a las características jurídico-sociales dentro del campo de la salud que existió hace cuarenta años y la cual en razón a lo no previsto en su articulado acudía a otras normas de la época. No obstante aún tenemos positivado en el artículo 82 de la Ley 23 de 1981, que ante los vacíos de la norma se debe acudir en remisión a las normas del procedimiento penal lo cual resulta a veces complicado con las reformas que éste procedimiento ha tenido. Así entonces se ha tenido que acudir a otras normas e incluso se ha tenido que echar mano a las líneas jurisprudenciales de las altas cortes dictadas para ser aplicadas en nuestra época actual, lo que en la práctica y la realidad se convierte en una dificultad de articulación jurídica que no se puede desconocer.

Incluso el Consejo de Estado, en Sala de Consulta ha expresado que ante las lagunas de la ley 23 de 1981 en materia procesal, su artículo 82 acudía en reenvío al antiguo código inquisitivo de procedimiento penal o ley 600 de 2000, que actualmente se encuentra remplazada por la ley 906 de 2004, pero debido al carácter acusatorio de esta última, no es procedente la remisión que antes se daba para el efecto disciplinario administrativo en materia de ética profesional medica; por tal razón ahora en su concepto se debe acudir a la Ley 1437 de 2011 o CPACA, en busca de tal solución procesal.

Tampoco se puede desconocer que dentro del órgano legislativo se han intentado realizar algunos proyectos de ley buscando reformar o modificar a la ley 21 de 1981 (sin que hayan sido aprobados para tal efecto. Actualmente se estudia un proyecto de ley con el fin de modificar la Ley 23 de 10981, cuyo ponente es el doctor Carlos Eduardo Acosta, y que toca algunos temas importantes tales como los principios ético médicos, adicionando conceptos al principio de igualdad y afirmando que el acto médico es la conducta del profesional de la medicina como parte del proceso de atención en salud en el marco de la relación médico paciente y que los médicos deberán entonces contar con el tiempo y los recursos suficientes que suministre y facilite el prestador, lo que implica que indirectamente le traslada una obligación a las IPS. Agrega que la relación de asistencia en salud genera una obligación de medio basada en la competencia profesional y que las instituciones deben garantizar las condiciones dignas y evitar que un médico atienda simultáneamente varios pacientes y que el tiempo de la consulta es para los aspectos médicos y no para otras cosas como informar por ejemplo derechos y deberes.

Amplía conceptos como la libertad del médico para no prestar sus servicios modificando el artículo 7 en el sentido de agregarle que el médico se puede excusar en casos que no sean urgencia por agresión por parte del paciente o sus allegados por cualquier medio al talento humano, y aclara también que a las instituciones deben garantizar la atención cuando el médico está licencia o vacaciones o de alguna manera no prese el servicio.

Se pronuncia también sobre el consentimiento informado advirtiendo que para practicar un procedimiento médico el profesional debe brindar la información al paciente clara, veraz, comprensible y oportuna, salvo cuando no esté consciente, o se encuentre en incapacidad legal o mental caso en el cual el consentimiento lo dan los responsables del paciente y señala el orden en el cual se oirá a sus allegados cuando el paciente no puede o no está en capacidad de expresar su voluntad dándole prioridad al cónyuge o el compañero permanente y luego a quienes estén del primero al cuarto grado de consanguinidad o primero civil. Señala que en caso de desacuerdo debe haber una junta médica que se puede apoyar en el Comité bio ético clínico asistencial

Adiciona un parágrafo sobre la comunicación verbal clara y asertiva entre paciente y médico que debe constar por escrito, haciendo mención a que se requiere validación si cambia el riesgo del paciente o se trata de una intervención extraordinaria o diferente a la inicialmente explicada.

Hace también referencia al proyecto a los exámenes genéticos y sus consecuencias y exige consentimiento previo libre e informado para casos de investigación en seres humanos

En cuanto al artículo 15 que habla de los riesgos injustificados, señala los riesgos injustificados pero también los riesgos justificados descritos como la eventualidad que se presente ocurra situaciones propias o derivadas del diagnóstico o tratamiento ,médico terapéutico o quirúrgico aún cuando se obra conforme a la lex artis o a la evidencia científica y aclara también que los riesgos que se deben informar al paciente son los de mayor frecuencia y gravedad y será el paciente quien decida si acepta el riesgo y se expone a él. Aclara que el médico no responde por situaciones imprevisibles o inevitables y que el ejercicio médico conlleva riesgos que deben estar científicamente justificados

En materia de historia clínica (art. 34) aclara que es un documento privado físico o electrónico obligatorio y reservado que pertenece al paciente y lo custodia el centro de atención sanitaria de acuerdo siempre con la regulación legal de archivos y la protección de datos vigente.

También toca temas como el Secreto Profesional que no se acaba con la muerte del paciente y que se hace extensivo a quienes participen en comités científicos, juntas médicas comités biomédicos, etc y además se refiere a aspectos procesales pero sin ahondar en temas importantes como la defensa técnica.

En fin como puede verse son muchos los temas que deben actualizarse y por ello considero que es imperativo seguir intentando una renovación total de la llamada “ley de ética médica” que garantice una norma positiva y autónoma, en desarrollo de los principios y derechos constitucionales fundamentales de los actores de la salud, que permita obtener con celeridad una clara, eficaz, eficiente y justa aplicación del derecho sustantivo y adjetivo en las decisiones ético- disciplinarias por parte de nuestros Tribunales, acorde a nuestra realidad social y contexto jurídico actual.

Es muy importante concluir que la promulgación de una nueva ley que remplace a la actual Ley 23 de 1981, no terminará los problemas ético-disciplinarios, ni las acciones u omisiones que los generan, pero será el comienzo de muchas soluciones a ambigüedades, que se podrán efectuar dentro de nuestros TRIBUNALES DE ÉTICA MÉDICA mediante la utilización adecuada de una herramienta jurídica actualizada y autónoma.

LA INDAGACIÓN PRELIMINAR: ES NECESARIA EN EL PROCESO ÉTICO MÉDICO DISCIPLINARIO?

Germán Gamarra Hernández
Médico Especialista en Medicina Interna y Nefrología
Magíster en Epidemiología Clínica
Vice-presidente. Academia Nacional de Medicina de Colombia
Presidente. Tribunal Nacional de Ética Médica

La Ley 23 de 1981, el código de ética médica, expedida hace 40 años, continúa vigente a pesar de que con posterioridad a su promulgación se han expedido múltiples normas legales, incluyendo una nueva Constitución Política de Colombia en el año 1991, la Ley 100 de 1993 que modificó de manera sustancial la relación médico-paciente y la Ley Estatutaria de Salud o Ley 1752 de 2015. Adicionalmente, en la misma ley de ética médica, su artículo 82 establece que en lo no previsto en dicha norma se aplicará el Código de Procedimiento Penal; éste último, también ha sido modificado en más de una ocasión con posterioridad a la expedición de la Ley 23 de 1981. Por lo tanto, no es inusual que se presenten discrepancias, entre los diferentes tribunales, con relación a los procedimientos que se siguen durante un proceso disciplinario.

La indagación preliminar o investigación previa no se contempla dentro del proceso ético-médico disciplinario establecido en la Ley 23 de 1981, pero sí en el Código de Procedimiento Penal que lo establece de manera clara y precisa; se define una etapa preliminar y posterior a la misma, si la circunstancia lo amerita, se da apertura a una investigación formal que concluye con la preclusión o el pliego de cargos. La pregunta que se plantea será la siguiente: ¿En todo proceso ético-médico disciplinario, se debe incluir una etapa de indagación preliminar?

La Ley 23 de 1981, como se mencionó antes, no establece la etapa de indagación preliminar: es conveniente en algunas circunstancias particulares

orientadas a determinar la procedencia de la queja, realizar una etapa de indagación previa a la investigación de una posible falta ética, que ayude a aclarar aspectos fundamentales e impida un esfuerzo innecesario por parte de los tribunales; a su vez, esta etapa de indagación previa, al no formar parte de una investigación disciplinaria debe realizarse de manera rápida con el fin de evitar demoras injustificadas en el respectivo proceso.

Habiendo aclarado que el objetivo de una indagación preliminar es determinar la validez de la queja que da origen al proceso y que el objeto de la investigación disciplinaria es determinar si la falta ocurrió y a su vez constituye una falta a la ética médica, procedo a analizar algunas circunstancias que pueden justificar la indagación preliminar. Una vez más, se hará referencia a algunos conceptos expuestos por la doctora Gladys León, abogada y ex secretaria del Tribunal Seccional de Ética Médica de Cundinamarca y que ya han sido publicados en otros números de la *Gaceta Jurisprudencial.*

> ***"…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 no puede continuarse, 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, la indagación preliminar no hace parte de todos los procesos éticos disciplinarios y tiene objetivos claramente definidos. (Lo subrayado no lo es en el texto original)

De la exposición anterior se puede concluir que la indagación preliminar podría ser procedente en los siguientes casos:

1. Cuando se requiere 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. Si no se adjunta, como lo establece el artículo 74 de la Ley 23 de 1981, "por lo menos, una prueba sumaria del acto que se considere reñido con la ética médica".

5. Si se allegan elementos materiales probatorios, evidencia física e información obtenida por medios ilícitos. Es importante, durante el análisis de las pruebas determinar que las mismas hayan sido obtenidas de manera lícita.

Con relación a los puntos anotados, vale la pena hacer algunas precisiones:

1. Se requiere individualizar el autor de una posible falta.

Es frecuente que se presenten quejas por inconformidad con la atención prestada al paciente en una determinada Institución de salud (IPS o EPS), pero en la queja o denuncia no se especifica que la posible falta fue cometida por un médico o médicos en particular, sino que existe inconformidad contra un determinado Hospital o Clínica; en ocasiones la queja se dirige de manera general contra los médicos del Servicio de Urgencias del Hospital X.

En una situación como la descrita, se hace necesario individualizar al autor o autores de la presunta falta. No se puede iniciar un proceso ético disciplinario, si no existe un sujeto investigado. En este caso la etapa de indagación preliminar se hace obligatoria con el fin de precisar contra quién o quiénes se debe dirigir la investigación. Por otra parte, cuando en la queja o denuncia se expresa de manera clara el nombre del presunto culpable, es obvio que no se podrá invocar como motivo de indagación preliminar la necesidad de individualizar a un posible culpable.

2. Cuando se requiere determinar si el hecho es una falta disciplinaria, y las circunstancias en que la conducta se desarrolló.

Constituye una práctica común en los diferentes tribunales seccionales de ética médica que adelantan los procesos de instrucción adelantar diligencias como la de ratificación de la denuncia por parte del quejoso, versión libre por parte del médico inculpado o solicitar testimonios de algunos posibles testigos; todo ello, puede tener la noble intención de precisar si existió una falta ética y las circunstancias en que la misma ha ocurrido.

La apertura de una investigación constituye la mejor forma de determinar o aclarar las dudas que se derivan de la denuncia. Adelantar diligencias que forman parte de la investigación con el fin de aclarar dudas y terminar diciendo que existe mérito para abrir un proceso formal es una pérdida injustificada de tiempo; como se ha manifestado anteriormente en este mismo escrito, lo que se busca en la etapa de indagación preliminar es determinar la existencia de una falta y no se pretende evaluar la conducta de quien la cometió.

Por otra parte, si a partir de la queja, existe certeza de que la presunta falta no es una falta ética médica, es evidente que la denuncia no será aceptada y se procederá al archivo correspondiente. Sin embargo, siempre que existan dudas, es más conveniente y ofrece mayores garantías a las partes, adelantar el respectivo proceso. Por un lado, el quejoso siente que su denuncia ha sido atendida y por otra, el médico si no ha cometido falta alguna, al ser absuelto después de una investigación, queda con la sensación de que se está haciendo justicia.

3. Para determinar la calidad de médico del acusado.

Con frecuencia se reciben quejas que corresponden a profesionales de otras disciplinas, como enfermeros, auxiliares, paramédicos o personal administrativo de la institución. En tal caso, el proceso ético-médico disciplinario no es procedente, ya que la acusación no se presenta contra un médico y deberá dirigirse, si es el caso, a las respectivas instancias.

Existen circunstancias, poco probables, en las que podría ocurrir que una determinada Institución Prestadora de Servicios de Salud, no haya verificado la condición de médico del "supuesto profesional" y durante la etapa de investigación se evidencia una suplantación o falsedad documental que debe ser remitida a la correspondiente autoridad. También puede ocurrir que un médico graduado en el exterior se encuentre prestando servicios en una institución y no haya convalidado su título en el país, falta tipificada en el artículo 48 de la Ley 23 de 1981; en este caso, se deberá informar a la autoridad correspondiente ya que se configura un ejercicio ilegal de la profesión médica.

Con mayor frecuencia existen casos de médicos graduados en el país que, habiendo realizado programas de especialización en el exterior, no

tienen convalidado su título de especialista. Al respecto la Ley 1164 del 3 de octubre de 2007 o Ley de Talento Humano en Salud establece:

> ***"Artículo 18.*** *Requisitos para el ejercicio de las profesiones y ocupaciones del área de la salud.* Las profesiones y ocupaciones del área de la salud se entienden reguladas a partir de la presente ley, por tanto, el ejercicio de las mismas requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos:
>
> ……
>
> *c) Convalidación en el caso de títulos o certificados obtenidos en el extranjero de acuerdo a las normas vigentes.* Cuando existan convenios o tratados internacionales sobre reciprocidad de estudios la convalidación se acogerá a lo estipulado en estos.

En relación con el ejercicio ilegal de la profesión como médico general o como especialista dispone:

> ***Artículo 22.*** *Del ejercicio ilegal de las profesiones y ocupaciones del área de la salud.* Ninguna persona podrá realizar actividades de atención en salud o ejercer competencias para las cuales no está autorizada sin los requisitos establecidos en la presente ley.

El Tribunal Nacional, en reiterada jurisprudencia se ha pronunciado sobre la idoneidad profesional requerida para el ejercicio de las especialidades médico-quirúrgicas en el país, que solo se logra cuando el médico ha cumplido con las exigencias propias de un programa de residencia en la especialidad como el que se ofrece en las Instituciones de Educación Superior en Colombia o en algunos países con programas de formación equivalentes a los existentes en el país y que son convalidados por las respectivas autoridades, antes de que el especialista pueda ejercer en el territorio nacional.

Se puede concluir que todos aquellos aspectos relacionados con la verificación de la condición de médico del acusado y la existencia de títulos de idoneidad de especialista ajustados a la normatividad vigente, que pueden tener gran importancia dentro del proceso, pueden realizarse durante la etapa probatoria de la investigación disciplinaria evitando prolongar de forma innecesaria la etapa previa a la misma.

4. Si no se adjunta, por lo menos, una prueba sumaria del acto que se considere reñido con la ética médica.

Para que una queja sea aceptada, debe adjuntarse al menos una prueba que respalde la existencia de la presunta falta. La historia clínica sobre la atención prestada al paciente, un examen ordenado por el galeno o una prescripción. Si no se presenta al menos una prueba del acto médico, se puede caer en la apertura de procesos sin fundamento alguno. Salvo en casos de acusaciones de delitos sexuales cometidos por médicos, en que las circunstancias particulares de los hechos no permiten aportar alguna prueba, no se aceptan las denuncias que no se encuentren respaldadas al menos por una prueba sumaria, como lo establece la ley; por lo tanto, al no existir al menos una prueba que respalde la queja, no se aceptará la denuncia y tampoco se podrá abrir investigación.

En ocasiones, una denuncia puede presentarse por algún medio de comunicación. La gravedad de la falta amerita que un tribunal seccional, de oficio, investigue dicha queja y se constituya en garante ante la sociedad en general de un ejercicio correcto de la profesión médica.

Por otra parte, es necesario hacer referencia a las denuncias anónimas que se presentan cuando los miembros de una institución no se atreven a hacer una denuncia pública por temor a represalias, o cuando las mismas tienen características de seriedad y aporta información que ofrece una sensación de veracidad sobre lo que se denuncia. Al respecto, es conveniente y necesario citar la normatividad establecida en el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 204):

> ***"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."

En conclusión, con el fin de brindar las garantías procesales que la sociedad reclama, los Tribunales de Ética Médica, ante una duda razonable, deben iniciar una investigación que conduzca a aclarar la ocurrencia o no, de una posible falta ética que comprometa el reconocimiento de la integridad profesional del acusado.

5. Si se allegan elementos materiales probatorios, evidencia física e información obtenida por medios ilícitos.

Es importante, durante el análisis de las pruebas determinar que las mismas hayan sido obtenidas de manera lícita. Existen diferentes tipos de pruebas que se adjuntan, no solo para dar inicio a una investigación disciplinaria sino durante las diferentes etapas del proceso y en todos los casos se requiere que las pruebas presentadas sean obtenidas de manera lícita con el fin de evitar la nulidad del proceso.

El análisis de los elementos probatorios presentados para soportar una denuncia puede realizarse durante la etapa de investigación y no en una fase previa, salvo que la prueba presentada permitiera conocer desde un principio que fue obtenida de forma ilícita.

En conclusión, queda claro que se justifica hacer una indagación preliminar cuando se requiere individualizar al autor o autores de la presunta falta y cuando se tienen serias dudas sobre la condición de médico del acusado. En el caso de no adjuntar alguna prueba para soportar la denuncia, no se puede aceptar la queja. Cuando existan dudas sobre la existencia de una falta ética o sobre la licitud de las pruebas obtenidas, estas aclaraciones pueden ser hechas durante la etapa de investigación sin que se afecten

las garantías procesales de las partes intervinientes. De todas formas, es necesario tener en cuenta que la indagación preliminar no es una etapa obligatoria dentro del proceso ético disciplinario y que los términos de tiempo para su realización deben agilizarse con el fin de evitar demoras injustificadas que puedan favorecer la prescripción del proceso.

Adicionalmente, no menos importante es entender que la indagación preliminar, si se realiza, no conlleva a la presentación de un *INFORME DE CONCLUSIONES* por parte del magistrado designado para el caso; el informe de conclusiones corresponde a la presentación que el magistrado instructor del proceso hace después de practicar un estudio que permite a la Sala Plena del respectivo tribunal determinar si se decreta la absolución del acusado, en caso de tener claridad sobre la no existencia de faltas a la ética médica o al levantamiento de pliego de cargos por encontrar mérito para acusar y continuar con el proceso disciplinario. Ni la preclusión, al no encontrar méritos para elevar cargos, ni el levantamiento de los mismos tienen recursos de reposición o apelación por parte de los sujetos procesales, como lo ha manifestado en múltiples providencias el Tribunal Nacional de Ética Médica.

La Ley 23 de 1981, no establece los términos de prescripción en el proceso ético-médico disciplinario, por lo que después de múltiples debates y análisis al respecto, el Tribunal Nacional con el apoyo de un importante número de abogados asesores y secretarios de los tribunales seccionales durante un encuentro nacional, revisó la normatividad existente y con base en ella resolvió iniciar el conteo de la prescripción a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria, es decir del inicio formal de la etapa de investigación y a la fecha, se han emitido numerosos fallos acatando esta normatividad.

El Tribunal Nacional de Ética Médica, revisó de manera amplia la jurisprudencia sobre la prescripción de los procesos ético-médico disciplinarios, sus posibles causas y en particular la ley 1474 del 12 de julio de 2011, que permite contabilizar los cinco (5) años a partir del auto de apertura de investigación.

La citada norma ha sido utilizada para definir la prescripción siempre y cuando los hechos que motivaron la investigación hubiesen ocurrido con posterioridad al 12 de julio de 2011, fecha de la promulgación de dicha ley.

Sin embargo, en la actualidad se presenta una nueva norma, expedida el 28 de enero de 2019. La Ley 1952 "Por medio de la cual se expide el código general disciplinario, se derogan la ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario".

Los artículos de la nueva ley, que se relacionan de manera directa con el fenómeno de la prescripción y deberán ser tenidos en cuenta en los procesos ético-médico disciplinarios son:

> ***"Artículo 32. Causales de extinción de la acción disciplinaria.*** *Son causales de extinción acción disciplinaria las siguientes:*
>
> *1. La muerte del sujeto disciplinable.*
>
> *2. La prescripción de la acción disciplinaria.*
>
> ***Parágrafo****: el desistimiento del quejoso no extingue la acción disciplinaria.*
>
> ***Artículo 33. Prescripción e interrupción de la acción disciplinaria.*** *La acción disciplinaria prescribirá en cinco años, contados para las faltas de ejecución instantánea desde el día de su consumación, para las ejecución permanente o continuada, desde la realización del último acto y para las omisivas, desde cuando haya cesado el deber de actuar. La prescripción se interrumpirá con la adopción y notificación del fallo de primera o única instancia. En este evento, para emitir y notificar el fallo de segunda instancia o de reposición, la autoridad disciplinaria tendrá un término de dos años contados a partir del siguiente día del vencimiento para impugnar la decisión. (...)*
>
> *Cuando se investiguen varias conductas en un solo proceso, la prescripción se cumplirá independientemente para cada una de ellas.*
>
> ***Parágrafo.*** *Los términos prescriptivos aquí previstos quedan sujetos a lo establecido en los tratados internacionales que ratifique Colombia.*

Esta nueva ley, deroga el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011, que ha sido el soporte jurídico utilizado por el Tribunal Nacional al emitir fallos sobre la prescripción de los procesos ético disciplinarios y será remplazado por el artículo 33 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 que entrará en plena vigencia a partir del mes de agosto de 2021, y cuya vigencia nos

obligará una vez más en acatamiento de la norma, a iniciar el conteo de los términos de prescripción a partir del día de consumación del hecho denunciado o a partir del último acto médico en el caso de que haya existido una acción continuada.

Si tenemos en cuenta el tiempo que transcurre entre la ocurrencia de los hechos, la presentación de la denuncia, sumados al de la etapa de indagación preliminar, muy probablemente el fenómeno de prescripción ocurrirá con una mayor frecuencia en los procesos ético-médico disciplinarios.

El conocimiento y aplicación de la norma, nos obligará a los jueces a ser más diligentes y ágiles en los procesos con el fin de evitar, la ocurrencia del fenómeno de la prescripción y poder cumplir a cabalidad con la función de impartir justicia.

REFERENCIAS

1. Gamarra Hernández G. Ley 23 de 1981: 40 años de vigencia. *Gaceta Jurisprudencial Tribunal Nacional de Ética Médica.* Mayo 2020; No. 38: 11-17.
2. Congreso de la República. Ley 23 de 1981 (febrero 18). Por la cual se dictan Normas en Materia de Ética Médica.
3. Decreto 3380 de 1981 (noviembre 30). Diario Oficial No. 35.914, del 30 de noviembre de 1981 Por el cual se reglamenta la Ley 23 de 1981.
4. Constitución Política de Colombia. 1991.
5. Congreso de la República. Ley 30 de 1992 (Diciembre 28). Por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior.
6. Congreso de la República. Ley 100 de 1993 (Diciembre 23). Diario Oficial No. 41.148 de 23 de diciembre de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.
7. Congreso de la República. Ley Estatutaria de Salud, Ley 1751(16 de febrero de 2015), "*por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones".*
8. Congreso de la República. Ley 1164 de 2007 (octubre 3). Por la cual se dictan disposiciones en materia de Talento humano en salud.
9. Congreso de la República. Ley 1952 de 2019 (enero 28). Por medio de la cual se expide el código general disciplinario se derogan la ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario.