

**TRIBUNAL NACIONAL DE
ÉTICA MÉDICA**

GACETA JURISPRUDENCIAL
JUNIO DE 2014

ORTOPEDIA
No. 7

© 2014 Tribunal Nacional de Ética Médica

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

ISSN 0123-0832

Diagramación: Camilo Atehortua D.
Preparación litográfica e impresión:
Giro Graphos Impresores Ltda.
Calle 138 No. 58D-01
Telefono: (571) 613 80 20
Bogotá, Colombia

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

Artículo 41 Ley 23 de 1982

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

© 2014

MAGISTRADOS 2014

Dr. Fernando Guzmán Mora (Presidente)

Dr. Germán Gamarra Hernández

Dr. Francisco Javier Henao Pérez

Dr. Juan Mendoza Vega

Dr. Francisco Pardo Vargas

Asesor Jurídico

Dr. Edgar Saavedra Rojas

Abogada Secretaria

Dra. Martha Lucía Botero Castro

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

Entregando lo mejor de
los colombianos



Permiso de Tarifa Postal Reducida. Servicios Postales Nacionales S.A.
No. 2014.137.4-72, Vence 31 de Dic. de 2014

INDICE

Editorial.	
Ortopedia y Traumatología	
Dr. Edgar Saavedra Rojas. Abogado. Asesor Jurídico.	11
Proceso No. 419 del Tribunal Seccional de Etica Médica de Risaralda	
Amputación de un dedo- Actuación por Lex Artis	
Archivo de las Diligencias	
Mp. Dr. Carlos Alberto Gaviria Neira. MD.	
Providencia 35-2004	15
Proceso No. 584 del Tribunal Seccional de Etica Médica de Valle del Cauca	
Fractura del radio en niña de seis años- Exceso Anestesia	
Antiguo plazo de prescripción de tres años (ya no es válido)	
Mp. Dr. Efraím Otero Ruíz. MD.	
Providencia 02-2006	19
Proceso No. 720 del Tribunal Seccional de Etica Médica de Caldas	
Intervención en el lado equivocado	
Sanción leve	
Mp. Dr. Efraím Otero Ruíz. MD.	
Providencia 116-2011	28
Proceso No. 2794 del Tribunal Seccional de Etica Médica de Bogotá	
Cirugía en el lado erróneo	

Sanción demasiado leve Mp. Dr. Efraím Otero Ruíz. MD. Providencia 82-2010	34
Proceso No. 1467 del Tribunal Seccional de Etica Médica de Antioquia Desligamiento epifisario Archivo del proceso Mp. Dr. Fernando Guzmán Mora. MD. Providencia 71-2011	40
Proceso No. 1313 del Tribunal Seccional de Etica Médica de Antioquia Discusión entre médicos Declaración de Nulidad Mp. Dr. Fernando Guzmán Mora. MD. Providencia 57-2010	68
Proceso No. 802 del Tribunal Seccional de Etica Médica del Cauca Mala consolidación de fractura Apelabilidad de la resolución preclutória (hoy no válida) Mp. Dr. Fernando Guzmán Mora. MD. Providencia 47-2012	84
Proceso No. 686 del Tribunal Seccional de Etica Médica de Risaralda Hallux Valgus Apelabilidad de la providencia inhibitoria (hoy no válida) Mp. Dr. Fernando Guzmán Mora. MD. Providencia 106-2010	124
Proceso No. 1313 del Tribunal Seccional de Etica Médica de Antioquia Asepsia Quirúrgica Revocatoria de la sanción Mp. Dr. Fernando Guzmán Mora. MD. Providencia 07-2012	129

Proceso No. 1003 del Tribunal Seccional de Etica Médica de Antioquia Intervención lado equivocado Confirma sanción Mp. Dr. Fernando Guzmán Mora. MD. Providencia 25-2010	162
Proceso No.1625 del Tribunal Seccional de Etica Médica de Antioquia Intervención de un dedo equivocado Riesgo en medicina Confirma Sanción Mp. Dr. Fernando Guzmán Mora. MD. Providencia 45-2012	191
Queja contra el Tribunal Seccional de Etica Médica de Caldas Cirugía de Columna Impedimentos de Magistrados Mp. Dr. Germán Peña Quiñones. MD. Providencia 63-2010	207
Proceso No. 774 del Tribunal Seccional de Etica Médica de Risaralda y Quindío Túnel del carpo- Resultados insatisfactorios Mp. Dr. Germán Peña Quiñones. MD. Decisión Inhibitoria Providencia 13-2010	216
Proceso No. 324 del Tribunal Seccional de Etica Médica del Tolima Médico maltratador Sanción Mp. Dr. Germán Peña Quiñones. MD. Providencia 91-2011	224
Proceso No. 511 del Tribunal Seccional de Etica Médica de Norte de Santander	

Malos resultados Se revoca inhibitorio- se ordena investigación Mp. Dr. Germán Peña Quiñones. MD. Providencia 78-2011	234
Proceso No. 623 del Tribunal Seccional de Etica Médica de Caldas Operación equivocada Sanción Mp. Dr. Germán Peña Quiñones. MD. Providencia 08-2012	240
Proceso No. 659 del Tribunal Seccional de Etica Médica de Antioquia Violación del secreto profesional Inapelabilidad del pliego de cargos Mp. Dr. Juan Miguel Estrada Grueso. MD. Providencia 52-2005	249
Proceso No. 858 del Tribunal Seccional de Etica Médica de Antioquia Mal resultado de sutura Sentencia inhibitoria Mp. Dr. Juan Miguel Estrada Grueso. MD. Providencia 48-2005	255
Proceso No. 657 del Tribunal Seccional de Etica Médica del Meta Trauma y osteomielitis Archivo de la queja Mp. Dr. Juan Miguel Estrada Grueso. MD. Providencia 49-2010	261
Proceso No. 413 del Tribunal Seccional de Etica Médica de Caldas Fractura de cadera- cirugía -muerte No se conoce apelación	266

Mp. Dr. Juan Mendoza Vega. MD. Providencia 42-2004	266
Proceso No. 3056 del Tribunal Seccional de Etica Médica de Bogotá Fractura de cadera- Cirugía osteomielitis Confirman sanción Mp. Dr. Juan Mendoza Vega. MD. Providencia 94-2010	275
Proceso No. 468 del Tribunal Seccional de Etica Médica de Caldas Intervención errónea Confirma sanción Mp. Dr. Juan Mendoza Vega. MD. Providencia 10-2006	281
Proceso No. 3235 del Tribunal Seccional de Etica Médica de Bogotá Fractura de pierna. Cirugía- Osteomielitis- amputación Confirma Sanción Mp. Dr. Juan Mendoza Vega. MD. Providencia 37-2012	288
Proceso No. 722 del Tribunal Seccional de Etica Médica del Meta Mala atención en consulta externa Providencia inhibitoria Mp. Dr. Luis Alberto Blanco Rubio. MD. Providencia 50-2010	294
Proceso No. 2676 del Tribunal Seccional de Etica Médica de Bogotá Paraplejia post cirugía de columna Confirma sanción Mp. Dr. Luis Alberto Blanco Rubio. MD. Providencia 44-2010	299

Proceso No. 1235 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia Abusador sexual en sala de cirugía Suspensión de dos (2) años en el ejercicio Mp. Dra. Lilian Torregrosa Almonacid. MD. Providencia 30-2012	309
Artículo. La Inquisición como denigración histórica de la dignidad humana Dr. Fernando Guzmán Mora, MD, MSci Capitán de Navío Médico. Sara Edith Moreno Mazo, MD, MSci	322
Artículo. Degradación de la Dignidad Humana La Conquista Española de América Dr. Fernando Guzmán Mora, MD, MSci Capitán de Navío Médico. Sara Edith Moreno Mazo, MD, MSci	330
Artículo. Dignidad Humana. Dr. Fernando Guzmán Mora, MD, MSci Capitán de Navío Médico. Sara Edith Moreno Mazo, MD, MSci	351

EDITORIAL

ORTOPEDIA Y TRAUMATOLOGÍA

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

La importancia de ésta especialidad médica es indesconocible, sobre todo en una sociedad como la contemporánea, absolutamente maquinizada, no solo por los medios de transporte, sino por los instrumentos de trabajo, que lamentablemente producen miles de traumas de la más diversa gravedad diariamente, que terminan nutriendo constantemente de pacientes a esta especialidad.

La traumatología ha sido definida como: "...aquella rama especializada de la cirugía moderna que estudia los efectos de los traumas y el modo de curarlos. Por eso la traumatología se ocupa de las lesiones traumáticas diversas, desde las contusiones a las heridas, desde las fracturas a las luxaciones y distorsiones, etc. En la tumultuosa y ultramotorizada vida moderna, en la que aumentan pavorosamente los accidentes de tránsito y de todo género, la traumatología adquiere cada día mayor importancia; la cirugía de guerra es además en gran parte, traumatológica.”¹

La ortopedia, por su parte es definida como: “.....aquella rama especializada de la ciencia médica moderna que intenta corregir todas las deformidades corporales de origen congénito y adquirido. Dalla Vedova la define como “la ciencia y la práctica médica que estudia,

¹ Diccionario Médico Teide, Luigi Segatore, pág 1186, Editorial Teide, Barcelona

previene y trata las deformidades y las invalideces del aparato locomotor, tanto congénitas como adquiridas.

La palabra ortopedia fue introducida en el 1741 por el Francés Andry para nombrar los métodos reeducativos y correctivos de los niños deformes; en cambio, la moderna ortopedia se ocupa también de las deformidades de los adultos. Para lograr su corrección el especialista ortopédico se vale de medios físicos (gimnasia especial, masajes, aplicaciones electroterápicas, etc.) y quirúrgicos (aplicación de aparatos correctivos, intervenciones operatorias).

Las antiquísimas medicinas china, india, Egipcia, griega etc., conocían el uso de las prácticas ortopédicas, aunque en forme rudimentaria ².

Lo preocupante en el ámbito de la ética médica son las relaciones cada vez más frecuentes entre los médicos y los laboratorios farmacéuticos y las casas que producen insumos o elementos ortopédicos.

También es preocupante el panorama cada vez con mayor sentido economicista de la medicina, que es estructurada y su funcionamiento direccionado por parámetros eminentemente dinerarios, olvidándose en muchas ocasiones al paciente, su salud y su vida.

La relación entre médicos y laboratorios o productores de materias primas para la práctica médica tiene sus consecuencias positivas y negativas, las primeras porque los funcionarios de la industria farmacológica y médica con sus visitas a los médicos, los mantienen actualizados respecto a las últimas innovaciones tecnológicas y científicas en el ámbito farmacológico y médico, pero al mismo tiempo, puede producir consecuencias negativas, porque con los beneficios que generalmente ofrecen éstos laboratorios, viajes a congresos médicos con todos los gastos pagados, el médico podría verse tentado a formular o utilizar prótesis o elementos ortopédicos, sin estar convencidos, que son precisamente los de mejor calidad y de mejor conveniencia para el paciente.

² Diccionario Médico Teide, Luigi Segatore, pág 933, Editorial Teide, Barcelona

También hay que tener en cuenta que la educación médica continuada debe ser un elemento para poder colocarse a la vanguardia en los conocimientos que la medicina moderna exige y en el aprendizaje de las nuevas tecnologías que son muy importantes para una atención adecuada y estricta a los pacientes. Todo esto tiene trascendencia desde el punto de vista ético, que los especialistas en ortopedia y traumatología deben valorar, cuando se enfrentan a alguna de estas circunstancias, pero considerando que el beneficio no los puede vincular con el donante, porque siempre debe primar el interés del paciente.

En una investigación realizada entre 1602 médicos de diversas especialidades en relación con ésta temática los autores del estudio expresaron su preocupación sobre cómo estas relaciones podrían afectar negativamente la atención de los pacientes. En tal sentido expresaron:

“Sabemos que estas relaciones tienen beneficios y riesgos, y que benefician a los laboratorios involucrados, y sabemos por nuestros datos que también benefician a los médicos”, dijo el autor del estudio, Eric G. Campbell, profesor asistente de políticas para la atención de la salud del Institute for Health Policy de la Escuela de Medicina de Harvard y el Hospital General de Massachusetts en Boston. “La verdadera pregunta es hasta qué punto estas relaciones benefician a los pacientes y la respuesta es no sabemos”.

Campbell señaló que era difícil de creer que los boletos gratuitos para un partido de fútbol que recibía un médico beneficiaban aunque fuera en algo a los pacientes, aunque sí resaltó la necesidad de realizar más investigaciones.

“Necesitamos determinar si es más probable que los médicos que tengan una relación con un laboratorio receten medicamentos fabricados por la misma o medicamentos de marca en lugar de genéricos”, señaló. “Ese es el siguiente paso y, hasta que no lo averiguemos, simplemente no lo sabremos”³.

³ New England Journal of Medicine. Edición 26 de abril.

El otro problema, generador de conflictos en el ámbito de la ética médica surge de la moderna concepción economicista de la medicina que lamentablemente arranca con la expedición de la Ley 100, de nefastas consecuencias para la salud y la vida de los pacientes y para el ejercicio médico en general.

Los insumos utilizados en ortopedia y traumatología son particularmente costosos y es obvio que en el mercado se consiguen de todos los precios y de todas las calidades y desgraciadamente hemos sabido, que en muchas ocasiones las EPS, clínicas y hospitales, dentro de esa concepción economicista de la medicina, no proveen los de mejor calidad, por sus altos costos, e imponen a los especialistas la lista de proveedores que deben utilizar, que no siempre son los de mejor calidad y que mejor convienen a la salud de los pacientes.

Bogotá D.C. julio 27 del año 2004

**SALA PLENA SESIÓN No. 793 DEL VEINTISIETE
(27) DE JULIO DEL AÑO DOS MIL CUATRO (2004)**

REF: Proceso 419 del Tribunal de Etica Médica de Risaralda
Contra el Doctor A.L.C
Por parte de Don D. de J.O.O.

Magistrado Ponente: Doctor Carlos Alberto Gaviria Neira
Providencia No. 35-2004

VISTOS

Denuncia remitida por el Defensor del Pueblo Seccional Risaralda Dr. Luis Carlos Leal Vélez mediante oficio 5018 con fecha 12/02/04 en donde consta reclamación por parte del Don D de J.O.O. fechada de 11/02/04.

El HTEMR inicia diligencias de investigación el día 19/02/04 que concluyen con providencia inhibitoria de la sala plena 013 de 20/04/04 que concluye así a folio 140 No existe mérito para abrir proceso ético disciplinario en contra del Doctor A.L.C.

Don D. de J.O.O. interpone recurso de reposición y en subsidio el de apelación a través de escrito registrado a folios 147 y 148. El HTEMR estudia los argumentos de dicha comunicación y no encontrando razones distintas para reponer el fallo de 20/04/04, concede el recurso de apelación con fecha 01/06/04 en la sesión de sala plena o 19 por lo que se envía a esta instancia con fecha 08/06/04, se recibe el cuaderno

único el 10/06/04 y se reparte de acuerdo a sorteo con fecha 15/06/04, correspondiendo al magistrado Carlos Gaviria quien en consecuencia procede, previo análisis del mismo de acuerdo con los siguientes:

HECHOS

Don D de J.O.O. de 54 años edad sufre accidente al caer por escalas el día 25 de diciembre hallándose bajo efectos “de unos traguitos”, a consecuencia de lo cual sufre lesión en los dedos 3 y 4 de la mano izquierda. Consultando al día siguiente al Hospital San Jorge de Pereira dicho trauma es diagnosticado como luxación interfalángica proximal de los dedos 3 y 4 de la mano izquierda con hematoma y equimosis en el dorso de la mano izquierda, siendo visto por el Doctor A.L.C., quien le practica la reducción correspondiente bajo anestesia local por bloqueo y coloca yeso después de extraerle “chuzo” del pulpejo del 4 dedo mediante aguja hipodérmica, ya que el paciente, debido a su labor con plantas medicinales tenía ese chuzo desde hacía unos 8 a 15 días (El paciente no lo precisa F 6 y 7) antes de la consulta y refería le fastidiaba cuando el dedo rozaba la ropa, y dado que no lo veía, le pidió al Doctor A.L.C., lo extrajese. Posterior a la colocación del yeso la mano presentó gran edema, asociado a dolor intenso que le llevó a consultar nuevamente siéndole retirado el yeso por otro especialista Doctor W. T. P., para el día 02/01/04, tras lo cual las circunstancias se agravaron llevándole a requerir hospitalización para drenaje bajo anestesia general el día 05/01/04, continuando un curso que culmina con la amputación del cuarto dedo posterior a período de observación para la delimitación de la necrosis.

La amputación fue realizada por parte del mismo Doctor A.L.C., el día 19/01/04, quien después de un período de descanso sigue el curso del paciente de manera continua. A partir de entonces el paciente recibió curaciones frecuentes siendo dado de alta el 28/01/04 siéndole recomendada terapia de rehabilitación a la cual no asistió debidamente ya que no había curado y sentía dolor con las terapias.

Dentro de los antecedentes registrados en la Historia Clínica del paciente es conveniente mencionar que había sufrido Trauma Cráneo encefálico que le causa pérdida del conocimiento hallándose bebiendo con unos amigos por quienes es llevado al Hospital. Ello es debido a caída de un balcón requiriendo observación por algunas horas y presentando moderada agitación psicomotora. De dicho accidente se recupera sin secuelas. F 101 21/02/99., también se registra en la HC amputación del índice de la mano derecha F 111 y otro trauma debido a caída de caballo durante horas laborales que le ocasiona Luxación de hombro atendida coincidentalmente por el Dr. A.L.C. F., 112, 05/04/95, y corregida mediante reducción cerrada bajo anestesia general. A folio 117 se agrega de fractura no desplazada de pelvis por parte del Dr. A.L.C., correspondiente al mismo accidente.

En cuanto a la reclamación de don D., él, de manera reiterada dice que su mano se encuentra deformada y que aún no ha sanado, lo que atribuye a la mala atención que recibiera por parte del Dr. L., de manera que en dicha apreciación basa su reclamo que dirige como se refirió arriba a través de la Defensoría del Pueblo en primera instancia.

CONSIDERANDOS Y RESULTANDOS

De acuerdo con las declaraciones y testimonios ofrecidos además del análisis sobre los argumentos remitidos como parte de la apelación es necesario concluir, más allá de cualquier duda razonable que la actuación del Doctor A. L. C., estuvo ceñida a la Lex Artis, de manera que corresponde, de acuerdo con lo dispuesto por el HTEMR. declarar que en los hechos analizados no existe responsabilidad por parte del mismo Doctor A. L. C. en la complicación fruto de una infección que se presentare asociada a un trauma severo sufrido por Don D. Además, la revisión documental pertinente a la Historia Clínica sólo permite verificar que el manejo dado de manera integral a través de la permanencia en la Institución, ante la evolución del trauma de la mano izquierda de Don D de J.O.O., fue ajustado al caso.

Cabe anotar además que, puesto que las recomendaciones en cuanto a terapia de rehabilitación recomendada por parte del Dr. A.L.C no han sido seguidas de manera oportuna para la fecha descrita en la declaración (02/03/04) por parte del paciente, se hace difícil acoger sus argumentos cuando señala que su reclamo se basa en que recibió mala atención a consecuencia de lo cual la mano no ha sanado pero al mismo tiempo no va a las terapias mencionadas aduciendo en iguales palabras que por que la mano no ha sanado por eso no puede ir a las terapias.

EN CONSECUENCIA Y EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL NACIONAL DE ETICA MEDICA, EN USO DE LAS ATRIBUCIONES QUE LE CONFIERE LA LEY.

RESUELVE:

Artículo Primero: Confirmar como en efecto confirma la resolución inhibitoria del Honorable Tribunal de Etica Médica de Risaralda mediante la cual se declara que no existe mérito para abrir investigación formal en contra del doctor A.L.C. **Artículo Segundo:** Remitir al tribunal de origen las diligencias para lo de su competencia. **NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.**

FDO. JUAN MENDOZA-VEGA, Presidente; CARLOS ALBERTO GAVIRIA NEIRA, Magistrado Ponente; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado; DIEGO ANDRES ROSSELLI COCK, Magistrado, EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, enero veinticuatro (24) del año dos mil seis (2006).

**SALA PLENA-SESIÓN No. 856 DEL VEINTICUATRO
(24) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL SEIS (2006).**

Ref: Proceso No. 584 del Tribunal de Etica Médica del Valle del Cauca.

Contra el doctor: M.E.V

Denunciante: K.E.C.M.

Asunto: aplicación de sanción (suspensión) superior a 6 meses y
prescripción

Magistrado ponente: Dr. Efraím Otero Ruíz

Providencia: No. 02-2006

VISTOS:

Por decisión del dos (2) de noviembre del 2005 el Tribunal de Etica Médica del Valle del Cauca rechazó los descargos presentados y sancionó con suspensión en el ejercicio profesional al Dr. M.E.V. por violaciones a los artículos 7, 14 y 15 de la Ley 23 de 1981; además dió traslado del expediente al Tribunal Nacional de Etica Médica para determinar si dicha sanción ameritaría una suspensión superior a seis (6) meses. El expediente fue remitido el 6 de diciembre de 2005; puesto para reparto en Sala Plena del martes 13 de diciembre, la última del año, correspondió por sorteo al Magistrado Efraím Otero Ruíz.

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

HECHOS:

El 25 de julio de 2002 la señora L.E.C.M. por intermedio de su abogada doctora Luduy Castro Bolívar, solicitó al Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca se abriera investigación contra el doctor M.E.V., médico general al servicio de IPS-COMEDICA por hechos acaecidos entre el 2 y el 7 de julio del mismo año que terminaron con la muerte de su hija K.J.R.C., de 6 años de edad. La menor había presentado, a raíz de una caída en el colegio, una fractura del radio distal izquierdo y fue trasladada por sus profesoras a la IPS COMEDICA donde fue atendida por el Dr. M.E.V., quien, sin obtener previo consentimiento informado de las profesoras o de la madre de la paciente, y sin siquiera determinar el peso corporal de la niña, quien llegó consciente y movilizada por sus propios medios, decidió reducir la fractura empleando anestesia local con xilocaína; la elevada dosis del agente anestésico (calculada por las declaraciones de los peritos anesthesiólogos en 6 veces más que la dosis máxima permitida) aparentemente se absorbió muy rápido por vía ya fuera intraósea o intravenosa, produciendo convulsiones y pérdida del conocimiento seguidas de paro cardio-respiratorio; al fallar las maniobras de reanimación fue trasladada al Hospital Universitario del Valle donde en los días siguientes se hizo el diagnóstico de muerte cerebral. A pesar de todas las medidas tomadas en la unidad de cuidados intensivos permaneció en ese estado y finalmente falleció el día 7 de julio. La necropsia confirmó el diagnóstico de hipoxia cerebral aguda como causa del paro cardiorespiratorio y la muerte.

En su queja, la demandante solicitó que se tomase declaración a las profesoras y demás personas que intervinieron inicialmente en la atención de la niña, solicitando además que se nombraran peritos en las especialidades de ortopedia y anestesiología para determinar si el tratamiento había sido bien llevado; como pruebas documentales solicitó la certificación de estudios del doctor M. E. V. y copias de las historias clínicas de COMEDICA IPS y del Hospital Universitario del Valle lo mismo que el documento correspondiente a la necropsia practicada a la niña en el Instituto de Medicina Legal. Con fecha 31 de julio de 2002

fue repartido en Sala Plena y correspondió por sorteo al Magistrado Santiago Domínguez Plaza, quien procedió a abrir la investigación preliminar. Dentro del proceso se allegaron los siguientes documentos:

1. Historia clínica de COMEDICA-IPS (folios 40 a 41) correspondientes a julio 3, 2002, día de atención inicial de la niña.
2. Historia clínica del Hospital Universitario del Valle (folios 42 a 68) que muestra el deterioro progresivo de las funciones cerebrales pese a todas las medidas de reanimación tomadas, hasta su muerte en coma cerebral profundo el día 7 de julio.
3. Informe del protocolo de necropsia (folios 37 al 39) en que concluye que el mecanismo de muerte fue encefalopatía hipóxica.
4. Diligencia de versión libre y espontánea del doctor M. E. V. (folios 78 a 79) de 17 de enero de 2005 en la cual afirma que sí ha recibido entrenamiento básico en el tratamiento cerrado de fracturas, traumas menores, luxaciones, esguinces y también la instrucción necesaria para el uso de anestesia local.
5. Peritazgo (folios 87 a 89) de los doctores P. N. P. y E. L. F. (anestesiólogos) (recibido el 29 de abril de 2005) en que concluyen que un procedimiento así se debe realizar en el quirófano bajo anestesia, tratándose de una paciente menor de edad; y que “durante la infiltración de un foco de fractura pueden ocurrir dos circunstancias : una, la de la aplicación inadvertida del anestésico por vía intravenosa (como puede ocurrir en cualquier infiltración) o por otro lado la aplicación intraósea o con una absorción más rápida que cuando se infiltran los tejidos blandos. Esta práctica es frecuente en el manejo de fracturas de urgencias. Añaden que las dosis máximas de lido o xilocaína son en cualquier paciente: 7 mg por kilo de peso sin epinefrina para infiltración; para uso intravenoso se recomienda 1 mg de lidocaína simple por kilo de peso (la niña recibió 6 mg?kg de peso).
6. Peritazgo de mayo 3 de 2005 del traumatólogo y ortopedista doctor Alfredo Martínez Rondanelli (folio 91) en que concurre también en

que “al infiltrar lidocaína en el hematoma de la fractura ésta puede absorberse y generar manifestaciones sistémicas”.

7. Análisis de las radiografías enviadas por COMEDICA-IPS el 5 de abril de 2005 en que se evidencia fractura completa distal del radio izquierdo con ligera angulación; la radiografía de control muestra una reducción en la cual la angulación es mucho menor que la inicial.
8. Diligencia de descargos del doctor M. E. V. (folios 102 a 103 vto y 194 a 197) en que sostiene que el consentimiento informado no se obtuvo por tratarse de una urgencia y afirma (falsamente) que en los protocolos de la clínica este tipo de fracturas se maneja de forma inmediata con anestésico local mediante reducción cerrada; que aunque la clínica disponía en esa fecha de especialistas en anestesia y ortopedia de turno de llamada, con el Director de la misma, Dr. H. V., se había establecido que este tipo de fracturas podía ser manejado por el médico general. Acompaña abundante información bibliográfica incluyendo los decretos que regulan la especialidad de Anestesiología (folios 104 a 190) Estas afirmaciones motivaron la visita a la Clínica COMEDICA y a obtener la declaración de su Director.
9. Diligencia de visita el 29 de junio de 2005 a la Clínica COMEDICA-IPS (folios 220 y 221) durante la cual “se encuentra un protocolo de manejo de Ortopedia y Traumatología que es una copia de un texto de ortopedia sin fecha ni título. En ese texto no dice que este tipo de fracturas deban ser manejadas por médico general. No hay constancia de socialización entre los médicos de la Institución de este tipo de protocolo”.
10. Testimonio juramentado del 30 de junio del doctor H. O. V. C. (folios 222 y 223). A la pregunta de si “es usual en la IPS-COMEDICA el tratamiento en Ortopedia para fracturas de mediana y baja complejidad por parte de un médico general” respondió : “sí es usual, siempre y cuando el médico general se considere apto y dispuesto a realizar la atención del paciente”. Y en respuesta a una

pregunta en el cuestionario enviado por el abogado del demandado, Dr. Aristizábal, responde : “La decisión de practicar las reducciones cerradas a los pacientes atendidos en COMEDICA-IPS depende exclusivamente del médico de urgencias, quien igualmente decide cuándo es necesario el apoyo de un médico especialista. Para la fecha de los hechos existían unas copias del manual de urgencias de un texto de la Universidad del Valle del Dr. F. y no existía protocolo especificado para dichas atenciones”.

11. Peritazgo de Farmacología: El día 30 de junio de 2005 se nombró al Dr. Mauricio Palacios Gómez de la Facultad de Salud de la Universidad del Valle y especializado en Farmacología en la Universidad Nacional como perito médico en la especialidad de Farmacología. Le fue entregado un cuestionario enviado por el médico denunciado (folios 216 y 217) al que respondió el 18 de agosto, siendo ampliada la experticia, por solicitud del abogado, el 20 de septiembre de 2005. En el afirma, entre otras cosas : “las dosis pediátricas para administración intravenosa (de lidocaína) son de 1 mg/kg de peso. La dosis máxima es de a 4.5 mg por kg por hora.—La inyección de anestésicos locales en un foco de fractura es una administración intraósea debido a que penetra directamente en el compartimiento óseo....en lesiones cerradas la posibilidad de absorción sistémica es mayor porque no hay pérdidas externas...La causa más común de toxicidad sistémica es la administración intravascular inadvertida y la menos frecuente es la inyección de una cantidad excesiva del anestésico local”. Adjunta bibliografía que sustenta las afirmaciones anteriores y su concepto pericial.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS:

Los hechos motivo de la queja ocurrieron entre el 3 y el 7 de julio del año 2002 y en consecuencia han transcurrido a la fecha más de tres años, lapso que corresponde fijar para la prescripción de los procesos ético-disciplinarios que se adelanten al tenor de la Ley 23 de 1981, según lo dispuesto por la Ley 906 de 2004 actualmente vigente.

De acuerdo con los argumentos aprobados por la Sala Plena de este Tribunal Nacional dentro del proceso 477 del Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle del Cauca y el proceso 179 del Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima, las disposiciones del artículo 531 de la Ley 906 de 2004 deben aplicarse en el ámbito ético-disciplinario médico a partir de la vigencia de la mencionada ley. En la providencia respectiva, que lleva el número 09-2005 del 1 de marzo de 2005, con ponencia del H. Magistrado Doctor Fernando Guzmán Mora se aduce:

“...Es una realidad que la norma disciplinaria nada nos dice sobre la prescripción, situación que ha llevado a la Sala por remisión a aplicar las normas penales respectivas.

Es igualmente cierto que no existe norma disciplinaria expresa que haga referencia a la culminación de la etapa de investigación y existe una norma equivalente o análoga que es la prevista en el artículo 79 de la ley 23, que hace referencia al informe de conclusiones que debe presentar ante la Sala, el magistrado instructor ¹.

Es más que evidente que esta disposición viene a ser la equivalente dentro del proceso penal a la que prevé el cierre de la investigación y cuando se acude a ésta equivalencia es obvio concluir que se está recurriendo a la analogía.-

El artículo 531 de la Ley 906 del nuevo C. de P. P. dice:

Artículo 531. Proceso de descongestión, depuración y liquidación de procesos. Los términos de prescripción y caducidad de las acciones que hubiesen tenido ocurrencia antes de la entrada en vigencia de este código, serán reducidos en una cuarta parte que se restará de los términos fijados en la ley. En ningún caso el término prescriptivo podrá ser inferior a tres (3) años.

¹ Art 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 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.

En las investigaciones previas a cargo de la Fiscalía y en las cuales hayan transcurrido cuatro (4) años desde la comisión de la conducta, salvo las exceptuadas en el siguiente inciso por su naturaleza, se aplicará la prescripción.

Estarán por fuera del proceso de descongestión, depuración y liquidación de procesos, las investigaciones por delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados y, además, los delitos de falsedad en documentos que afecte directa o indirectamente los intereses patrimoniales del Estado; peculado por apropiación; peculado culposo en cuantía que sea o exceda de cien (100) salarios mínimos legales, mensuales, vigentes; concusión, cohecho propio, contrato sin cumplimiento de requisitos legales; interés indebido en la celebración de contratos; violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación; prevaricato; fraude procesal, hurto y estafa en cuantía que sea o exceda de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales, legales y vigentes cuando se afecte el patrimonio económico del Estado; homicidio agravado y delitos conexos con todos los anteriores. También se exceptúan los delitos sexuales en los que el sujeto pasivo sea menor de edad Y LAS ACTUACIONES EN LAS QUE SE HAYA EMITIDO RESOLUCIÓN DE CIERRE DE INVESTIGACIÓN.

Los fiscales y jueces, en los casos previstos en el inciso anterior, procederán de inmediato a su revisión para tomar las determinaciones. En una sola decisión se podrán agrupar todos los casos susceptibles de este efecto.

Los términos contemplados en el presente artículo se aplicarán en todos los distritos judiciales a partir de la promulgación del código. (Lo destacado no lo es en el texto).

Si se observa, la norma transcrita alude a un fenómeno procesal que no está previsto en la norma disciplinaria y si por analogía lo aplicásemos al proceso disciplinario se estaría aplicando una norma por analogía *in malam partem*, posibilidad que queda descartada porque el principio

de legalidad de rango constitucional y reiterado como norma rectora en el Código procesal expresamente excluye la posibilidad de la aplicación analógica de normas perjudiciales.

...Entendemos la magnitud de este cambio jurisprudencial y su repercusión en los Tribunales Seccionales. Conocemos las consecuencias, incluyendo la prescripción de muchos procesos que a la fecha se pueden acoger a este beneficio. Sin embargo, la parte positiva incluye dos aspectos: la descongestión en la administración de este tipo particular de justicia profesional amparado por la Ley y la obligatoria agilización de los procesos que sobrevivan o lleguen de novo ante los jueces a quo...”

Como puede verse, y siguiendo la opinión del distinguido tratadista, doctor Edgar Saavedra Rojas, no es posible pretender aplicar la excepción prevista en la ley 906 para los procesos “en los cuales se haya declarado cierre de la investigación” por cuanto en el proceso ético-disciplinario médico no existe dicha figura procesal y el intento de asimilar a ella la formulación del pliego de cargos es analogía *in malam partem* que no ha lugar porque va contra las garantías que conforman el debido proceso.

Cuando el juzgador, sean cuales fueren sus opiniones sobre las pruebas allegadas al proceso, tiene la evidencia de que ha transcurrido el tiempo necesario para que se produzca la prescripción de la acción sancionatoria del Estado, debe declararlo así y proceder a decretar la prescripción, sin intentar siquiera el análisis del caso.

Respecto al presente proceso, el Tribunal Nacional lamenta que no se hubieran agilizado los trámites necesarios para que la sentencia se hubiera proferido dentro de los límites arriba señalados, sobre todo en un caso como éste, que sobrecoge por las consecuencias mortales de un procedimiento erróneamente realizado en una niña de seis años de edad. Y vuelve a insistir ante todos los Tribunales seccionales para que se tenga en cuenta la nueva legislación, arriba citada, para ocuparse con premura de las investigaciones preliminares o definitivas que lleven a un oportuno desenlace.

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

RESUELVA:

Artículo Primero: Declarar prescrita la acción ético-disciplinaria contra el doctor M.E.V. , de las condiciones conocidas en el informativo, y precluir la correspondiente investigación. **Artículo Segundo.** - Devuélvase el expediente al Tribunal de origen, para su archivo.
NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

FDO. JUAN MENDOZA VEGA, Presidente; EFRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado Ponente; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado; JUAN MIGUEL ESTRADA GRUESO, Magistrado; MIGUEL OTERO CADENA, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJA, Asesor Jurídico y MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, noviembre veintinueve (29) del año dos mil once (2011).

**SALA PLENA SESIÓN No. 1113 DEL VEINTINUEVE
(29) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL ONCE
(2011).**

REF: Proceso No. 720 del Tribunal de Etica Médica de Caldas

Contra: Dr. H.G.G.

Denunciante: Sra. ME.U.B.

Providencia No. 116-2011

Magistrado ponente: Efraím Otero Ruíz.

VISTOS:

Mediante fallo de octubre 4 de 2011 el Tribunal de Etica Médica de Caldas decidió conceder la apelación al fallo interlocutorio del 23 de agosto de 2011 mediante el cual resolvió sancionar al Dr. H.G.G. con censura escrita y pública por infracción a la ética médica durante la atención el 3 de abril de 2007 a la Sra. M.E.U.B. por incisión en el lado equivocado al iniciar corrección ortopédica de rodilla izquierda, intervención en lado derecho que no fue concluida y que necesitó la operación completa en el lado correcto realizada el mismo día. La apelación, del 26 de septiembre de 2011 fue recibida en el Tribunal Nacional el 7 de octubre. Puesto el expediente para reparto en Sala Plena del 11 del mismo mes correspondió por sorteo al Magistrado Efraím Otero Ruíz.

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

HECHOS:

De acuerdo con la queja, presentada ante el Tribunal seccional el 25 de septiembre de 2009, la sra M.E.U.B., de 49 años de edad, con antecedentes de dolor en ambas rodillas subsiguiente a antiguo accidente de tránsito, safenectomía izquierda 20 días antes y previa resonancia magnética demostrativa de las lesiones patelares izquierdas, ingresó al quirófano de la Clínica de la Presentación de Manizales (EPS Unisalud) para osteotomía de rótula izquierda más osteosíntesis y corrección de relajación del retináculo lateral de dicha articulación por el cirujano ortopedista Dr. H.G.G. Dice la quejosa que “al momento de despertar de la anestesia general, me llevé la sorpresa de que se había cometido un error al iniciar la operación interviniendo la rodilla derecha, haciendo una incisión de 7 cm a sabiendas del mismo galeno, como del personal de ayudantía, que, según reposa en documentos que anexo, debía ser intervenida en la rodilla izquierda. Es de anotar que al momento del galeno haber caído en cuenta del error cometido fui intervenida el mismo día y a la misma hora de mi rodilla izquierda, habiendo quedado según concepto médico del Dr. R.G.C.de (sic) un defecto físico parecido a un cráter de 6 a 7 cm. de diámetro en mi rodilla derecha”. Ese concepto fue ratificado en los mismos términos por el ortopedista Dr. G.C. en certificado expedido el 12 de diciembre de 2007 a solicitud de la quejosa (folios 35 y 36 del expediente), quien recomienda, además, nueva cirugía (operación de Fulkerson) para corregir los defectos persistentes. Tanto en su informe de conclusiones como en su veredicto final el Magistrado instructor rechaza los descargos y los argumentos de la defensa y demuestra que sí existieron infracciones a los artículo 10 y 15 de la Ley 23 de 1981, conducentes al fallo mencionado.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS:

Dentro del cuaderno de 266 páginas del expediente se incluyen los siguientes documentos, aportados como pruebas:

A. DOCUMENTALES:

1. Queja presentada el 27 de septiembre de 2009 ante el Tribunal seccional por la sra. M.E.U.B. (folios 1 y 2).
2. Fotocopia de la historia clínica de la Clínica la Presentación correspondiente a la Sra. M.E.U.B. (folios 4 a 21)
3. Certificado expedido a solicitud de la quejosa por el Dr. R.G.C. (folios 22 y 23)
4. Nueva fotocopia auténtica (y anexos) de la historia clínica solicitada por el Tribunal seccional (folios 32 a 158 y 164 a 169).
5. Informe de conclusiones presentado por el Magistrado instructor Dr. Javier Guzmán Mejía (folios 185 a 187) en que solicita abrir pliego de cargos contra el Dr. H.G.G. (folios 185 a 187)
6. Pliego de cargos proferido por el Tribunal seccional al médico H.G.G. el 17 de mayo de 2011 por infracción a los artículos 10 y 15 de la Ley 23 de 1981 (folios 188 a 194).
7. Diligencia de descargos presentados ante el Tribunal seccional el 21 de junio por el Dr. H.G.G. en que sí atendió con cuidado a la paciente desde el preoperatorio (artículo 10) y que su único error fue el no haber anotado en la respectiva historia los datos de peso y talla. En cuanto al artículo 15 anota que la incisión en el lado contrario se debió a que la paciente, inclusive en los momentos previos a la cirugía, se quejaba de más dolor en el lado derecho (folios 207 a 209).
8. Informe presentado el 21 de junio de 2011 por la Dra. Ana María Chica Ríos, defensora del Dr. H.G.G. en que apoya sus descargos y cita literatura en inglés sobre condromalacia de la rótula (folios 210 a 213).
9. Cuidadoso y extenso informe final presentado por el Magistrado instructor en el cual, citando literatura nacional sobre obesidad y

artrosis de la rodilla y jurisprudencia de la Corte Suprema sobre responsabilidad médica (Dr. Jaime Alberto Arrubla P.) rechaza los descargos presentados y desvirtúa los argumentos de la defensa (folios 214 a 238).

B. TESTIMONIALES:

1. Ampliación y ratificación de la queja, presentada por la quejosa ante el Tribunal seccional el 2 de diciembre de 2009 (folios 161 a 163).
2. Versión libre rendida el 10 de agosto de 2010 ante el Tribunal seccional por el Dr. H.G.G. (folios 173 a 174).
3. Declaración juramentada rendida ante el Tribunal seccional el 9 de marzo de 2011 por la anesthesióloga Dra. O.M.R., quien administró la anestesia general a la quejosa, en que afirma que cuando vió al Dr. H.G.G. incidir la piel de la rodilla derecha le advirtió que la paciente estaba programada para osteotomía por osteomalacia en la rodilla izquierda, con lo cual dicho doctor procedió a suturar la piel y a realizar la intervención completa en el lado izquierdo (folios 182 y 183).
4. Descargos (ya mencionados en el numeral 7) presentados el 21 de junio de 2011 por el Dr. H.G.G. (folios 205 y 206).

Después de un extenso y concienzudo análisis del caso (folios 239 a 258), el Tribunal seccional, en sus conclusiones finales, afirma : “ En este caso, en particular la “confusión” a la que se hace referencia en el presente caso, tanto en la versión libre como en los descargos, sí le es atribuible a título de culpa al médico implicado, dado que existió falta de previsión, existió abstención de un procedimiento que efectivamente se podía y se debía llevar a cabo como lo era el hecho de confrontar con la historia clínica que el procedimiento a practicar era efectivamente el requerido y necesitado por la paciente. Se constituye en una conducta negativa, pues omitió cumplir con sus deberes y procedió a efectuar algo impropio, distinto de lo prometido. La imprudencia mé-

dica se presenta con una conducta temeraria que se realiza sin diligencia y sin el cuidado debido que conlleva a la realización de una acción que se hubiera podido evitar. La falta de cuidado puede conducir a la no previsión de un resultado probable y corriente y a la producción de un resultado no requerido debido a la no implementación de medidas para evitarlo. Por lo tanto si el hecho era previsible dentro de los estándares normales y con los mismos medios existentes en el presente caso -como lo fue para la Dra. O.M.R. - y ella, como anestesióloga sí pudo tener claridad sobre el lado a operar, obviamente este conocimiento previo también le es exigible y con mayor razón al Dr. H.G.G.”.

Po esas consideraciones el Tribunal seccional basó su sanción en la violación de los artículos 10 y 15 del Código de Etica Médica. En su apelación la defensora Dra. Ana María Chica sostiene que “dentro del proceso se demostró que el profesional inmediatamente advierte el error en el sitio quirúrgico a intervenir, procede a suspenderle acto operatorio se retira del quirófano y le (sic) informa a los familiares de lo sucedido y posteriormente le explica a la paciente lo ocurrido disculpándose por las fallas presentadas, elementos fácticos que el Tribunal no reconoce como atenuantes de la falta y que deben ser tenidos en cuenta en el momento de tasar la sanción... aunado ala circunstancia que el Dr. H.G.G. no tiene antecedentes éticos (sic)”. Y más adelante agrega : “No entendemos por qué el Tribunal, si reconoce la conducta desplegada por el profesional al suspender el procedimiento y sale a consultar a los familiares, procede a imponer una sanción como la impuesta, la cual dentro de la escala de sanciones que contempla la Ley 23 de 1981, es de las más graves”.

Considera este Tribunal Nacional que los argumentos esgrimidos por la defensora más bien contribuyen a corroborar las infracciones por las que se sanciona al Dr. G. Por otra parte, en procesos anteriores (No. 3627 del TEM de Bogotá y No.419 del TEM del Atlántico) se ha confirmado la jurisprudencia que sostiene que el operar al paciente por error u omisión en el lado equivocado, constituye una grave transgresión a los artículos 10 y 15 de la Ley 3 de 1981. Y que,

al contrario de lo afirmado por la defensora, la sanción aplicada es de las más leves que podrían aplicarse en vista de la lesiones e incomodidades permanentes dejadas en esta paciente.

Bastan las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Etica Médica, en uso de las atribuciones que le confiere la Ley,

RESUELVA:

Artículo Primero: Confirmar, como en efecto confirma, el fallo del Tribunal de Etica Médica de Caldas mediante el cual sancionó al Dr. H.G.G. con censura escrita y pública por infracciones a la ética médica en el tratamiento quirúrgico de la Sra. M.E.U.B.. **Artículo Segundo:** Contra esta providencia no procede recurso alguno. **Artículo Tercero:** Devolver el presente expediente al Tribunal de origen para lo pertinente. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado- Presidente; EFRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado- Ponente; LUIS ALBERTO BLANCO RUBIO, Magistrado; GERMAN PEÑA QUIÑONES, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, septiembre siete (07) del año dos mil diez (2010).

**SALA PLENA SESIÓN No.1057 DEL SIETE (07) DE
SEPTIEMBRE DEL AÑO DOS MIL DIEZ (2010)**

REF: Proceso No. 2794 del Tribunal de Ética Médica de Bogotá.

Contra: Dr. L. F. C. B.

Denunciante: Sr. W. L. M.

Magistrado ponente: Efraím Otero Ruíz.

Providencia No. 82-2010

VISTOS:

Mediante fallo de junio 23 de 2010 el Tribunal de Ética Médica de Bogotá decidió no reponer y conceder la apelación por el fallo de fondo del 12 de mayo de 2010 mediante el cual sancionó al ortopedista y cirujano de hombro Dr. L.F.C.B. con censura verbal y pública por infracciones a la ética médica durante su atención el 20 de noviembre de 2005 en el Centro Policlínico del Olaya (EPS Salud Total) al quejoso Sr. W.L.M., quien lo demandó ante el Tribunal seccional por haberle practicado cirugía del manguito rotador en el hombro izquierdo cuando el que ha debido operarle era el derecho. La apelación, de junio 11 de 2010 fue enviada al Tribunal Nacional de Ética Médica donde fue recibida el 15 de julio. Puesto el expediente para reparto en Sala Plena del 27 de julio correspondió por sorteo al Magistrado Efraím Otero Ruíz.

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

HECHOS:

De acuerdo con la historia clínica, la ratificación juramentada de su queja, y las conclusiones del Magistrado ponente, en octubre de 2005 el Sr. W.L.M. , de 50 años de edad, afiliado a Salud Total, quien trabajaba manualmente en la instalación de cortinas, consultó por dolor y limitación de movimientos de hombro derecho de año y medio de evolución al Dr. A.U.H., ortopedista de la EPS Virrey Solís quien, con el diagnóstico de posible desgarró del manguito rotador y ruptura del supraespinoso de 20 mm (demostrada después a la resonancia magnética) lo envió al Dr. L.F.C.B. cirujano del Centro Policlínico del Olaya, para cirugía consistente en reparación del tendón lesionado con decompresión del espacio subacromial; éste lo recibió en consulta el 31 de octubre, le explicó los riesgos, beneficios y posibles complicaciones, lo hizo firmar el consentimiento informado y lo programó para cirugía el 16 de noviembre. Según lo declaró el acusado en su indagatoria el 23 de julio de 2008 (folio 103) una vez completados los procedimientos preoperatorios y bajo anestesia general el 16 de noviembre el Dr. L.F.C.B. intervino el hombro izquierdo “encontrando una lesión del tendón, procediendo a repararlo mediante sutura con anclaje metálico al hueso. Valoró al paciente en sala de recuperación y éste le comunicó que le había operado el hombro equivocado. El facultativo le pide excusas, le explicó que en todo caso el hombro izquierdo presentaba una lesión que ameritaba la operación y lo controló en el postoperatorio hasta obtener una recuperación funcional completa”. Inicialmente el caso fue asignado al Dr. Roberto Laignelet como Magistrado instructor pero por enfermedad y muerte de éste fue asignado nuevamente el 15 de agosto de 2007 al Dr. Alberto Barreto Vélez. Quien presentó su informe de conclusiones el 4 de febrero de 2009, con base en el cual se decidió en la misma fecha abrir pliego de cargos contra el Dr. L.F.C.B.

Al expediente, en el cuaderno de 287 folios, se adjuntan los siguientes documentos aducidos como pruebas:

1. Queja del 20 de abril de 2006 presentada ante el Tribunal seccional por el Sr. W.L.M. en la que narra en forma detallada los hechos materia de investigación (folios 1 a 3).
2. Copia de la historia clínica del quejoso en el Centro Policlínico del Olaya donde fue atendido inicialmente por el Dr. A.U.H. y después por el Dr. L.F.C.B., ambos ortopedistas, el último sub-especializado en hombro y codo. Muestra historia de dolor en hombro derecho de más de año y medio de evolución, con movilización pasiva normal pero limitación en la función activa por el dolor; el diagnóstico fue de patología del manguito rotador y por resonancia magnética se demostró una ruptura de 20 mm en el ligamento supraespinoso. El Dr. L.F.C.B. explicó la patología y los riesgos y el 16 de noviembre, con el paciente ya anestesiado y preparados los campos, intervino el hombro izquierdo, encontrando una lesión del tendón y procediendo a repararlo mediante anclaje metálico al hueso. Valoró al paciente en la sala de recuperación y éste le comunicó que le había operado el hombro equivocado. El facultativo le pidió excusas, le explicó que, de todos modos, el hombro izquierdo presentaba una lesión que ameritaba reparación y lo controló en el postoperatorio hasta presentar una recuperación funcional completa (Folios 38 a 89 y 124 a 163).
3. Declaración injurada rendida ante el Tribunal seccional el 15 de septiembre de 2006 por el Sr. W.L.M. en que se ratifica en los cargos de la queja inicial (Folios 91 a 93)
4. Diligencia de indagatoria rendida ante el Tribunal seccional el 23 de julio de 2008 por el Dr. L.F.C.B. en que afirma cómo le explicó el procedimiento a realizar, riesgos, beneficios y posibles complicaciones de la cirugía. El paciente manifestó estar de acuerdo y haber entendido, como la ratificó en su declaración (folio 92), leyó y firmó el consentimiento informado. El Dr. L.F.C.B. afirma que el día de la operación el paciente no había ingresado aún al área quirúrgica ; se dirigió al servicio de urgencias y al regresar a aquella encontró al paciente bajo anestesia general, con manilla de

identificación y líquidos intravenosos canalizados en la extremidad superior derecha y con el hombro izquierdo descubierto y preparado para el procedimiento quirúrgico. Luego viene la protesta del paciente ya referida. Al ser interrogado : ¿Por qué no se marcó el área operatoria de este paciente, el cirujano respondió: *“El paciente ingresa inicialmente al área de recepción pre-quirúrgica, es preparado por la auxiliar de enfermería, que debe canalizar en estos casos la extremidad que no va a ser intervenida, debe ser verificado esto por el jefe de enfermería y finalmente por el auxiliar de la sala quirúrgica y el anestesiólogo. Desconozco la razón por la que no se marcó”* (Folios 103 a 105)

5. Diligencia de indagatoria rendida ante el Tribunal seccional el 5 de noviembre de 2008 por el Dr. L.A.L.A, anestesiólogo del Centro Policlínico del Olaya quien explicó, que después de enterado de lo sucedido, conversó con el enfermero Andrés Martínez, Jefe de Salas de Cirugía y le especificó lo que había sucedido con el paciente. Relató que no tuvo participación directa o indirecta en el manejo del paciente. Frente a la pregunta: “¿Cómo explica Ud. que un miembro de su equipo inicie un procedimiento anestésico sin la presencia del cirujano?”, respondió : “El Dr. L.F.C.B. ya estaba presente en el área de cirugía (en el star (*sic*) de cirugía) y la anestesióloga, al ser informada de la presencia del Dr. L.F.C.B. en esa área, inició el procedimiento anestésico. Luego, el Dr. L.F.C.B. entra a las salas de cirugía, encuentra al paciente anestesiado y procede a su colocación en posición de semifowler para iniciar el procedimiento” (Folios 165 a 166).
6. Certificación expedida por el Centro Policlínico del Olaya el 28 de noviembre de 2008 afirmando que el Jefe de salas de cirugía para (*sic*...¿desde?)) el mes de Junio de 2004 era el Dr. L.A.L.A (folio 168)

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS:

Mediante escrito del 4 de febrero de 2009 el Magistrado instructor Dr. Alberto Barreto Vélez, presentó su informe de conclusiones, basado en el cual el Tribunal seccional procedió a elevar pliego de cargos contra el Dr. L.F.C.B por violación de los Artículos 10, 15 y 16 de la Ley de Ética Médica. Al tiempo, consideró que no existían méritos para formular cargos contra el anesthesiólogo Dr. L.A.

Oídos los descargos y leída la literatura aportada por el Dr. L.F.C.B. , estos no fueron aceptados, aun reconociendo que el médico acusado, con una hoja de vida intachable, “asumió con responsabilidad el error desde el momento mismo en que el paciente lo hizo percatarse de éste, expresó sus disculpas y ha mantenido su oferta de apoyo a través de una tormentosa relación médico-paciente. “. “En este sentido”, añade el Tribunal, “su actitud profesional merece un reconocimiento por parte de esta Corporación”.

Sin embargo, con base en dichas conclusiones el Tribunal seccional decidió sancionar al Dr. L.F.C.B. con censura verbal y pública por violación de los artículos 10 (*el médico dedicará a su paciente el tiempo suficiente para hacer una evaluación adecuada de su salud...*) y 15 (*el médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados....*) exonerándolo, en cambio, de la presunta violación del artículo 16 (*la responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías...*) de la Ley 23 de 1981, aunque, sigue el mismo Tribunal, “se demostró que el acto quirúrgico fue precedido de una cadena de errores institucionales y personales que lo indujeron a cometer el error”. Pero añade : “Resulta inocultable que el Dr. L.F.C.B. hace parte de ese equipo y que su actuar careció de la suficiente diligencia y prudencia, con violación de los dos artículos mencionados”. Considera que la sanción se atenúa por las circunstancias en que los hechos ocurrieron y la baja morbilidad que implicaron.

Por esas mismas circunstancias y aun teniendo en cuenta la hoja de vida y los eficientes servicios prestados durante su carrera a numerosos

pacientes de instituciones públicas, este Tribunal Nacional, después de revisar las historias clínicas y los documentos aportados, considera que, evidentemente, el Dr. L.F.C.B. no dedicó al paciente el tiempo y la atención suficientes, configurándose así la violación al artículo 10. En cuanto al artículo 15, el Tribunal seccional acepta que el médico tratante advirtió al paciente las posibles complicaciones y obtuvo su consentimiento informado; y aunque operó del lado equivocado por la cadena de errores anotada, y que no se trataba de un hombro completamente sano, aparentemente asintomático y aplicó al mismo la corrección quirúrgica y el cuidado postoperatorio adecuados, no revisó ni marcó adecuadamente el hombro derecho que era el que debía haber sido operado. Por todo lo anterior, este Tribunal cree que la sanción aplicada debe confirmarse.

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

RESUELVA:

Artículo Primero: Confirmar como en efecto confirma el fallo del Tribunal de Ética Médica de Bogotá mediante el cual se sanciona con censura escrita y pública al Dr. L.F.C.B. por violación a los artículos 10 y 15 de la Ley 23 de 1981. **Artículo Segundo:** Enviar copia a la Superintendencia Nacional de Salud para, si el caso, se investiguen los presuntos errores cometidos por el personal de la EPS en el manejo del paciente quirúrgico, para los fines que estimen pertinentes. **Artículo Tercero:** Devolver este expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia. **COMUNIQUESE Y CUMPLASE**

FDO. EFRAÍM OTERO RUÍZ, Presidente- Magistrado Ponente; GERMAN PEÑA QUIÑONES, Magistrado; LUIS ALBERTO BLANCO RUBIO, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, julio doce (12) del año dos mil once (2011).

**SALA PLENA SESIÓN No. 1094 DEL DOCE (12) DE
JULIO DEL AÑO DOS MIL ONCE (2011).**

Ref: Proceso 1467 Tribunal Seccional de Etica Medica de Antioquia

Denunciante: Sra. M.E.C.L.

Denunciados: Doctor C.A.P.M.

Asunto: Apelación Contra Decisión Inhibitoria

Providencia No. 71-2011

Magistrado Ponente: Fernando Guzmán Mora

VISTOS

El Tribunal Seccional de Etica Médica de Antioquia, en decisión de Sala Plena de 10 de mayo de 2011, decidió **DECRETAR EL ARCHIVO** de la queja interpuesta a través de un derecho de petición elevado ante esa entidad por la señora M.E.C.L. identificada con cédula de ciudadanía número, en contra del doctor C.A.P.M. , por hechos ocurridos el 14 de febrero de 2006 en la persona de la menor L.M.U.C, hija de la quejosa e identificada con la tarjeta de identidad número

Dentro de términos procesales, la quejosa interpuso por sí misma el recurso de apelación por ante el superior inmediato del tribunal seccional. El expediente compuesto de tres cuadernos fue recibido por el Tribunal Nacional de Etica Médica el 13 de junio de 2011. Puesto para reparto, correspondió por sorteo al Magistrado **FERNANDO GUZMÁN MORA**, quien procede a resolver el recurso con base en los siguientes.

HECHOS

La queja fue interpuesta por la señora C. el 15 de octubre de 2008, como consta en el folio 1 del cuaderno 1 del expediente y fue aceptada por ese tribunal seccional el 28 de octubre de 2008, declarándose en ese día la indagación preliminar respectiva (folio 5 del cuaderno principal).

El 24 de marzo de 2009 fue recibida la declaración juramentada de la quejosa, en donde ratificó su queja por hechos ocurridos en febrero de 2006 (folio 8). Refiere la quejosa que su hija comenzó a presentar quebrantos de salud desde los catorce años, luego de un partido cuando presentó dolor inguinal derecho, para lo cual se practicaron radiografías que mostraron alteraciones en la cabeza del fémur debido a deslizamiento epifisiario de la cabeza del hueso. El ortopedista Dr. C.A.P.M. informó a la madre de la paciente que debía ser sometida a cirugía urgente y explicó los riesgos de la misma, aparentemente de manera verbal, como consta en la declaración de ratificación de la queja, a folios 8 y 9.

Se intervino el 14 de febrero y el ortopedista les informó que había colocado cuatro tornillos en la cabeza del fémur lesionado. Sin embargo, de acuerdo con la versión de la quejosa los tornillos se rompieron y fue necesario llevarla de nuevo a cirugía a mediados de abril de 2006.-

La paciente se controló en numerosas ocasiones, pero fue necesaria una nueva intervención en el año 2007. Finalmente, solicitó a otro ortopedista de nombre C. Z. hacerse cargo de la paciente en el Hospital Pablo Tobón Uribe.

PIEZAS PROCESALES

1. Derecho de Petición elevado por la quejosa ante el Tribunal Ética Médica de Antioquia, en donde solicita la investigación de los médicos involucrados en la atención de su hija L.M.U.C.

2. Providencia de Indagación Preliminar ordenada por el tribunal seccional el 29 de octubre de 2008
3. Declaración juramentada de ratificación de la queja obrante a folios 8 a 10 del cuaderno principal
4. Copia de la historia clínica de la paciente L.M.U.C. solicitada a la Clínica CES de la ciudad de Medellín y obrante a folios 1 a 66 del cuaderno numero 3. Allí consta el diagnostico de deslizamiento epifisiario del fémur, intervenido el 28 de febrero de 2006 mediante osteotomía y osteosíntesis con tornillos
5. Dentro de la misma historia clínica, reposan dos consentimientos informados firmados por la señora M.E.C. , Uno para anestesia y otro para cirugía. Llama la atención en el consentimiento quirúrgico que quien firma es únicamente la paciente o su representante legal, sin existir espacios que demuestren el nombre del cirujano ni su firma, con lo cual se estructura un consentimiento entre el paciente y una persona jurídica, jamás con un médico específico, lo cual hace que legalmente este consentimiento como documento escrito pierda la validez jurídica, de acuerdo a opiniones de muchos tratadistas.
6. Allí también se encuentran las descripciones del segundo procedimiento de corrección de deslizamiento epifisiario recidivante del fémur de la paciente
7. Igualmente, el consentimiento quirúrgico es impersonal respecto del cirujano que practica la intervención (folio 44 del tercer cuaderno).
8. Asimismo, se describen dos hospitalizaciones adicionales. Una para retiro de material de osteosíntesis protruyente y otra para explorar necrosis de cabeza del fémur, con sus respectivos consentimientos anestésicos y quirúrgicos.
9. Constancia secretarial del tribunal seccional en donde se expresa que de parte de la clínica CES se informa que el doctor C.A.P. ya no labora en esa institución desde hace mucho tiempo (folio 14 del cuaderno principal)

10. Similar constancia secretarial de 25 de octubre de 2010m en donde se informa de parte del Hospital General de Medellín que el médico P. se encuentra fuera del país.
11. Declaración juramentada del doctor J.G.N. como testigo técnico del caso en cuestión. A folios 25 a 27 del cuaderno principal se encuentra dicha declaración
12. Declaración técnica del doctor J.G.N., de donde se extractan los siguientes apartes:
 - a. La enfermedad inicial de la paciente fue un deslizamiento epifisario femoral superior, la cual es sumamente grave para la articulación de la cadera
 - b. Los esfuerzos del cirujano se encaminaron a reconstituir la anatomía de la cadera, tan gravemente afectada por este tipo de lesiones
 - c. Lo que apareció posteriormente fue una necrosis avascular de la cabeza femoral y protrusión del material de osteosíntesis, lo cual puede ser debido a la enfermedad misma y no exclusivamente al procedimiento quirúrgico.
 - d. Los procedimientos terapéuticos empleados en la paciente fueron correctos, así como los materiales de osteosíntesis utilizados en los mismos.

La gravedad de la situación fue explicada siempre a la familia y se consignó en la historia clínica, como consta en los folios 6 vuelto del cuaderno 2, 59 del cuaderno 3, 22, 44, 57 y 66 del cuaderno principal,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ETICA MEDICA.

1. La enfermedad que aquejó a la paciente L.M.U.C. fue de extrema gravedad desde el punto de vista ortopédico.

2. Los esfuerzos del ortopedista C. A. P. fueron correctos, basados en las notas de historia clínica y las declaraciones del testigo experto en ortopedia, doctor J. G. N. C.
3. No se puede endilgar un mal resultado quirúrgico exclusivamente al procedimiento en si o a la culpa del cirujano, especialmente en casos tan delicados como el presente. En este caso concreto, la medicina y la cirugía se consagran como obligaciones de medio y no de resultado.
4. El riesgo se advirtió en todo momento a la paciente y su responsable legal, como consta en varios sitios de la historia clínica.

5. EL CONCEPTO DE RIESGO EN MEDICINA

Es bien sabido que el ejercicio de la medicina entraña riesgo; y es un hecho que la práctica médica puede provocar lesión a bienes jurídicos protegidos por la ley. Debido a esta circunstancia, algunos abogados han inferido, con poca profundidad en el análisis, que la medicina es una actividad peligrosa. En este escrito se pretende demostrar porqué no es válida esa afirmación.

A lo largo de la historia la sociedad ha aceptado la existencia del médico y el ejercicio de su actividad como un beneficio. Los seres humanos no sabrían qué hacer si en la comunidad no contaran con el precioso recurso de la medicina. Las personas dedicadas a la profesión médica han sido siempre tratadas con especial consideración y aprecio, porque se reconoce en ellas su dedicación, su voluntad de servicio, su idoneidad y eficiencia. Y es esa aceptación social, debida en buena parte al altruismo y la responsabilidad inherentes a la práctica médica, la que la distingue de lo que, incluso para la sociedad, se denominan actividades peligrosas.

Efectivamente, mientras en la medicina el riesgo calculado es una forma normal y necesaria de desarrollar los principios más caros de solidaridad, bien común y ayuda al prójimo, en las actividades peligrosas el ejecutor mira generalmente sólo su propio beneficio: Conducir un

automóvil o portar un arma son ejemplos de actividades peligrosas. Se conduce un vehículo automotor por propia comodidad o como medio para adquirir lo económicamente necesario para sí mismo y su familia. Se porta o se utiliza un arma de fuego para la defensa personal y para defenderse de otro ser humano por medio de la agresión mortal.

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

Claro está que el médico puede obrar culposamente y, en ese caso, debe responder por el daño causado. Pero este es otro asunto. Por culpa se entiende una forma de conducta irregular en la cual no media una intención de dañar, pero que viola preceptos de prudencia, conocimiento, pericia y diligencia al efectuar la acción. A esto se puede sumar la falta de seguimiento de reglas aceptadas de la acción en el momento en que ésta se efectúa.

En el delito culposo se habla de una ilicitud, generalmente inconsciente. Cuando por consecuencia de un tratamiento se ocasione un daño en la integridad de la persona, la actuación del médico no será culposa si se encontraba dentro del riesgo previsto.

Cualquier tratamiento médico y quirúrgico es potencial causa de daño a la integridad del paciente. Ni la efectiva y humilde aspirina escapa a esta afirmación, pues ella puede producir la activación de una úlcera gástrica que lleve a hemorragia masiva, o puede ocasionar una reacción orgánica letal en algunos niños, que se conoce como el síndrome de Reyé. Su ingesta excesiva es la principal causa de intoxicación en niños, en quienes produce una severa acidosis metabólica.

Las vitaminas, tan populares y apreciadas hasta por el farmaceuta que ilegalmente las fórmula, pueden también ser causa de alteraciones inmanejables: la vitamina A, al acumularse, puede llevar a síndromes de

hipertensión endocraneana y a daño hepático; la vitamina K en sobredosis puede ocasionar serias alteraciones de coagulación.

Ni qué decir de los actos intervencionistas sobre el enfermo. La radioterapia para el cáncer ocasiona con frecuencia lesiones en órganos vecinos al comprometido por el tumor. Los métodos diagnósticos radiológicos que utilizan medios de contraste, pueden ocasionar la muerte en un paciente por reacción alérgica aguda debido a idiosincrasia de la persona. La cirugía, al ser el método terapéutico agresivo por excelencia, puede ocasionar complicaciones que le son propias y que pueden ser causa de muerte de quien ha sido sometido incluso a intervenciones menores.

Todo acto médico tiene un fundamento humano y científico. La medicina, como parte de las ciencias de la naturaleza y la sociedad se caracteriza por su racionalidad y su objetividad. Esta racionalidad está constituida por conceptos, juicios y raciocinios, y no solamente por sensaciones, imágenes o pautas estereotipadas de conducta; sus ideas son capaces de combinarse de acuerdo con algún conjunto de reglas lógicas, con el fin de producir nuevas ideas. Éstas, a su vez, no se amontonan caótica o cronológicamente, sino que se organizan en sistemas de ideas, esto es, en conjuntos ordenados de proposiciones (teorías).

En toda consulta, análisis, diagnóstico, opinión, interconsulta, junta médica, investigación, publicación o procedimiento especial, el médico aplica el método científico. Es decir, aquel procedimiento para descubrir las condiciones en que se presentan sucesos específicos, aplicando la lógica a los hechos observados. A través de este mecanismo se plantean problemas, se prueban hipótesis e instrumentos de trabajo investigativo. Aunque no lo haga de manera consciente, el médico aplica en forma permanente sus conocimientos de estadística. Juega con leyes de probabilidades, estudia variables, analiza su interdependencia y relación, en fin, convierte el oficio en profesión y el arte en ciencia. Esta es la diferencia con los empíricos.

Cualquier miembro de la sociedad que acuda a otro en búsqueda de diagnóstico, tratamiento, pronóstico y recomendaciones que vayan a

incidir sobre su cuerpo y su salud, se está convirtiendo en un paciente. Y quien ejerza su conocimiento buscando satisfacer esta petición está ejerciendo como médico. Si partimos de las definiciones previas, cuando quien actúa como médico es una persona calificada por la sociedad como idónea para ejercer la profesión, se cumplen los requisitos legales que hacen del acto un contrato legal y una relación profesional y ética, con todas sus consecuencias sociales. Si el acto médico puede solamente ser ejercido por el profesional universitario legalmente reconocido, cualquiera que practique actividades de diagnóstico, pronóstico, tratamiento, rehabilitación o similares, está ejerciendo la medicina en forma ilegal.

Esto quiere decir que la práctica de un acto médico debe estar respaldada por el ejercicio legítimo de un derecho y el cumplimiento de un deber por parte del profesional médico debidamente graduado y habilitado por la legislación nacional, en beneficio del paciente. Como todo acto médico implica un riesgo, para que este riesgo no sea considerado una agresión, su finalidad debe ser de ayuda al organismo enfermo y debe basarse en ciertas normas: licitud, ejecución típica, seguimiento de normas científicas universalmente aceptadas y profesionalismo.

Actualmente el derecho penal viene haciendo unos aportes importantes al esclarecimiento del asunto, contextualizando el comportamiento dentro de la categoría de 'rol social'. Desde esta perspectiva, ha de tenerse al ejercicio médico como un papel determinado, que la comunidad en el plano social y el Estado en el plano institucional, han acordado como permitido y necesario, así deba reconocerse y aceptarse la inclusión del riesgo dentro de su práctica.

Esa valoración es la que permite diferenciar en el derecho penal cuando el comportamiento objetivamente visto, encuadra en el tipo o descripción legal del delito; por tal razón, la incisión que con el bisturí realiza el cirujano, mal puede considerarse como una 'lesión' en el sentido médico legal (daño físico en el cuerpo o a la salud)

Como lo aclara Jackobs: “[...] el mundo social no está ordenado de manera cognoscitiva, con base en relaciones de causalidad, sino de manera normativa, con base en competencias, y el significado de cada comportamiento se rige por su contexto. Por tanto, el hecho de que un comportamiento cause de modo cognoscible un resultado pernicioso, per se no quiere decir nada.”

Es, ni más ni menos, eso lo que ocurre en la profesión médica. Aparentemente (cognoscitivamente) una herida en el abdomen es una ‘lesión’, pero normativamente esa herida es quirúrgica y, por tanto no daña o dañosa, sino todo lo contrario: herida benéfica gracias a la cual se pretende salvar la vida del paciente. No es, pues, una conducta que se ‘justifique’ (nada debe justificar el cirujano ante la ley penal o la sociedad) , sino una conducta que no es ‘típica’ (considerada por la ley penal como delito).

De acuerdo con Jackobs: “un comportamiento que genera un riesgo permitido se considera socialmente normal; por lo tanto, los comportamientos que crean un riesgo permitido no son comportamientos que hayan de ser justificados.”

El Estado se encarga, entonces, de dar el espaldarazo a la decisión de la comunidad y acepta al médico como un integrante que, lejos de ser peligroso, es benéfico para la sociedad. Obviamente se regula su actividad y se le exige un nivel de competencia que el mismo Estado certifica (título universitario); pero una vez que el médico se encuentra ejerciendo legalmente, su actividad queda regulada en esencia por su criterio personal y profesional.

Por ser sumamente ilustrativo, se puede citar de nuevo al profesor alemán: “... desde luego hay ámbitos jurídicos - algunos de ellos con potencial de peligro - en los que no es necesaria una regulación jurídica, porque puede obtenerse un alto estándar de seguridad de otra forma, por ejemplo, planteando exigencias especiales respecto de la formación de quienes actúan en ellos, como sucede en el ámbito médico.

En la mayoría de los casos, probablemente concurren además otras razones a la hora de renunciar a una regulación: tomando de nuevo como ejemplo el ámbito médico, la necesidad de un alto grado de individualización sólo permitiría establecer regulaciones a tal nivel de abstracción que acabarían siendo carentes de contenido. Además, tampoco es conveniente fijar legalmente un estándar en aquellos casos, como - de nuevo - en el campo de la medicina, en los que se produce una evolución permanente. Por ello, la regla profesional reconocida, *lex artis*, sustituye en estos ámbitos al precepto jurídico.”

De esta manera se explica que el riesgo inherente al acto médico, sea asumido como normal por el paciente y no por el mismo médico quien, dicho de paso, debe calcularlo con precisión, con el fin de no exponer al paciente a un peligro mayor del necesario. Si traspasa este límite previsto, estaría obrando culpablemente.

6. CONSENTIMIENTO PARA EL RIESGO

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

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

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

Incluso, como se ha recordado por la Corte Constitucional, cuando esas decisiones “se toman de manera imprudente o en perjuicio de la salud. Esta perspectiva considera peligrosa la posibilidad de reservar un derecho de intervención en aquellos eventos en los cuales el médico piensa que el paciente ha tomado la opción equivocada. El principio de autonomía permanece incólume aun cuando la persona elige de manera consciente un camino que no conduce al beneficio de su mejor interés. Esto es lo que en filosofía se conoce como ‘voluntad débil’. El derecho de los fumadores, por ejemplo, se funda en este tipo de justificación. No obstante la certeza del mal que produce el consumo del cigarrillo, se supone que el valor de la autonomía está por encima del perjuicio que pueda derivarse de la opción escogida.” (Sentencia T- 401/94)

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

“[...] cuando no se trate de casos de urgencia, el médico podrá excusarse de asistir a un enfermo o interrumpir la prestación de sus servicios, en razón de los siguientes motivos: [...] c) que el enfermo rehúse cumplir las indicaciones prescritas.”

En la órbita penal hay necesidad de hacer una aclaración: no hay delito en atentar contra sí mismo, contra su salud o contra su propia vida. El reconocimiento del principio de autonomía ha sido permanente en el derecho penal, que solamente castiga los comportamientos que atenten contra otra persona o contra la sociedad. El artículo 327 castiga la inducción o la ayuda al suicidio que 'otro' preste al suicida, quien (dicho sea de paso) actuará según su designio, sin miedo a la sentencia del juez. Pero el médico que lo induzca o que le preste ayuda será castigado con prisión de dos a seis años.

Obviamente, el principio de autonomía del paciente tiene un límite: el del actuar ético del médico, que ha jurado servir a la humanidad respetando la Ley. Por ello, cualquier determinación del paciente, por más 'libre y autónoma' que se pretenda, no obliga a un profesional que considere esta decisión absurda o contraproducente. Secundar al enfermo en su irresponsabilidad es participar conscientemente del daño que esa decisión pueda producirle.

7. PREVISIÓN Y TOMA DE DECISIONES

Prever es la capacidad, por parte de un ser humano de cultura, educación e inteligencia promedio, de pronosticar un resultado futuro aproximado cuando se efectúa una acción. Es anticipar un resultado posible, efectuando un pronóstico en relación con una conducta. Desde el punto de vista del ejercicio médico, la capacidad de prever razonablemente se juzga de acuerdo con lo que hubiese hecho un médico de similares características, educación y altura académica de la que posee aquel que ocasiona un daño. Lo anterior, se debe a los diferentes grados de complejidad que pueden conllevar los actos médicos, cuya naturaleza hace imposible asimilar la previsión a la de un ser humano 'normal', o incluso poner en la misma escala a sujetos con diferentes especialidades.

Y si bien es cierto que a mayor cantidad y calidad de estudios y especialidades, debe exigirse un mayor cuidado, no se puede llegar al extremo de suponer la previsibilidad del ciento por ciento de las po-

sibilidades, por razones obvias: En el cuerpo humano y en la acción terapéutica siempre está presente, de una u otra forma, el azar. La medicina no es una ciencia exacta, y no todos los pacientes responden de idéntica manera.

De otro lado, prevenir es tomar todas las disposiciones necesarias para que un resultado dañoso no tenga efecto. La toma de decisiones es la selección de un curso de acción entre alternativas. Constituye entonces el eje de la planeación

El proceso que conduce a la toma de una decisión incluye:

1. Elaboración de premisas. Basada racionalmente, entendiendo las alternativas y con el franco deseo de llegar a soluciones. La racionalidad se limita por factores como tiempo, información y certeza.
2. Identificación de alternativas. Se basa en la más correcta información y en la ayuda de los subalternos e iguales. Factor limitante a estas alternativas es aquello que se opone al logro de un objetivo deseado. Una vez superado, se puede seleccionar el mejor curso de acción.
3. Evaluación de alternativas. Debe hacerse a la luz de factores cuantitativos (medibles) y cualitativos (intangibles). También debe tenerse en cuenta al análisis marginal (ingresos adicionales vs. costos adicionales) y la relación costo-beneficio.
4. Selección de una alternativa. Para esto se puede utilizar la experiencia (bien entendida como el aprovechamiento de las lecciones del éxito y el fracaso), la experimentación (que tiene peligros por sus costos) y la investigación analítica (utilizando el método científico y el desarrollo de modelos).

Las decisiones pueden ser programadas, cuando aplican a problemas de rutina o estructurados; y no programadas, para situaciones nuevas, mal definidas y de naturaleza no repetitiva. Las decisiones en condiciones de incertidumbre se pueden enfocar como:

1. Análisis de riesgos, basados en la opinión de los especialistas del grupo tratante.
2. Árboles de decisión, que evalúan los puntos de decisión, los acontecimientos fortuitos y las probabilidades existentes, con lo cual se pueden evaluar las alternativas principales, mostrando los aspectos críticos y un proceso de razonamiento lógico en la decisión.

Como se aprecia, la toma de decisiones es un proceso intelectual complicado, que debe juzgarse a la luz de cada caso individual, atendiendo a la norma de excelencia del momento y a la teoría de probabilidades respectiva.

8. RIESGO Y ESTADÍSTICA EN MEDICINA

La estadística es el conjunto de técnicas a través de las cuales se recogen, ordenan y analizan datos cuantitativos, con el objeto de tomar decisiones. Ej.: porcentaje de muerte en pacientes con infarto agudo del miocardio que no reciben tratamiento hospitalario; meses de supervivencia luego de quimioterapia con la droga 'x' en pacientes con linfoma estado IV; incidencia de leucemias en personas mayores de 15 años con síndrome de Down; etc.

La inferencia estadística se refiere a los métodos mediante los cuales se toman decisiones sobre una población, basados en muestras. Estas decisiones se toman en condiciones de incertidumbre y, por lo tanto, se requiere del uso de los conceptos de probabilidad. Ej.: de una muestra de 100 individuos entre los 25 y 30 años en una población de Nariño, se encuentra que 30 de ellos presentan gastritis crónica atrófica con metaplasia intestinal, lo cual los predispone a la aparición de cáncer gástrico. De los 30, nueve desarrollan un tumor maligno en el curso de los siguientes diez años. Por lo tanto, se concluye que en esa población existe un altísimo riesgo de cáncer del estómago y por lo tanto se decreta una búsqueda masiva de tumores incipientes mediante endoscopia gástrica en toda la población mayor de 20 años.

Los métodos estadísticos son variables. Los pertenecientes a la ‘estadística clásica’ efectúan inferencias a partir de datos numéricos, sin ningún tipo de opinión personal del analista. Ej.: Los pacientes con distrofia muscular de tipo Duchenne, mueren antes de los 25 años sin importar el tratamiento que se instaure.

En cambio, el análisis bayesiano involucra el juicio del especialista y estudia los resultados posibles, basado en alternativas. Ej.: se encontró en la ciudad de Edimburgo (Escocia), que cada drogadicto con heroína le costaba al país una cantidad X de dinero, debido a las complicaciones de la inyección de estimulantes endovenosos con agujas contaminadas, que infectaban su organismo y, particularmente, una de las válvulas cardíacas (tricúspide). Basados en lo anterior, resultaba más conveniente para el país repartir agujas estériles entre los drogadictos en forma masiva, tres veces por semana, para disminuir la infección valvular cardíaca, cuyo manejo es complicado y muy costoso.

Los datos en medicina, en términos generales, corresponden a ‘variables continuas’. Éstas, a diferencia de las ‘variables discretas’ (que tiene valores en puntos específicos a lo largo de una escala), pueden suponer valores en cualquier punto entero o fraccionario de la mencionada escala, y sus datos se generan por el proceso de medición.

Ejemplo de variable discreta: De un lote de diez marcapasos cardíacos se encuentran dos defectuosos.

Ejemplo de variable continua: Se conoce que el tiempo de duración de un marcapasos colocado en un paciente es de 10 a 15 años. Esto quiere decir que, en cualquier momento entre el año 10 y el año 15, puede fallar el aparato electrónico.

Debido a que la variable continua puede tomar cualquier valor fraccionario en un determinado rango de valores, con una probabilidad indefinida de valores posibles, éstos no pueden agruparse con su respectiva probabilidad al frente (solamente entre el cero y el uno, ya existe un numero indefinido de valores probables). Por lo tanto, se expresa en forma de ‘curva de probabilidad’, o función de densidad de

probabilidad, la cual cobija por debajo de su curva, las probabilidades para cada valor.

Ejemplo: La probabilidad de parálisis de miembros inferiores (paraplejía) en un paciente sometido a una intervención sobre la aorta torácica que implica clampeo (cierre) de la misma, es de porcentaje variado entre 3% y 33%, en diversas series de estudios clínicos. Esto ocuparía un área determinada de probabilidad bajo la curva. Si a esto se añade que el enfermo presenta lesiones obstructivas arterioscleróticas en las arterias viscerales, la probabilidad de lesión puede aumentarse de 15% a 70%, con un área diferente bajo la curva.

La curva estadística típica es la denominada ‘distribución normal de probabilidad’ y se representa en forma de campana. Esto obedece a que se conoce que las mediciones obtenidas en procesos al azar tienen esta forma de distribución y las que no la tienen y siguen otras distribuciones (binomial, Poisson), pueden aproximarse a dicha distribución normal mediante fórmulas específicas.

Los datos obtenidos de estudios deben ser descritos de alguna forma. Por esto, se trata de buscar un valor que represente dicho grupo, es decir, un promedio. Ej.: Desde el punto de vista semiológico, se desea describir a los pacientes con síndrome de Marfan que ingresan a los consultorios de medicina interna. Se dice entonces que el paciente con este síndrome es generalmente alto, delgado, con aracnodactilia (dedos delgados y largos) y con frecuencia presentan otra enfermedad asociada: la disección de aorta.

Por supuesto, sabemos que puede haber pacientes altos y con aracnodactilia que no tienen el síndrome de Marfan, en la misma forma en que puede existir disección de la aorta no asociada a este síndrome. Así mismo, se observan casos de Marfan en personas de estatura promedio y sin disección de aorta. Todas estas combinaciones son posibles. Sin embargo, el promedio, el típico caso de Marfan, cumple en general con los requisitos descritos inicialmente.

Ej.: El paciente típico con apendicitis aguda presenta una serie de síntomas como dolor abdominal, fiebre, vómito y dolor en el cuadrante inferior del abdomen. Y aunque algunos enfermos presentan apendicitis sin fiebre, o tienen dolor abdominal asociado a fiebre y vómito sin que corresponda necesariamente a una apendicitis aguda, el paciente característico tiene los signos y síntomas anotados.

Lo anterior quiere decir que, al evaluar el riesgo de un tratamiento, debe tenerse en cuenta el tipo de paciente, el campo de especialización del médico que lo atiende, los recursos de los cuales dispone, el momento de la enfermedad en el cual consulta, lo típica que sea la presentación de su enfermedad y otro número de variables.

Quiere esto decir que juzgar el caso individual es sumamente difícil. No se puede condenar por las complicaciones del tratamiento simplemente porque ellas ocurran. El nivel de abstracción del juez y sus conocimientos específicos deben ser de tal magnitud que le permitan emitir su sentencia con el máximo de seguridad posible y con la mayor tranquilidad de conciencia.

9. EJERCICIO PROFESIONAL, RIESGO Y CONFIANZA SOCIAL

Los médicos, en general, siguen la norma ética kantiana: en lugar de decir “Haz aquello que te haga feliz”, Kant dice: “Haz aquello que te haga digno de ser feliz”.

Sólo las cosas tienen precio. La persona humana tiene dignidad. Los seres racionales, por lo tanto, nunca son medios; son fines en sí mismos. Por ello, debe tratarse siempre a la humanidad, tanto en la persona propia como en la de los demás, como un fin, sin servirse de ella exclusivamente como medio. Si se considera al ser humano que se tiene en las manos como un fin, y ejerciendo la libertad se obra con la voluntad excelente de hacer el bien, colocando todos los elementos posibles para ello, el acto médico será la manifestación de una ética universal que no admite contradicción.

Todo procedimiento médico tiene riesgos. El problema actual es que se tiende a trasladar dicho riesgo al médico, sin una razón suficiente. Anteriormente el enfermo era consciente de su estado y asumía las consecuencias del tratamiento, sin inculpar al médico por el fracaso. Era una posición responsable que se basaba en el principio de la buena fe recíproca: el paciente era sincero con el médico y le descubría su cuerpo y alma; iba a él en busca de ayuda y confiaba en que el médico, a su vez, haría lo que estuviera a su alcance para obtener la recuperación de la salud. Si no se lograba, no había reclamo. Ambos sabían que se había intentado y hecho todo lo posible.

Hoy, infortunadamente, el mundo ha cambiado de la confianza recíproca al provecho personal. Las relaciones entre las personas ya no se fundan en la 'bona fides' de los antiguos, sino en su seguridad. Y este cambio en el comportamiento social ha hecho más difícil el desarrollo de actividades que, como la que nos ocupa en este escrito, entrañan riesgo.

¿Cómo preservar la seguridad del paciente cuando necesariamente debe intervenir sobre su organismo? Al médico se presenta la persona, por regla general, cuando tiene problemas de salud. El paciente es consciente de que su estado de salud puede empeorar si no acude a la consulta. Si lo hace, es luego de resolver una disyuntiva: no voy al médico y asumo las consecuencias, o voy en busca de su ayuda.

¿Quién asume entonces dichas consecuencias cuando el paciente concurre a la consulta? ¿Por qué razón se le traslada el riesgo al médico? ¿Simplemente porque se le está pagando algún dinero? En el contrato que se establece ¿asume el galeno la responsabilidad por el riesgo? ¿Debe asumirla como contraprestación del dinero recibido?

Consideramos que no. Consideramos que el amparo de la salud corresponde a la persona misma y que, si quiere trasladar el riesgo, debe buscar una compañía de seguros. En el mejor de los casos así se viene haciendo... sólo que esta práctica encarece el servicio, por la razón que ya hemos reseñado: el asegurador paga y como paga debe trasladar el costo para que su negocio siga siendo rentable, demandando al médico

para intentar la recuperación de lo pagado, por lo que el médico gasta dinero para defenderse y busca medidas de protección al futuro, encareciendo con ellas el servicio. Y esta espiral no se detiene sino cuando haya consciencia del círculo vicioso que ha generado el abandono del principio de confianza.

10. OBLIGACIONES DE MEDIO Y DE RESULTADO EN MEDICINA.

El tratadista Demogue introdujo esta clasificación, con base en la consideración del objeto de cada contrato. En este sentido, si el objeto existe o se espera que exista, el deudor puede obligarse a un resultado: Dar, hacer o no hacer algo.

En cambio, si el objeto del acto es una simple “alea”, si su existencia no depende de la voluntad y acción directa del deudor, sino que, en todo o en parte esta condicionada por el azar, nos encontramos frente a lo que los romanos llamaban ya la “emptio spei” (compra de la esperanza), como ocurre cuando el particular acude al consultorio del médico, con la esperanza de obtener su curación. En estos eventos, el resultado no se puede garantizar, pero el contrato es válido. Si el resultado no se logra, pero el médico-deudor ha puesto de sí todo lo que se esperaba, no hay responsabilidad de parte suya. Si el resultado se malogró por culpa grave o dolo del médico-deudor, es claro que debe responder.

Esto es conocido desde hace muchos años por la jurisprudencia colombiana, en cabeza de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia del 5 de Marzo de 1940):

“...La obligación profesional del médico no es, por regla general, de resultado sino de medio, o sea que el facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia, y los dictados de su prudencia, sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de éste...”

Pero qué ocurre si, como en el caso de la medicina, el elemento material es un organismo vivo que reacciona de manera autónoma?

Ocurre que este organismo tiene su propia dinámica, de modo que el médico, aunque puede aproximarse mediante los exámenes que previamente practique en la etapa diagnóstica, nunca sabrá en forma rotunda el comportamiento final sino cuando éste ya se haya producido. El “alea”, pues, está presente; y esa dosis de incertidumbre que envuelve todavía a la ciencia médica, impide que el galeno garantice un resultado concreto.

No puede comprometerse por regla general el médico sino hasta donde las variables incontrolables que resulten le permitan. Obligación de hacer, sí, pero de hacer “solamente lo que esté a su alcance”. Obligación de asistir médicamente a alguien, poniendo de su parte todos los conocimientos y todo el cuidado con miras a lograr un resultado que, de no alcanzarse, dependerá entonces de otras circunstancias ajenas a la voluntad del profesional de la medicina.

Esta manera distinta de ver el asunto, fue introducida en el derecho alemán por Schlossmann, para quien en toda obligación DEBE DISTINGUIRSE LA CONDUCTA DEL DEUDOR DEL RESULTADO OBTENIDO CON ESA CONDUCTA.

El objeto de la obligación no consistiría en dar, hacer o no hacer algo; el objeto de la obligación sería “la actividad del deudor”. El fin de la obligación sí sería el resultado, pero ese fin puede alcanzarse o no.

Demogue revisó tal teoría diciendo que existen obligaciones que persiguen no solo la conducta del deudor, sino un resultado concreto. “En lugar de producir un resultado, en otros casos el deudor legal o convencionalmente es obligado a tomar ciertas medidas que normalmente son aptas para conducir a un resultado... El médico no promete la curación; solo promete sus cuidados. Se ha pensado declarar culpable a todo médico cuyo paciente muere, a menos que pruebe la fuerza mayor?...”

Como enseña el expresidente de la Corte Suprema de Justicia, Dr Guillermo Ospina Fernández:

“...Las obligaciones son de medios cuando el resultado a que éstas apuntan sobrepasa lo que el acreedor justamente puede exigir al deudor...Esta clasificación coadyuva en la ardua labor que corresponde a los jueces de determinar, en cada caso concreto y según las circunstancias, si la obligación ha sido cumplida o no, o, mejor aun, si la prestación o prestaciones que ella impone han sido o no ejecutadas...”

En Argentina, por ejemplo, la doctrina general se encuadra dentro de las obligaciones de medio, cuando se afirma que:

“...no debe perderse de vista que también la ciencia médica tiene sus limitaciones, y que en el tratamiento clínico o quirúrgico de las enfermedades existe siempre un alea que escapa al cálculo más riguroso o a las previsiones más prudentes y, por ende, obliga a restringir el campo de la responsabilidad...El médico, cualquiera fuere la fuente de su obligación, contractual o aquiliana, nunca puede prometer la conservación de la vida del paciente ni la extirpación de la dolencia; basta que actúe, en la conducción de sus actos profesionales, con la diligencia común a todo ser humano...”

La Corte Suprema de Justicia de Colombia, como hemos mencionado, también ha decidido exigir al médico solo los medios que tiene posibilidad de poner al servicio de la salud del hombre y no los resultados que ese hombre esperaría de un médico omnipotente.

“...la jurisprudencia considera que la obligación que el médico contrae por acuerdo es de medio y no de resultado, de tal manera que si no logra alcanzar el objetivo propuesto con el tratamiento o la intervención realizada, solamente podrá ser declarado civilmente responsable y condenado a pagar perjuicios si se demuestra que incurrió en culpa por haber abandonado o descuidado al enfermo o por no haber utilizado diligentemente en su atención sus conocimientos científicos o por no haberle aplicado el tratamiento adecuado a su dolencia a pesar de que sabía que era el indicado...” (Nov. 26 de 1986. Magistrado Ponente: Dr. Héctor Gómez Uribe)

La posición actual del Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de Abril de 1994, expediente 7973, Magistrado ponente Dr. Julio Cesar Uribe Acosta) es la siguiente:

“...el ad quem desea dejar en claro que la responsabilidad médica sigue siendo tratada en la Jurisprudencia de la Corporación como de MEDIOS, o sea de PRUDENCIA Y DILIGENCIA, lo que obliga al profesional de la medicina y a los centros de atención, a proporcionar al enfermo todos aquellos cuidados que conforme a los conocimientos científicos, y a la practica del arte de curar, son conducentes para tratar de lograr el FIN deseado, siendo igualmente cierto que no se puede ni debe asegurar la obtención del mismo. Esta verdad jurídica impone que, de acuerdo con los principios generales que rigen la carga de la prueba, le incumbe al actor la demostración de los hechos en que funda su pretensión, y al demandado la prueba de los hechos que excusan su conducta. En esta materia la Sala solo reivindica la precisión jurisprudencial que hizo la sentencia del 30 de Junio de 1992, con ponencia del Dr. Daniel Suárez Hernández, cuyo universo conceptual no compromete, en el caso en comento, el centro de imputación jurídica demandado, que como antes se dijo, atendió a la paciente en forma razonable.

El sentenciador no avala la tesis de quienes predicán que la prestación del servicio médico es una ACTIVIDAD RIESGOSA y que, por los mismo, su sola ejecución defectuosa comporta una suerte de responsabilidad objetiva, extraña a la idea de CULPA.

Por ello no se comparte el criterio de quienes en la doctrina expresan su adhesión a soluciones de lege ferenda y proponen que la sola presencia de la infracción dañosa genera presunción de culpa en contra del médico o del centro hospitalario en que se atendió el enfermo... Es por eso que el profesor Jorge Bustamante Alsina, al ocuparse del estudio de la materia, enseña:

Este amplio criterio de razonabilidad de que dispone el juez en orden al deber de buena fe con el que deben actuar las partes en el proceso y en relación al mérito probatorio de los elementos arrimados al juicio, permitirán a aquel en el momento de dictar el fallo, determinar presunciones “homini” de culpa contra la parte que observe una conducta pasiva para demostrar su no culpa, cuando se hallaba en condiciones mas favorables de hacerlo (favor probationes) que el accionante, a su vez, para probar la culpa del demandado. Esta aplicación del concepto de carga probatoria dinámica es de excepción, pero sin duda se compadece con el criterio de equidad en la relación procesal entre las partes (Teoría General de la Responsabilidad Civil. 8 Ed, Abelardo Perrot, pag 497)

¿Qué criterios existen, desde el punto de vista legal, para reconocer cuando una obligación es de medio o de resultado? La primera la presenta el Profesor Tamayo Jaramillo:

“...En la práctica lo que caracteriza las obligaciones de resultado es el hecho de que el deudor en veces no tiene forma de liberarse, y otras solo lo libera la prueba de una causa extraña; mientras que en las obligaciones de medio el deudor en ocasiones se presume culpable, pero desvirtuar la presunción demostrando diligencia y cuidado, y en otras oportunidades al acreedor o víctima le corresponde demostrar la culpa del deudor...”

De acuerdo con el mismo autor, existen en la práctica tres formas de declarar una obligación como de medio o de resultado:

1. Por decisión expresa del legislador, al establecer que el deudor sea condenado solamente cuando se demuestre culpa, y determine un régimen probatorio de dicha culpa, bien sea porque la carga de la prueba recaiga en el demandante (quien tendrá que probar que el médico actuó incorrectamente) o en el demandado (quien tendrá que probar que actuó en forma adecuada).(Artículos 1730 y 2005 del Código Civil)

2. Por acuerdo de las partes, quienes libremente pueden convenir en que la obligación sea de medio o de resultado, al amparo del artículo 1604 del Código Civil.
3. Cuando ni el legislador ni las partes han determinado si la obligación es de medio o de resultado, se debe tener en cuenta el número de probabilidades de alcanzar el objetivo pactado entre las partes. En el caso de la medicina, debido al gran número de circunstancias y variables no controlables (Anatomía humana, reacciones fisiológicas, enfermedades y lesiones no detectadas a pesar de un buen estudio previo) y de una serie de innumerables sucesos impredecibles, todo acto médico, incluyendo la cirugía estética, debería considerarse como una obligación de medio y no de resultado.

“...En las obligaciones de resultado la responsabilidad del deudor queda comprometida desde que aquel no se obtiene, mientras que en las de medio la sola falta del resultado querido no basta, pues se requiere, además, una conducta culpable o dolosa del deudor. Esto acarrea una gran facilidad probatoria en el primer caso, ya que para comprometer la responsabilidad del deudor bastará demostrar el contrato y no haberse obtenido el resultado prometido, arrojando sobre la parte contraria toda prueba eximente, y una mayor dificultad en el segundo, pues para comprometer las responsabilidades del obligado habrá que demostrar su culpa o dolo.

11. Llama la atención que los hechos tuvieron ocurrencia el 14 de febrero de 2006. Esto quiere decir que han pasado cinco años en el proceso y por lo tanto aplica el fenómeno de la prescripción. Sin embargo, en aras de la favorabilidad procesal para el acusado, se opta por decretar providencia inhibitoria.

La Corte Suprema de Justicia por medio de su Sala de Casación Penal sostuvo en el pasado que producida la prescripción el Juez no podía tomar otra determinación que la preclusión de la investigación. Pese a ese antecedente judicial esta Corporación, discrepó respetuosamente al sostener que por la jerarquía de las normas de un lado la Constitu-

cional que consagra el principio de favorabilidad y de otro la legal que dispone la prescripción se debe dar aplicación jerárquica a la Norma Superior.

En tal sentido se pronunció esta Corporación el 27 de agosto de 2002 con ponencia del doctor Hernando Groot Liévano al sostener:

“... Pese a lo anterior y que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de manera reiterada ha sostenido que en este tipo de casos lo razonable es que se decrete la prescripción de la acción, esta Corporación discrepa respetuosamente de tal criterio, porque frente a las dos opciones: la prescripción y la absolución, es obvio que es mucho más favorable para los intereses de los disciplinados que se dicte una decisión absolutoria o similar puesto que esto deja en limpio su conducta sin que existe la más mínima duda sobre su inocencia. No así con la prescripción en la que pese a decretarse, siempre quedará una sombra de duda sobre la conducta realizada porque habrá la posibilidad que se afirme que de no haber operado el fenómeno de la prescripción hubiera existido opciones que pudiera haber sido sancionado.

Frente a las dos eventualidades que se plantean como hipótesis, estima la Sala que por aplicación del principio constitucional de favorabilidad debe acudir a la decisión absolutoria y no a la prescriptiva puesto que la primera evidentemente constituye un factor favorable indescoscible...”

Afortunadamente ese alto Tribunal ha modificado su jurisprudencia y hoy en decisiones reiteradas ha sostenido que frente a la disyuntiva de prescripción absolución la justicia se debe pronunciar en favor de la absolución. Este planteamiento fue sostenido por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación No. 27.980 con ponencia del Magistrado Doctor Sigifredo Espinosa Pérez, del ocho de agosto de 2007 sostuvo:

“...si se entienden en concreto los derechos fundamentales arraigados en la norma constitucional, particularmente, su artículo 1º, que dice fundada la República en el respeto por la dignidad humana, y el desarrollo que se materializa en la protección a la honra y el buen nombre,

no puede decirse de entrada que la decisión de ordenar la prescripción en cualquier estado del proceso en la cual se advierta, respeta a cabalidad unos tan profundos preceptos constitucionales.

“Necesariamente, estima la Corte, el análisis debe operar respecto del caso concreto, para ver de significar cuál es la decisión que mejor consulta los intereses y derechos del presunto favorecido.

“Porque si, como tradicionalmente se ha entendido, es la prescripción una especie de sanción al Estado, por ocasión de la morosidad en la tramitación, que indefectiblemente redundará a favor de la persona objeto de investigación penal, tanto que es ella exclusivamente quien puede renunciar al beneficio, no parece lógico que, entonces, pretextándose la imposibilidad de continuar con el proceso, en advenimiento de una bastante relativa incompetencia, se opte por la decisión objetiva que menos consulta esos derechos buscados a proteger, dejando expósita la honra y dignidad de quien, como aquí sucede, ha sido declarado inocente de uno de los delitos imputados por las dos instancias ordinarias encargadas de juzgar su caso...”

“...No parece a la Corte, acorde con lo anotado, que la decisión de decretar la cesación de procedimiento por prescripción, deba surgir automática a la verificación objetiva del paso del tiempo, haciéndose menester una evaluación previa que parta por auscultar la protección de los legítimos derechos del procesado, si se tiene claro que otra opción, dígase la absolución, tiene mejor fortuna en ese cometido.

“En términos generales, es preciso relevarlo, ante el doble camino de absolver o decretar la prescripción, el juez debe optar por la solución que de manera más acabada restituya los derechos conculcados, o cuando menos limitados o puestos en tela de juicio, del acusado, y ella, no cabe duda, es el mecanismo absolutorio que, desde luego, no opera en cualquier momento, sino en los casos específicos en los que el asunto, por obra de la tramitación adelantada, ya ha cubierto las diferentes etapas investigativa y de enjuiciamiento, hallándose a despacho para la decisión de fondo.

“Esto, porque no se trata de desvertebrar el proceso debido y la estructura antecedente consecuente del mismo, sino de facultar al fallador para que, enfrentado al parangón antes destacado, con plena autonomía para decretar la prescripción o emitir la sentencia que se le demanda, escoja con absoluta competencia, la más adecuada de las soluciones. Esto, por cuanto, si bien puede significarse que al estado, con el advenimiento del plazo prescriptivo, se le ha agotado la posibilidad de ejercer la acción penal, no ocurre igual con la obligación, en cuanto se erige el juez como garante de los derechos de las personas involucradas en el proceso, de restablecer unas dichas garantías.

“Sólo así puede significarse que el funcionario cumple adecuadamente con el principio rector consignado en el artículo 9° del C. de P.P., en cuanto reza:

“Actuación procesal. La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de los sujetos procesales y la necesidad de lograr la eficacia de la administración de justicia en los términos de este código”

“Y si, además el artículo primero de los códigos Penal y de Procedimiento Penal, destaca como valor primordial el del respeto a la dignidad humana y ambas codificaciones remiten como fuente directa de aplicación, a las normas que integran el bloque de constitucionalidad, expedito se halla el camino para que, precisamente buscando materializar los derechos fundamentales del vinculado al proceso, se dé plena aplicación al artículo 228 de la Carta, respecto de la prevalencia del derecho sustancial.

“Es claro, eso sí, que cuando el asunto apenas se tramita y no ha alcanzado el estado que permite al funcionario judicial emitir decisión de fondo, ya surge automática y necesaria la obligación prescriptiva, en el entendido que el paso del tiempo ha cobrado su efecto y no es posible que se continúe adelantando el proceso, a menos, desde luego, que el encartado renuncie a la prescripción, caso en el cual sí se hace necesario agotar el debate jurídico, con involucramiento de todas las partes.

“En todo caso, debe relevar la Corte, precisamente por ocasión de que el encartado entienda mejor otras opciones, ha de darse plena operatividad a la posibilidad de renuncia a la prescripción, contemplada en el artículo 44 del C. de P.P., razón por la cual, a pesar de que la decisión prescriptiva se tome, entre otras circunstancias posibles, en sede del fallo de casación, corre el tiempo de ejecutoria del mismo, para facultar posible la dicha renuncia...”

Son suficientes las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Etica Medica, en uso de las atribuciones que le entrega la Ley

RESUELVA

Artículo Primero. Confirmar como en efecto confirma la decisión inhibitoria en el caso de la queja instaurada en contra del doctor C.A.P.M.

Artículo Segundo. Enviar el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. **Artículo Tercero.** Contra la presente providencia no procede recurso alguno. **COMUNIQUESE Y CUMPLASE.**

FDO. GERMAN PEÑA QUIÑONES, Magistrado –Presidente; FERNANDO GUZMAN MORA, Magistrado Ponente; LUIS ALBERTO BLANCO RUBIO, Magistrado; EFRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, junio veintinueve (29) del año dos mil diez (2010).

**SALA PLENA SESIÓN No.1049 DEL VEINTINUEVE
(29) DE JUNIO DEL AÑO DOS MIL DIEZ (2010).**

REF: Proceso No.1313. Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia

Contra: Doctor C.M.B.I

Denunciante: Doctor E.A.R.H.

Asunto: Recurso de APELACIÓN.

Magistrado ponente: Fernando Guzmán Mora

Providencia No. 57-2010

VISTOS:

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia, en Sala Plena realizada el 26 de Mayo de 2009, dentro del proceso número 1313, resolvió FORMULAR PLIEGO DE CARGOS al Doctor C.M.B.I. , por los hechos denunciados por el Doctor E.A.R.H.

El apoderado del doctor B.I., abogado HAROLD MAURICIO HERNANDEZ BELTRAN , por escrito fechado el 4 de agosto de 2009, interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la providencia mencionada, en el sentido de suspender la diligencia de descargos y conceder la práctica de pruebas solicitadas por la defensa. El recurso de reposición fue resuelto en la misma diligencia de descargos y a través de la misma providencia, negando la reposición y, en su lugar, concediendo el recurso de apelación el día 10 de agosto de 2009

El Tribunal Nacional de Etica Medica consideró entonces que no es lógico solicitar la suspensión o alteración de la diligencia de descargos en el proceso ético médico disciplinario, pues en el presente caso se encuentra en pleno desarrollo. Las pruebas solicitadas por la defensa fueron concedidas por el tribunal de primera instancia y se encuentran en proceso de aporte para ser valoradas por el juez respectivo y sobre ellas y las demás que se encuentren ya integradas al proceso, se tome la decisión que corresponde.

Decidió entonces no acceder a la petición de suspensión de la diligencia de descargos solicitada por la defensa del médico encartado, por los motivos analizados en la parte considerativa de esta providencia

El proceso continuó su curso y el 20 de abril de 2010, resolvió no aceptar los descargos dados por el Dr. C.M.B.I. y lo condenó a la sanción de Censura escrita y pública por vulneración al artículo 15 de la Ley 23 de 1981.

Dentro de términos, el abogado HAROLD MAURICIO HERNANDEZ BELTRAN, apoderado defensor del Dr. B.I., apeló el fallo condenatorio solicitando la revocatoria del fallo sancionatorio en contra de su prohijado y subsidiariamente solicitó decretar la nulidad de lo actuado, desde la providencia de formulación de cargos.

Correspondió el proceso al Magistrado Fernando Guzmán Mora, quien procede en sala plena a resolver el recurso de alzada con base en los siguientes

HECHOS:

El DIA 5 de diciembre de 2007 en la Clínica Antioquia cuando se iba a iniciar la cirugía del señor N.A.B.M. , el anestesiólogo, doctor E.R.H. le manifestó al ortopedista, doctor C.M.B.I. El doctor C.M.B.I. identificado con cedula de ciudadanía número...., Residente en Medellín en la.....; Medico General egresado de la Universidad CES, en el año

1986, especializado en Ortopedia y Traumatología en el año 1994 y con registro médico número ..., que se lavara nuevamente las manos, ya que esté se había contaminado, pero el médico investigado le manifestó que eso no era cierto y se negó a lavarse las manos nuevamente y dio orden al instrumentador de que lo vistiera y se continuara con la cirugía, durante la cual no se presentó ninguna complicación.

En la queja presentada por el doctor E.R.H. ante el Gerente General de la Clínica Antioquia y remitida al Tribunal Seccional de Etica Médica de Antioquia el 6 de diciembre de 2007, se menciona que: "...no me parece adecuado que el Doctor B., ante el requerimiento respetuoso que le hago para que repita su lavado de manos puesto que se contaminó la mano derecha, me responda "que no sea metido que a mí no me importa". Que me trate mal a mí es una cosa, pero el Doctor C.M.B.I. no puede atropellar a un paciente que ha depositando su confianza en todos nosotros y su conciencia; tampoco puede irrespetar de ninguna manera las normas de asepsia establecidas, reconocidas y aceptadas por todos y tampoco puede irrespetar a los otros miembros del equipo que tal vez por temor callan; menos aún puede poner en juego la institución...".

El 27 de agosto de 2008 se presentó el doctor E.R.H. ante el Tribunal de Etica Medica de Antioquia con el fin de ratificar la queja, manifestando que se ratificaba en la misma, la cual se instauró porque el doctor C.M.B.I. realizó un lavado quirúrgico para intervenir a un paciente, pero luego se contaminó con la pijama que se utiliza para la cirugía; por tal razón el doctor R.H. le pidió al médico investigado que se lavara nuevamente, pero él le contestó: "a usted no le importa no sea metido". (Fl 15, cuaderno principal).

Finalmente el declarante informa que el doctor C.M.B.I. es una persona brusca para tratar a las personas; y, según comentarios escuchados por el declarante, el médico investigado le dio un puntapié a una señora que labora en la clínica.

El 22 de octubre de 2008 compareció el señor I.S.R, con el fin de rendir declaración juramentada, diciendo que conoce al doctor C.M.B.I. ; posteriormente adujo que recordaba que estuvo en una cirugía donde hubo un altercado entre el doctor C.M.B.I. y el doctor E.R.H. , en razón de que el doctor E.R.H. le manifestó al declarante que no vistiera al doctor B.I., ya que este se había contaminado, “a lo cual contestaron de una forma no muy amable y se inició la discusión entre ellos dos”; pero no vio nada ya que estaba de espaldas al lugar donde se dieron los hechos. (Fl 24, cuaderno principal).

Finalmente el señor I.S.R. manifestó que existen diferencias entre los doctores E.R.H. y C.M.B.I. ; de hecho varias miembros de la Clínica Antioquia se quejaron por el trato que les daba el doctor C.M.B.I. . (Fl 26, cuaderno principal).

En el cuaderno No. 2 reposa copia de la historia clínica del señor N.A.B.M. enviada por la Clínica Antioquia, de la cual se tiene que a folio 2 obra un documento denominado: “PROCEDIMIENTOS DIAGNÓSTICOS INVASIVOS Y QUIRÚRGICOS”, donde aparece que el doctor C.M.B.I. realiza evaluación prequirúrgica al señor N.A.B.M. ; igualmente aparece que el doctor E.R.H. realiza también evaluación pre anestésica. En el vuelto del mismo folio aparece la nota operatoria, en la cual dice que se realiza procedimiento quirúrgico del paciente mencionado en fémur izquierdo, por haber presentado fractura. En la nota realizada por el doctor C.M.B.I. no se describe que se hubieran presentado complicaciones en la cirugía.

El 4 de febrero de 2009 se le toma declaración al doctor C.M.B.I. , quien manifestó que había tenido desacuerdos con el doctor E.R.H. por las actuaciones de este y que la queja presentada es por tales desacuerdos. (Fl 31, cuaderno principal). También manifiesta el médico investigado que tuvo un problema con él doctor E.R.H. un día en se le practicaría una cirugía al señor N.A.B.M. , donde al doctor E.R.H. le pareció erróneamente que el se había contaminado la mano derecha después del lavado quirúrgico y por tanto le dijo que se retirara a lavarse nuevamente; tal solicitud fue hecha en forma descortés, a lo que

el doctor C.M.B.I. le contestó que eso era responsabilidad de él, por lo cual el doctor E.R.H. se disgustó y envió una carta a la Gerencia de la Clínica Antioquia. (F1 32, cuaderno principal).

Igualmente el declarante manifestó que a nadie más que a él interesa el bienestar de su paciente, por tanto estaba seguro de no haberse contaminado y además era de su responsabilidad y que no consideró pertinente realizarse un nuevo lavado quirúrgico. (F1 32, cuaderno principal).

El Tribunal seccional concluye que Las infecciones intrahospitalarias son de grave riesgo epidemiológico, que obliga a todo el equipo de salud a extremar los cuidados de asepsia para evitar en el acto quirúrgico contaminar con patógenos que en ocasiones son resistentes a antibióticos corrientes, por lo cual existen unas normas que son conocidas y deben ser practicadas por todos los médicos y el personal que interviene en cualquier procedimiento quirúrgico; de ahí que es responsabilidad de todo el equipo quirúrgico velar por evitar la posible contaminación de las personas que intervienen en los procedimientos quirúrgicos, de los instrumentos, ropas y vendajes, y es por esto que ante cualquier sospecha de contaminación del equipo quirúrgico, debe volver a lavarse o cambiar de guantes o descartar ropa o instrumentos.

La llamada de atención que el doctor E.R.H. hace al doctor C.M.B.I. no puede interpretarse como una ingerencia del trabajo realizado por el cirujano, puesto que en ese momento se está realizando un trabajo en equipo donde todos son igualmente responsables, por lo tanto el doctor C.M.B.I. faltó a las normas de cuidado en el quirófano, poniéndose con ello en riesgo de contaminar al paciente.

Además, el doctor E.R.H. estaba en derecho de exigir el nuevo lavado sin que esto sea considerado como una actitud hostil y tampoco estaba dando respuesta a una querrela con su colega; por el contrario estaba dando cumplimiento a una norma de seguridad practicada por todos los equipos quirúrgicos y que es de obligación (sic) aceptarla, para evitar la ocurrencia de riesgos.

Así las cosas, se tiene que el doctor C.M.B.I. sometió a riesgos al paciente al no haberse lavado nuevamente las manos ante la solicitud del anestesiólogo; hecho este que no exige certeza para que se lave nuevamente sino que con la simple duda de cualquiera de las personas se debe hacer; y, ello con el fin de no contaminar a su paciente por la falta de asepsia.

Continúa el Tribunal Seccional expresando, respecto a los recursos en contra del pliego de cargos:

No es de menos señalar que el Tribunal Nacional ha indicado sobre los recursos contra el pliego de cargos lo siguiente:

“En efecto, si leemos detenidamente el artículo 80, literal b), de la ley 23 de 1.981, nos percatamos de que (sic) al enterar por escrito al profesional inculpado de los actos que se le imputan, se señalar fecha y hora para que el Tribunal en Pleno lo escuche en diligencia de descargos. Esta norma es incompatible con cualquier recurso, pues su trámite haría inoficioso tal señalamiento. Además, el implicado al sustentar los recursos, de una vez esta respondiendo los cargos, con lo que se desconocerá la letra y el espíritu de la norma citada que quiere que los descargos sean rendidos ante el Tribunal en pleno.

Si los recursos no prosperan, y por lo tanto se confirman los cargos, la diligencia de descargos se volverá inoficiosa, pues el acusado se limitará a repetir los argumentos que ya le fueron escuchados.

Al concederle recursos al pliego de cargos, quien los decide está prejuzgando, pues si los confirma y, por lo mismo, se hace un gran esfuerzo diatectico para efecto, le va a quedar muy difícil proferir posteriormente una decisión absolutoria.

Con merito en lo expuesto el TRIBUNAL DE ETICA MEDICA DE ANTIOQUIA por mandato legal, RESUELVE,

PRIMERO: FORMULAR PLIEGO DE CARGOS al profesional de la medicina doctor C.M.B.I. de notas civiles y personales ya conocidas, por vulneración del artículo 15 de la ley 23 de 1981, concordado con el

artículo 9 del decreto 3380 de 1981, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

La defensa solicito entonces la suspensión de la diligencia de descargos.

El Tribunal Nacional respondió entonces:

No es de recibo para este Tribunal Nacional que la diligencia de descargos se anule, invalide, posponga o altere, por cuanto ese paso procesal ya se encuentra en pleno desarrollo. De hecho, la defensa solicitó pruebas que han sido concedidas en audiencia por el Tribunal Seccional de Ética Médica. Por lo tanto, la diligencia se encuentra en medio de su actividad propia y no se ha completado ni terminado.

En virtud del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, del debido proceso, de las formas propias del proceso disciplinario ético profesional y frente a una regulación expresa y clara acerca de la ampliación del informativo y la diligencia de descargos, no es posible admitir una remisión a la normatividad procesal penal y por ello no es admisible la suspensión de la diligencia de descargos para reanudarse luego de practicarse la ampliación del informativo, ya que ello implicaría una etapa procesal que no esta contenida en la Ley 23 de 1981.

Y concluyó que:

No es lógico solicitar la suspensión o alteración de la diligencia de descargos en el proceso ético médico disciplinario, pues en el presente caso se encuentra en pleno desarrollo. Las pruebas solicitadas por la defensa fueron concedidas por el tribunal de primera instancia y se encuentran en proceso de aporte para ser valoradas por el juez respectivo y sobre ellas y las demás que se encuentren ya integradas al proceso, se tome la decisión que corresponde.

Y resolvió no acceder a la petición de suspensión de la diligencia de descargos solicitada por la defensa del médico encartado, por los motivos analizados en la parte considerativa de esta providencia.

Como se ha mencionado, el proceso continuó su curso y el 20 de abril de 2010, resolvió no aceptar los descargos dados por el Dr. C.M.B.I. y lo condenó a la sanción de Censura escrita y pública por vulneración al artículo 15 de la Ley 23 de 1981.

Dentro de términos, el abogado H. M. H. B., apoderado defensor del Dr. C.M.B.I., apeló el fallo condenatorio solicitando la revocatoria del fallo sancionatorio en contra de su prohijado y subsidiariamente solicitó decretar la nulidad de lo actuado, desde la providencia de formulación de cargos.

- La base de la acusación de contaminación es la declaración del anesthesiólogo E. R. H., con quien el médico encartado tiene relaciones constantes de fricción y molestia por distintos factores
- No existió una duda razonable, con base en hechos objetivos, respecto de la contaminación por parte del Dr. B.I., aparte de la declaración del Dr. R.

La solicitud de nulidad a partir de la diligencia de descargos la sustenta la defensa en el artículo 75 de la Ley 23 de 1981 que establece:

“Una vez aceptada la denuncia, el presidente del Tribunal asignará a uno de sus miembros para que se instruya el proceso disciplinario y presente sus conclusiones dentro de un término no superior a quince días hábiles.

Aduce que la ausencia del informe de conclusiones constituye una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso y que las formalidades establecidas por la ley son de cumplimiento obligatorio por los jueces.

Además, está de acuerdo con el artículo 457 del CPP.

Por último cita la providencia 20 de 2010 de este Tribunal Nacional, con ponencia del Magistrado Fernando Guzmán, en donde se expresa que el magistrado instructor tiene el deber de sentar su criterio ante la sala en un escrito que la ley denomina informe de conclusiones, requisito que es fundamental dentro de la estructura del proceso.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

NULIDADES EN EL PROCESO ETICO DISCIPLINARIO

Las nulidades son mecanismos reparadores de actos procesales que son violatorios del debido proceso o que han desconocido el derecho de defensa, en forma grave. En el trámite procesal se pueden presentar errores leves y graves y que pueden atentar gravemente o no contra el debido proceso o el derecho de defensa.

Hay errores que se pueden subsanar sin ser violatorios del debido proceso, por ejemplo error al nombrar al sindicado y decir que es Pedro José y no Pedro Luis pero estando plenamente identificado con su número de identificación, el nombre de sus padres, etc.

La Nulidad es la última forma de reparar esos errores.

Las nulidades obedecen a una serie de principios orientadores y básicos que no se deben desconocer para decretarse las nulidades.

PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LA DECLARATORIA DE LAS NULIDADES Y SU CONVALIDACIÓN.

1. PRINCIPIO DE LA INSTRUMENTALIDAD O DE LA FINALIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES:

No se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para la cual estaba destinado, siempre que no viole el derecho a la defensa:

Dentro del proceso la actuación se surte para que se produzca un resultado. Ejemplo: Las notificaciones se hacen para enterar a los sujetos procesales y que presenten recursos o se defiendan.

Si el acto fue irregular pero si cumplió su función y no violó el derecho de defensa, no hay que recurrir a la declaratoria de nulidad. Ejemplo: una notificación irregular, debe notificarse personalmente la

providencia al procesado, pero si este no la firma en constancia de que fue notificado y continuación de esto, el procesado presenta recursos de reposición o de apelación y se sustenta. El acto cumplió su finalidad y no hay necesidad de que se repita la actuación ni de que se declare la nulidad.

2. PRINCIPIO DE LA PROTECCIÓN:

Quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial afecta garantías de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento:

Los actos procesales deben brindar garantías a todos los sujetos procesales en igualdad de condiciones y nadie puede sacar provecho de los actos irregulares en los que haya coadyuvado a su producción. Si un sujeto procesal provocó la irregularidad o intervino en alguna forma en su producción, no puede alegarlo para provocar una nulidad.

Los actos procesales tienen una trascendencia, van más allá de los intereses particulares de cada uno de los sujetos procesales. Nadie puede usar de ellos para beneficio propio. Si hay una irregularidad; por ejemplo un testimonio es recibido sin el debido juramento, y el sujeto no dice nada y más adelante solicita la nulidad porque se construyó una decisión sobre un acto irregular, si el sujeto intervino en la diligencia y firmó el acta. No puede alegar la nulidad porque estaría obrando con deslealtad con el proceso, con dolo.

3. PRINCIPIO DE LA TRASCENDENCIA:

Los actos procesales tienen repercusiones en la administración de justicia y cuando trascienden y lesionando el debido proceso o el derecho de defensa se puede decretar la nulidad. Ejemplo: se practica una prueba dentro del proceso que favorece al sindicato, pero el funcionario judicial en el momento de calificar el mérito del sumario, no tiene en cuenta dicha prueba y siendo que esta prueba favorece al sindicato, la providencia que dicte el funcionario deberá ser decretada nula.

Se busca si hubo un daño al derecho de defensa o no.

No puede invocar la nulidad el sujeto procesal que haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular, salvo que se trate de la falta de defensa técnica.

4. PRINCIPIO DE LA CONVALIDACION:

Los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento del perjudicado, siempre que se observen garantías constitucionales:

Hay que observar si el acto irregular es posible de ser convalidado por el sujeto o no o si este acto cumplió con su finalidad, no hay necesidad de decretar la nulidad.

La doctrina dice: los actos procesales irregulares no pueden ser convalidados por el consentimiento del sujeto al cual iba dirigido, porque el funcionario judicial es el primer garante de la legalidad del proceso y no sería justo que un sujeto procesal por determinada razón se quedó callado y así convalidó el acto procesal, porque estaría convalidando la omisión del Funcionario Judicial quien tiene la obligación de preservar la legalidad del proceso. Entonces el funcionario judicial tiene la obligación de subsanar inmediatamente tan pronto detecte una irregularidad.

Ejemplo: No se notificó al defensor la providencia de Resolución de Acusación y así se fue al Juicio y allí el Juez se da cuenta de ello y debe subsanar dicho acto; debe decretar la nulidad, para que la Resolución vuelva al Fiscal y este proceda a hacer la debida notificación. Otros dicen que si el defensor actúa a pesar de no ser notificado, quedaría subsanado el error por el consentimiento del sujeto procesal.

5. PRINCIPIO DE LA MEDIDA ULTIMA:

Solo puede decretarse cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial. Cuando la resolución de acusación se funde en la prueba necesaria exigida como requisito sustancial para su proferimiento, no habrá lugar a declaratoria de Nulidad si la prueba que no se practicó y se califica como fundamental puede ser recauda-

da en la etapa del juicio, en cambio procederá cuando aquella prueba fuese imprescindible para el ejercicio del derecho de defensa o cuando se impartió confirmación a las resoluciones que negaban su práctica, a pesar de su evidente procedencia:

Es la última medida que debe tomarse para corregir un acto irregular, es decir que es residual la nulidad; porque primero existen los recursos; ejemplo si es una providencia interlocutoria: cabe recurso de reposición y de apelación. Si a pesar de ello subsiste el error se tiene que recurrir a la nulidad.

6. PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD-TAXATIVIDAD:

No podrá decretarse ninguna nulidad por causal distinta a las señaladas en el código.

Las nulidades son taxativas, están reguladas, están legalmente indicadas, no existe analogía. Son las que dice la ley y nada más.

7. PRINCIPIO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA:

La idea es que existan principios que permitan que no sea tan fácil interponer una nulidad.

Los principios lo que buscan es precisamente que haya una seguridad jurídica, las providencias deben producir un resultado. Las Providencias buscan hacer avanzar el proceso, hay unas que marcan el final de una etapa y su ejecutoria busca es la seguridad jurídica, a menos que exista un error muy grave que genere una nulidad que permita volver de nuevo sobre lo actuado.

No es bueno que se interpongan fácilmente las nulidades.

Hay Providencias que tienen ejecutoria material (Cuando una providencia constituye soporte, principio, base, fundamento o prerequisite de otra decisión) Ejemplo: el cierre de la investigación, una vez en firme tiene ejecutoria material, luego de su ejecutoria sigue la calificación del mérito del sumario. Otras tienen ejecutoria formal y que

no producen seguridad jurídica, ejemplo: La Resolución Inhibitoria, porque se puede reabrir la investigación en cualquier momento.

NULIDADES PRINCIPALES

Son causales de nulidad:

1. Falta de competencia del funcionario judicial.
 2. La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.
 3. La violación del derecho de defensa.
1. La falta de competencia del funcionario judicial: durante la investigación no habrá lugar a nulidad por razón del factor territorial:
 2. La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el Debido Proceso:

Ejemplos: Resolver dictar resolución de apertura de Instrucción en proceso contra Pedro Pérez sin más detalles, es decir no está individualizado con sus nombres y apellidos completos, con su identificación, con el lugar de su domicilio, el de sus padres, etc. Juzgar a José como imputable, siendo que es inimputable según experticio técnico médico.

Continuar proceso contra Juan quien murió el 10 de abril de este año y cuya muerte fue un hecho notorio.

Artículo 398 No 2º: irregularidades en la Resolución de acusación: debe llenar todos los requisitos: Son generadores de NULIDAD:

- Resolución de acusación mediante providencia de sustanciación: Acto nulo porque debe dictarse mediante providencia interlocutoria. Genera nulidad.
- Resolución de acusación anfibológica: (confusa, contradictoria).

- No precisión en Resolución de acusación sobre tipo subjetivo (error en la calificación de la culpabilidad a título de dolo o de culpa o de preterintención) u objetiva (se refiere al tipo penal, porque toda la parte motiva se refiere a un tipo objetivo penal y en la parte de la decisión a otra).
- Indeterminación en la Resolución de acusación sobre la forma de intervención en la comisión de la conducta punible. Se habla que es en forma de autor o a título de participación (cómplice o determinador) y luego se refiere a otra cosa.
- Indeterminación en los delitos conexos o en grado de ejecución de la conducta punible. Hablar de los concursos pero deben individualizarse los tipos penales (hurto – lesiones personales y homicidio y en la Resolución se le olvidó al fiscal hablar de alguno de ellos).
- Falta de precisión en la época de la comisión de la conducta punible. No se habla de tiempo sino de la época. Ejemplo Junio del 2.000.
- No individualización del llamado a Juicio. Se dice que se llama a Juicio a Pedro Pérez y no más.

3. La violación del derecho de defensa:

Ejemplo:

- Se adelanta la investigación sin defensor del procesado.
- Si el defensor nombrado no adelanta estrategias de defensa.
- Si el Magistrado Instructor no verifica citas importantes hechas para defensa del sindicado.
- Si a Pedro, nombrado en indagatoria de Juan como su colaborador en la conducta punible, solo se le vincula en el Juicio.
- Si no notifica personalmente la Resolución de acusación a sindicado o a su defensor.

Si la irregularidad afecta principios o derechos constitucionales (Fundamentales) NULIDADES de tipo Constitucional.

También hay NULIDADES LEGALES: Cundo afectan derechos no consagrados en la Constitucional.

Se consideran inexistentes para todos los efectos procesales, las diligencias practicadas con la asistencia e intervención del procesado sin la de su defensor (Art. 305 CPP/00). Se da por ejemplo cuando se acude sin defensor a la indagatoria, esa indagatoria será inexistente ese acto, como si no hubiese habido indagatoria, también si el testimonio se rinde sin el juramento esa diligencia es inexistente, o cuando del peritazgo no se da traslado a las partes, sin traslado no es evaluado como prueba, el reconocimiento en fila de personas obligatoriamente debe hacerse en presencia del defensor, sin su presencia es inexistente, y en fin cuando un procedimiento judicial se hace mal y sin cumplir con lo establecido para ello en el Código Procedimiento Penal. Entonces en estos casos se decreta la nulidad de oficio.

Esos actos construidos en forma irregular se deben declarar nulos y sus efectos se deben retraer hasta el momento en que empezaron esas irregularidades (como si nunca hubieran existido).

La nulidad se declara de oficio por el funcionario judicial, decretando la nulidad de lo actuado desde que se presentó la causal y deberá ordenar la reposición de lo actuado que dependa del acto declarando nulo para que se subsane el derecho (Art. 307 CPP/00).

La oportunidad para invocar la nulidad es en cualquier estado de la actuación procesal (Art. 308 CPP).

La solicitud del sujeto procesal que alegue una nulidad, deberá determinar la causal que invoca las razones en que se funda y no podrá formular una nueva, sino por causal diferente o por hechos posteriores.

En el presente proceso es evidente que falta en el expediente el informe de conclusiones del magistrado instructor de primera instancia, por lo cual deberá concederse razón a la defensa, respecto de la violación de una etapa procesal, lo cual constituye vulneración al debido proceso.

Son suficientes las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de las facultades que le concede la Ley

RESUELVA

Artículo Primero. Declarar la nulidad de lo actuado a partir de la diligencia de descargos. **Artículo Segundo.** Remitir el expediente al tribunal de origen para lo su competencia. **NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.**

FDO. FERNANDO GUZMÁN MORA, Presidente- Magistrado Ponente; EFRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado; GERMAN PEÑA QUIÑONES, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado y MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, junio doce (12) del año dos mil doce (2012).

SALA PLENA SESIÓN No. 1134 DEL DOCE (12) DE JUNIO DEL AÑO DOS MIL DOCE (2012)

REF: Proceso No. 802 del Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca

Contra: Doctor F. J. C. G.

Denunciante: Sr. J. L. C. A.

Asunto: RECURSO DE APELACION EN CONTRA DE PROVIDENCIA PRECLUTORIA

Providencia No. 47-2012

Magistrado ponente : Dr. Fernando Guzmán Mora

VISTOS

El 16 de febrero de 2012, la Sala Plena del tribunal Seccional de Etica Médica del Cauca decidió ordenar la PRECLUSION de la investigación en contra del doctor F.J.C.G., identificado con cedula de ciudadanía número ... de B. y tarjeta profesional médica número ..., especialista en Ortopedia y Traumatología, con base en la queja presentada por el señor J. L. C. A., identificado con cedula de ciudadanía número ...a través de su apoderado el abogado WEIMAN LUDER GUZMAN CALVACHE, identificado con cedula de ciudadanía número 94.453.699 de Cali y Tarjeta Profesional número 100.842 del HCSJud.

Dentro de términos, el apoderado del quejoso interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra la decisión de preclusión. La reposición fue negada por el Tribunal Seccional el 13 de mayo de 2012, cuando se concedió el recurso de apelación por ante el Tribunal Nacional de Etica Médica. Adicionalmente, la defensora del médico investigado, doctora OLGA LUCIA SALAZAR SARMIENTO, abogada

identificada con cedula de ciudadanía número 31.908.346 de Cali y tarjeta Profesional número 58435 del HCSJud, presentó oficio coadyuvando la posición del Tribunal Seccional de Etica Médica del Cauca y en contra de la apelación impetrada por la parte quejosa.

El cuaderno que contiene el proceso fue recibido en esta superioridad el 18 de mayo de 2012 y puesto para reparto correspondió por sorteo al Magistrado Doctor FERNANDO GUZMÁN MORA, quien procede a resolver el recurso con base en los siguientes:

HECHOS

El paciente J.L.C.A. por intermedio de su apoderado WEIMAN LUDER GUZMAN CALVACHE presentó queja en contra del doctor F.J.C.G. por hechos ocurridos el 17 de julio de 2008, cuando sufrió traumatismo al accidentarse la motocicleta en que viajaba, ocasionándole politraumatismo con luxación de hombro izquierdo con trauma severo de tejidos blandos y fractura severa de tibia izquierda.

Fue llevado a cirugía donde se practicó reducción de fractura del hombro y colocación de tutor externo en pierna comprometida, dando salida con antibióticos para reprogramar osteosíntesis definitiva de tibia. Se solicitó el material necesario a la EPS, la cual demoró mas de un mes en autorizar y poner a disposición los elementos requeridos, pese a lo cual la EPS Saludcoop no cumplió con el envío de dichos elementos. Posteriormente, ya reprogramado otra vez, se llevó a intervención el 18 de septiembre de 2008. Dentro del procedimiento se presentó lesión de la arteria peronera, por lo cual se reparó dicha lesión y se suspendió el procedimiento ortopédico. Debe mencionarse que en el consentimiento informado previo a la cirugía se advirtió de la posibilidad de dicho tipo de lesiones vasculares en el transcurso de la intervención.

Aparentemente el enfermo no volvió a control con el ortopedista tratante Acusan entonces al ortopedista de una deficiente atención en la pres-

tación inicial de los servicios y de causar una defectuosa fijación de la fractura tibial.

El tribunal seccional, luego de un juicioso análisis científico y técnico del tipo de fractura y de sus posibilidades quirúrgicas, concluye que el ortopedista actuó con conocimiento, experiencia y calidad profesional en el manejo de este paciente, especialmente en los actos operatorios efectuados, cumpliendo con la *lex artis* y con la advertencia del riesgo previsto, documentándolo adecuadamente en el consentimiento informado.

Por lo anterior, decide precluir la investigación en favor del médico acusado.

EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del quejoso basa su inconformidad en los siguientes puntos

- El consentimiento informado, aunque contiene la firma del paciente en cuestión, no coincide con la verdadera rúbrica del quejoso y “no hace falta ser experto en grafología forense para dar cuenta de su falsedad”
- El aporte de la historia clínica no fue oportuno por parte de la institución hospitalaria
- Se incumplió en el manejo con las normas de la respectiva *lex artis* en el tratamiento de este tipo de lesiones
- La mala atención inicial del paciente lo llevó a mala consolidación de la fractura tibial y es responsabilidad del médico involucrado
- Solicita se practique una prueba de grafología forense respecto de la veracidad del documento de consentimiento informado

LA COADYUVANCIA DE LA DEFENSA DEL IMPLICADO

La defensa del médico acusado invoca los siguientes argumentos para respaldar la decisión del tribunal de primera instancia:

- Existen dictámenes periciales que avalan la conducta médico científica de su defendido
- No es responsabilidad del médico tratante la custodia de la historia clínica de un paciente institucional
- Las nuevas pruebas solicitadas no se solicitan en etapa procesal oportuna
- Si existe duda respecto de la veracidad del documento de consentimiento informado, su investigación corresponde a otras instancias judiciales

LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

Los argumentos a través de los cuales rechazan reponer la decisión preclatoria son

- Lo que expresa la parte quejosa es que “no se realizó una fijación inadecuada de la fractura”, lo cual quiere decir que sí estuvo adecuada la forma de hacerlo desde el punto de vista ortopédico
- El informe pericial no fue rebatido de manera evidente
- La falta de veracidad del documento de consentimiento informado no es competencia del tribunal de ética sino de otras instancias

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

1. LA CONCESIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN EN RELACIÓN CON EL NUEVO SISTEMA ACUSATORIO.

En previas decisiones de esta superioridad, hemos analizado lo siguiente:

“Uno de los artículos de mayor relevancia en cuanto al proceso ético disciplinario se trata es el 82 de la Ley 23 de 1981, al igual que el artículo 47 del Decreto Reglamentario 3380 de 1981, los cuales establecen:

1. Artículo 82 ley 23 de 1981, “En lo no previsto en la presente Ley, se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal”. (Negrillas y resaltado nuestros).
2. Artículo 47 Decreto reglamentario 3380 de 1981, “En lo no previsto en la ley 23 de 1981 y su reglamento se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal”. (Negrillas y resaltados nuestros).

Se profesa que es precisamente este artículo el que crea mayor confusión al darle aplicabilidad sobre todo a la parte procedimental de la Ley 23 de 1981, puesto que los operadores de la justicia (Magistrados del Tribunal de Ética Médica), se ven en la necesidad de aplicar ante las falencias de esta, lo estipulado en el Código de Procedimiento Penal, incluso en muchas ocasiones lo establecido en el Código Penal he aquí pues la difícil tarea de los miembros de los Tribunales, pues, son ellos los llamados a determinar cuál es la normatividad más apropiada a aplicar. La Ley 600 de 2000, si bien, no era la más adecuada para complementar el proceso ético-disciplinario, era la que hasta diciembre de 2004 se venía aplicando en el Eje Cafetero y Bogotá, pero desde la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004 el panorama cambio, abriéndose paso en nuestro país, el Sistema Acusatorio, en el cual el Eje Cafetero y por supuesto el Departamento de Caldas fue pionero.

También, se transcriben apartes de la resolución proferida por el Tribunal Nacional de Ética Médica, de fecha 25 de marzo de 2003, en la cual se lee:

“...De manera reiterada ha sostenido esta corporación que al igual que sucede en el proceso penal, el denunciante, sólo tiene facultad para apelar el auto inhibitorio, porque una vez es abierto el proceso penal o el disciplinario e (sic) nuestro caso, el denunciante deja de ser parte y al no ser sujeto procesal es obvio que no puede participar

dentro del proceso y mucho menos interponer recursos...”.

Se sostiene que el quejoso, no es que deje de ser parte, sino que nunca lo fue. Dado lo anterior, se cree que si bien, ni la Ley 23 de 1981 ni su decreto reglamentario contemplan nada sobre el quejoso o la víctima y muy a pesar de la remisión expresa que hace el artículo 82 de la Ley 23 de 1981 al Código de Procedimiento Penal, el cual si contempla un capítulo sobre la víctima (Ley 906 de 2004, artículos 132 y siguientes), no es de acogida darle cabida al quejoso dentro del proceso ético-disciplinario, salvo para hacer uso de los derechos que fueron descritos anteriormente, entiéndase interponer los recursos de Reposición y Apelación en contra de la decisión de Precluir la investigación dentro del proceso Ético Disciplinario, tal como lo estableció la propia Ley 906 de 2004, artículo 177, numeral 2 y el Fallo Absolutorio artículo 177, numeral 1; cabe aclarar que el quejoso dentro del proceso ético-disciplinario, no necesariamente coincide con esa persona a quien se le ha vulnerado algún derecho, o sea a quien el derecho penal denomina víctima.

Pero porqué se argumenta que con respecto a las acciones vulneradoras de la ética médica que se hayan dado con posterioridad al 1º de enero de 2005, si proceden los recursos de Reposición y Apelación para el quejoso dentro del auto de preclusión y del Fallo Absolutorio, lo anterior está sustentado en lo siguiente:

Si se analiza con detalle la Ley 906 de 2004, se observará con claridad que la figura de Resolución Inhibitoria, establecida en el artículo 327 de la Ley 600 de 2000 y dentro de la cual el quejoso o querellante podía interponer recursos, desapareció de este nuevo ordenamiento, permitiendo que esa figura sea asimilada a la orden de archivo estipulada en el artículo 79 de la Ley 906 de 2004, pero en contra de la cual no procede recurso alguno; en nuestro caso, se cree firmemente que el Magistrado Instructor podrá solicitar cuando se den los presupuestos del artículo 79 Ley 906 de 2004, que sean archivadas las diligencias. Por otra parte, existe la figura de la Preclusión descrita en los artículos 331 y siguientes de la Ley 906 de 2004, en la cual se cree que el Ma-

gistrado Instructor podrá solicitar a la Sala Plena se precluya la investigación por no encontrar mérito para acusar, obviamente una vez dada una de las causales establecidas en el artículo 332 y contra esa decisión proceden los recursos de Reposición y Apelación como se evidencia en el artículo 177 numeral 2. Al igual que proceden los Recursos en contra del Fallo Absolutorio tal como lo estipula el artículo 177 numeral 1.

Auto Sala Plena Corte Suprema de Justicia Julio 5 de 2007

“(i) EL ARCHIVO DE LAS DILIGENCIAS VERSUS LA PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La aparente intersección de las figuras consagradas en los artículos 79 y 332-4 de la Ley 906 de 2004, referidas a las facultades otorgadas a la Fiscalía General de la Nación de archivar las diligencias y de solicitar al juez de conocimiento la preclusión -entre otras causales-, por atipicidad del hecho investigado, intersección que se hizo más notoria a raíz de la decisión del Tribunal Constitucional de hacer equivaler el aparte normativo “motivos o circunstancias fácticas” (art. 79) con la tipicidad objetiva, impone a la Sala precisar el contenido y alcance de tales instituciones.

El artículo 332 de la Ley 906 de 2004 señala que el fiscal solicitará la preclusión de la investigación en los siguientes casos:

1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.
2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal.
3. Inexistencia del hecho investigado.
4. Atipicidad del hecho investigado.
5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado.
6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.

7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de este código.

PARÁGRAFO. Durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1 y 3, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión.

Así pues, una de las causales, la cuarta, tiene que ver con la atipicidad del hecho investigado, punto en el que aparentemente pueden coincidir las causales de preclusión de la investigación con la facultad oficiosa y autónoma que recae en la Fiscalía para ordenar el archivo de las diligencias en los términos del artículo 79 de la Ley 906 de 2004.

1. El artículo 79 de la Ley 906 de 2004

Integra el capítulo denominado Consideraciones Generales del Título dedicado a la acción penal; de tal modo que el archivo de las diligencias aparece junto a disposiciones que regulan la titularidad y obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, el deber de denunciar los delitos y la exoneración al mismo, los requisitos de la denuncia, la querrela y la petición especial, la extinción de la acción penal así como las causales y sus efectos. El siguiente es el tenor del texto legal:

ARTÍCULO 79. ARCHIVO DE LAS DILIGENCIAS. Cuando la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal, dispondrá el archivo de la actuación.

Sin embargo, si surgieren nuevos elementos probatorios la indagación se reanudará mientras no se haya extinguido la acción penal.

1.1. Antecedentes del precepto

1.1.1. La legislación anterior a la Ley 906 de 2004:

Si bien el sistema procesal acusatorio colombiano constituye un cambio paradigmático en la labor de administrar justicia en materia criminal, y por lo mismo no es posible hacer comparaciones automáticas respecto de figuras consolidadas en sistemáticas procesales anteriores, lo cierto es que el archivo de las diligencias guarda algunas semejanzas con la resolución inhibitoria que regula el artículo 327 de la Ley 600 de 2000 con el siguiente tenor:

ARTICULO 327. RESOLUCION INHIBITORIA. El Fiscal General de la Nación o su delegado, se abstendrán de iniciar instrucción cuando aparezca que la conducta no ha existido, que es atípica, que la acción penal no puede iniciarse ~~o proseguirse~~ o que está demostrada una causal de ausencia de responsabilidad. (El aparte tachado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-760/01).

Tal decisión se tomará mediante resolución interlocutoria contra la cual proceden los recursos de reposición y de apelación por parte del Ministerio Público, del denunciante o querellante y del perjudicado o sus apoderados constituidos para el efecto.

La persona en cuyo favor se haya dictado resolución inhibitoria y el denunciante o querellante podrán designar abogado que lo represente en el trámite de los recursos que se hayan interpuesto, quienes tendrán derecho a conocer las diligencias practicadas.

La consolidación de tal institución tiene que ser observada a partir de su evolución desde los Códigos de Procedimiento Penal de 1936, 1987 y 1991.

Con la resolución inhibitoria el Fiscal (y antes, el juez de instrucción) se abstenía de dar inicio al sumario siempre y cuando se hicieran evidentes las siguientes circunstancias:

- a). Cuando la conducta no ha existido.
- b). Cuando la conducta es atípica.
- c). Cuando la acción penal no puede iniciarse.

d). Cuando está demostrada una causal de ausencia de responsabilidad.

La Sala desde antaño tiene dicho que

“el auto inhibitorio representa una opción jurídica de finiquito de una investigación previa con afincamiento serio en las pruebas obtenidas dentro de tal etapa probatoria... la ejecutoria formal de la providencia, si bien hace revocable la providencia en cualquier tiempo (salvo que la acción haya prescrito), genera en todo caso cierta seguridad jurídica para las partes involucradas en el asunto, la que la normatividad procesal garantiza exigiendo como presupuesto necesario para su derrumbamiento la aparición de nuevas pruebas que tengan la virtualidad fáctica de infirmar las conclusiones adoptadas con anterioridad y con fundamento en otras pruebas... la ejecutoria formal lo hace gozar también de presunciones de legalidad y acierto y en ello radica la seguridad jurídica que a partir de tales decisiones el Estado ofrece a los asociados. Deben entonces aportarse nuevas pruebas o nueva prueba -no puede aceptarse el formulismo de que la norma se refiere a un número plural-, distintas de las que tuvo oportunidad de recaudar, apreciar y evaluar el Funcionario Judicial para la adopción de la decisión inhibitoria”.

Adicionalmente, también se expresó que las cuestiones de «intencionalidad», voluntariedad, causales de inculpabilidad y de justificación, están vedadas en tratándose del auto que se abstiene de abrir investigación, pudiendo quedar incurso en el delito de prevaricato el funcionario judicial que trate tales asuntos en un inhibitorio.

1.1.2. El archivo de las diligencias en los antecedentes de la Ley 906 de 2004:

En la Comisión Redactora Constitucional creada por el Acto Legislativo N° 03 de 2002, cuando se discutían las causales de preclusión y el trámite que se debía surtir para dar viabilidad a tal forma de

terminación de la acción penal, surgieron diferentes posturas con la pretensión de permitir o impedir que la Fiscalía en forma directa pudiera ordenar el archivo de las dirigencias, las cuales aparecen con los diferentes puntos de vista como en su momento se veía el artículo 250 Superior.

Así tenemos que los comisionados buscaron puntos de encuentro entre una Fiscalía sin capacidad de disposición libre y autónoma de la acción penal y la angustia por el colapso del sistema ante la avalancha de procesos. Se dijo, por ejemplo, que no todo lo que conoce la Fiscalía tiene que investigarlo y esto no constituye principio de oportunidad sino aplicación estricta del principio de legalidad, porque si hay legítima defensa no hay investigación y si la hubo ésta declinará por la vía ya no del principio de oportunidad sino del archivo como consecuencia de que no hay un delito que investigar, es decir lo que establece el artículo 250 es que le corresponde a la fiscalía investigar delitos y si no hay delito no tiene que ir ante un juez para que este diga que no hubo el delito, lo que corresponde es el archivo. Insistió que la necesidad de formalización viene dada por varios supuestos dependiendo de lo que apruebe la comisión, más amplios o más restrictivos, pero si no se formaliza no es necesario precluir y en ese sentido se daría una interpretación ajustada a la estructura del Acto Legislativo que le ha dado la potestad al juez de precluir por el efecto de cosa juzgada que tiene la preclusión. Agregó que cuando la fiscalía considera que no hay delito, se archiva la investigación por ser una decisión que tiene un fundamento de extinción, en cuyo caso no hay nada más que hacer pues producirá finalmente el mismo efecto, pero puede ser simple y sencillamente que la información de que se disponía o lo que se investigó indicaba que no era delito y más adelante, mientras no haya prescrito la acción, aparece prueba sobreviniente que establezca lo contrario, puede reiniciar la investigación, es decir que sería equivalente a lo que hoy se conoce como inhibitorio. Precisó que en el sistema acusatorio esta figura no puede aparecer porque no hay judicialización de la investigación.

2. El archivo de las diligencias y la sentencia C-1154/05

Dice la Corte Constitucional que el archivo de las diligencias es una facultad asignada a la Fiscalía General de la Nación cuando consta en el caso concreto la ausencia de los presupuestos mínimos para ejercer la acción penal. Tales presupuestos mínimos los identifica con los elementos objetivos del tipo penal.

Para que un hecho pueda ser caracterizado como delito o su existencia pueda ser apreciada como posible, se deben presentar unos presupuestos objetivos mínimos que son los que el fiscal debe verificar. Dichos presupuestos son los atinentes a la tipicidad de la acción. La caracterización de un hecho como delito obedece a la reunión de los elementos objetivos del tipo. La posibilidad de su existencia como tal surge de la presencia de hechos indicativos de esos elementos objetivos del tipo.

Sin entrar en detalles doctrinarios sobre el tipo objetivo, se puede admitir que “al tipo objetivo pertenece siempre la mención de un sujeto activo del delito, de una acción típica y por regla general también la descripción del resultado penado”. Cuando el fiscal no puede encontrar estos elementos objetivos que permiten caracterizar un hecho como delito, no se dan los presupuestos mínimos para continuar con la investigación y ejercer la acción penal. Procede entonces el archivo.

En tales términos, amén de no revestir el carácter de cosa juzgada, el archivo de las diligencias constituye una aplicación directa del principio de legalidad que dispone que el fiscal deberá ejercer la acción penal e investigar aquellas conductas que revistan las características de un delito, lo cual es imposible de hacer frente a hechos que claramente no corresponden a los tipos penales vigentes o nunca sucedieron.

La competencia para tomar la decisión de archivo de las diligencias recae en el ámbito exclusivo del fiscal, sin que con ella se disponga la extinción de la acción penal, lo que no descarta ciertos aspectos

jurídicos que deben analizarse: i) la naturaleza de la decisión; ii) el fundamento material de la decisión; y iii) las repercusiones de la decisión para las víctimas en el proceso.

En cuanto a lo primero, la decisión de archivo de las diligencias se encuentra clasificada como una orden, señalada como una de las clases de providencias judiciales que se prevén en el artículo 161 de la Ley 906 de 2004.

Sobre lo segundo, los motivos y circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, al Fiscal le compete exclusivamente verificar los elementos de la tipicidad objetiva. De tal suerte, le está vedado hacer consideraciones sobre elementos subjetivos de la conducta ni mucho menos sobre la existencia de causales de exclusión de la responsabilidad. Lo que le compete es efectuar una constatación fáctica sobre presupuestos elementales para abordar cualquier investigación lo que se entiende como el establecimiento de la posible existencia material de un hecho y su carácter aparentemente delictivo.

Por último, en tercer lugar, como quiera que la decisión de archivo puede tener incidencia sobre los derechos de las víctimas, pues a ellas les interesa que se adelante una investigación previa para que se esclarezca la verdad y se evite la impunidad, se impone (i) que la decisión sea motivada, (ii) con lo que se permite que pueda ser conocida, (iii) teniendo que ser apropiadamente comunicada, para permitir con ello que las víctimas y el Ministerio Público —para el cumplimiento de sus funciones— puedan expresar su inconformidad con la misma en ejercicio de sus derechos. Se resalta en cuanto a las víctimas (lo que se hace extensivo al Ministerio Público), que tienen la posibilidad de solicitar la reanudación de la investigación y de aportar nuevos elementos probatorios para reabrir la investigación. Ante dicha solicitud es posible que exista una controversia entre la posición de la Fiscalía y la de las víctimas, y que la solicitud sea denegada. En este evento, dado que se comprometen los derechos de las víctimas, cabe la intervención del juez de garantías,

sin que con ello se esté significando que la orden de archivo de las diligencias, en cuanto tal, esté sujeta a control por parte del juez de garantías, pues lo que se quiere significar es que cuando exista una controversia sobre la reanudación de la investigación, no se excluye que las víctimas puedan acudir al juez de control de garantías.

Por todo lo expuesto, agrega, la facultad de archivo de las diligencias que recae en la Fiscalía no constituye aplicación ni puede asimilarse al principio de oportunidad -porque no se está en un caso de suspensión, interrupción o renuncia de la acción penal-; ni es un desistimiento de la acción -porque el desistimiento es una figura que permite al querellante, en cualquier momento y antes de concluir la audiencia preparatoria cesar los procedimientos frente a una conducta delictiva típica sobre cuya existencia o caracterización no existen dudas-; tampoco se trata de una preclusión de la investigación -pues ésta sucede en un momento posterior del procedimiento penal donde se ha constatado que no existe mérito para acusar pero se ha surtido una instancia anterior: la imputación del indiciado lo que implica la constatación de que los hechos revisten las características de un delito-. Adicionalmente, se ha dicho por la Corte Constitucional (sentencia C-1154/05), que en los delitos que requieren querrela de parte cuando se logra conciliación entre los interesados procede el archivo de las diligencias...

...7. Algunas diferencias entre la orden de archivo de las diligencias y la preclusión de la investigación.

Por vía apenas ilustrativa, y en la línea de lo que ha sido expuesto, las siguientes son algunas de las diferencias que de asaz se pueden observar entre las instituciones señaladas:

7.1. El archivo de las diligencias aparece contenido en una orden; la preclusión de la investigación en un auto;

7.2. El fiscal es quien ordena el archivo de las diligencias; solamente los jueces pueden disponer la preclusión de la investigación;

7.3. La orden de archivo de las diligencias sólo puede ocurrir antes de que un asunto llegue a la imputación; la preclusión de la investigación puede ser declarada por el juez antes o después de la imputación;

7.4. El archivo de las diligencias es una decisión -orden- que debe constar por escrito y carece de mayores formalidades; en audiencia pública, y con el cumplimiento de unas formalidades legales, el juez puede decretar la preclusión de la investigación;

7.5. La orden de archivo carece de recursos pero puede ser controvertida ante el juez de garantías; la preclusión de la investigación está sometida a los recursos ordinarios –reposición y apelación- así como a la acción de revisión; (Negrillas fuera de texto y nuestras).

7.6. La orden de archivo por regla general no produce efectos de cosa juzgada; la preclusión de la investigación, una vez ejecutoriada la providencia que la decreta, en todos los casos hace tránsito a cosa juzgada;

7.7. La orden de archivo se debe comunicar por un medio eficaz a los interesados, especialmente a las víctimas y al Ministerio Público; la preclusión de la investigación se notifica a todas las partes e intervinientes en la audiencia pública dispuesta para el efecto;

7.8. Los motivos que pueden generar la orden de archivo son limitados y no hacen parte de los mismos las causales de preclusión de la investigación; las causales de preclusión de la investigación se extienden hasta los motivos de archivo de las diligencias;

7.9. La orden de archivo puede ser revocada directamente por el fiscal que la profirió; el auto de preclusión de la investigación no puede ser revocado por el juez que tomó la decisión.

En la Ley 906 de 2004, como ya se manifestó no se encuentra regulada la resolución inhibitoria, pero si se encuentran reguladas las figuras de

archivo de las diligencias, de la cual se habló en la parte inicial de este escrito y la preclusión de la investigación, la cual se procede a analizar:

Título VI DE LA PRECLUSIÓN:

Artículo 331 Preclusión: “En cualquier momento, el Fiscal solicitará al juez de conocimiento la preclusión, si no existiere mérito para acusar”.

Artículo 332 Causales: El fiscal (en nuestro caso el Magistrado Instructor) solicitará la preclusión en los siguientes casos:

1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal. (disciplinaria en nuestro caso).
2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal. (artículo 32).
3. Inexistencia del hecho investigado.
4. Atipicidad del hecho investigado.
5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado.
6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.
7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 del este código. (en nuestro caso por el vencimiento de los términos establecidos en la Ley 23 de 1981 y su Decreto Reglamentario).

Parágrafo. Durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1° y 3°, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión.

Artículo 334 Efectos de la decisión de preclusión: Una vez se encuentre en firme la sentencia que decreta la preclusión, tendrá efectos de cosa juzgada.

Teniendo en cuenta que por ahora, será de inmensa dificultad implementar el sistema acusatorio en el proceso ético disciplinario y que la exigencia dada por la Ley 23 de 1981 de que todos sus procedimientos y actuaciones queden plasmados por escrito, dificultará, que al menos por ahora, la adopción de audiencias. Se considera que en cuanto a

preclusión se trata debemos darle aplicabilidad a los artículos 331, 332 y 334 de la Ley 906 de 2004.

La declaratoria de inexistencia de mérito para formular cargos por violación de la ética médica, equivale pues a la Preclusión; tal decisión única y exclusivamente podrá adoptarse si nos encontramos ante:

1. Inexistencia de la conducta que se imputa como falta ética.
2. Que el profesional investigado no haya realizado la conducta que se le imputa.
3. Que la Ley 23 de 1981 y su decreto reglamentario 3380 del mismo año, u otras normas reglamentarias no hayan previsto como típica la conducta imputada.
4. Que exista una causal de ausencia de responsabilidad, establecidas en el artículo 32 del Código Penal.

Artículo 32 “Ausencia de Responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal disciplinaria en el tema que nos ocupa cuando:

- En los asuntos de caso fortuito y fuerza mayor.
- Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se pueda disponer del mismo.
- Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal.
- Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales. No se podrá reconocer la obediencia debida cuando se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura.
- Se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público.
- Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.
- Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habita-

ción o dependencias inmediatas.

- Se obre por necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.
 - El que exceda los límites propios de las causales consagradas en los numerales 3º, 4º, 5º, 6º, y 7º precedentes, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la respectiva conducta punible.
1. Se obre bajo insuperable coacción ajena.
 2. Se obre impulsado por miedo insuperable.
 3. Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.
 4. Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado.
 5. Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad.

Para estimar cumplida la conciencia de la antijuricidad, basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta.

- El error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación de la punibilidad dará lugar a la aplicación de la diminuyente.

En general, que exista cualquiera razón jurídica que impida que el proceso ético-disciplinario se inicie o se prosiga.

En este evento, se es del criterio que se deberán conceder los recursos de ley, los cuales eran concedidos en la providencia de resolución inhibitoria, pues, se considera que por ser una decisión unilateral, asumida por la Sala Plena de los Tribunales de Ética Médica, debe el quejoso tener acceso a la misma a través de los recursos, pues si bien, éste no es parte en el proceso, deberán concederse los recursos, por el derecho al acceso a la administración de justicia. Artículo 177 numeral 2 Ley 906 de 2004.

Se ha pensado que el archivo de las providencias es un auto. Pero al no conceder la posibilidad de apelar una providencia. Se violan derechos fundamentales de raigambre constitucional. Por lo tanto aceptamos la posibilidad de impugnar los fallos de primera instancia por medio del recurso de apelación, con excepción del pliego de cargos. De esta manera este Tribunal Nacional de Etica Médica modifica su jurisprudencia sentada en la providencia No. 02-2008 con ponencia del doctor Juan Mendoza Vega.

2. LA LEY DE VÍCTIMAS Y SU PARTICIPACIÓN EN EL PROCESO PENAL

Sentencia C-209/07

Referencia: expediente D-6396

Si bien la Constitución previó la participación de la víctima en el proceso penal, no le otorgó la condición de parte, sino de interviniente especial. La asignación de este rol particular determina, entonces, que la víctima no tiene las mismas facultades del procesado ni de la Fiscalía, pero si tiene algunas capacidades especiales que le permiten intervenir activamente en el proceso penal. En ese contexto, es necesario resaltar que cuando el constituyente definió que la etapa del juicio tuviera un carácter adversarial, enfatizó las especificidades de esa confrontación entre dos partes: el acusador y el acusado, dejando de lado la posibilidad de confrontación de varios acusadores en contra del acusado. La

oralidad, la inmediación de pruebas, la contradicción y las garantías al procesado se logran de manera adecuada si se preserva ese carácter adversarial. Por el contrario, la participación de la víctima como acusador adicional y distinto al Fiscal generaría una desigualdad de armas y una transformación esencial de lo que identifica a un sistema adversarial en la etapa del juicio. Por otra parte, el constituyente no fijó las características de las demás etapas del proceso penal, y por lo tanto delegó en el legislador la facultad de configurar esas etapas procesales. De lo anterior surge entonces, que los elementos definitorios de la participación de la víctima como interviniente especial en las diferentes etapas del proceso penal depende de la etapa de que se trate, y en esa medida, la posibilidad de intervención directa es mayor en las etapas previas o posteriores al juicio, y menor en la etapa del juicio.

Los derechos de la víctima del delito a la verdad, la justicia y la reparación integral también se encuentran protegidos en el sistema penal con tendencia acusatoria instaurado por la Ley 906 de 2004, pero dicha protección no implica un traslado automático de todas las formas y esquemas de intervención en los que la víctima ejerció sus derechos en el anterior sistema procesal penal regulado por la Ley 600 de 2000, sino que el ejercicio de sus derechos deberá hacerse de manera compatible con los rasgos estructurales y las características esenciales de este nuevo sistema procesal, así como con las definiciones que el propio constituyente adoptó al respecto, v.gr, caracterizar a las víctimas como intervinientes especiales a lo largo del proceso penal, no supeditadas al fiscal, sino en los términos que autónomamente fije el legislador (artículo 250, numeral 7 C.P.).

DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS EN PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PENAL-Posibilidad de que víctima pueda allegar o solicitar elementos probatorios y evidencia física para oponerse a la petición de preclusión

No permitir a la víctima controvertir adecuadamente la solicitud del

fiscal puede conducir a una afectación alta de sus derechos, e incluso, a la impunidad. En efecto, dado que al decretarse la preclusión, la víctima no puede solicitar la reanudación de la investigación, ni aportar nuevos elementos probatorios que permitan reabrir la investigación contra el imputado favorecido con la preclusión, resulta esencial adelantar un control adecuado de las acciones y omisiones del fiscal, y controvertir de manera efectiva de sus decisiones. Por ello, el trámite de la solicitud de preclusión debe estar rodeado de las mayores garantías. El artículo 333 de la Ley 906 de 2004 prevé algunas. No obstante, la controversia de la solicitud del fiscal tal como ha sido regulada por el artículo 333, puede resultar inocua, si no se permite la práctica de pruebas que muestren que sí existe mérito para acusar, o que no se presentan las circunstancias alegadas por el fiscal para su petición de preclusión. Entonces, se declarará exequible el artículo 333 en el entendido de que las víctimas pueden allegar o solicitar elementos materiales probatorios y evidencia física para oponerse a la petición de preclusión del fiscal.

LA PREGUNTA EN ESTE CASO ES SI HAY APOORTE DE NUEVAS PRUEBAS LUEGO DE LA DECLARATORIA DE PRECLUSIÓN

DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO PENAL- Facultad de impugnar decisiones fundamentales

La efectividad de los derechos de las víctimas del delito depende del ejercicio de varias garantías procedimentales, entre otras las siguientes: (i) el derecho a ser oídas; (ii) el derecho a impugnar decisiones adversas, en particular las sentencias absolutorias y las que conlleven penas irrisorias; (iii) el derecho a controlar las omisiones o inacciones del fiscal, y (iv) el derecho a ejercer algunas facultades en materia probatoria. Puesto que en esta sentencia ya se han adoptado decisiones de inexecutable o executable condicionada con miras a asegurar la proyección de los derechos de las víctimas en los momentos fundamentales a lo largo de la evolución del proceso penal, la Corte entiende que los artículos 11 y 137 han de ser leídos en armonía con tales decisiones específicas. Sin embargo, la Corte estima que una vez garanti-

zados el derecho de impugnación de las víctimas en dichos momentos específicos de la evolución del proceso penal, según la regulación establecida por el propio legislador, no es constitucionalmente necesario condicionar de manera general los artículos 11 y 137. Lo anterior no obsta para que en ocasiones posteriores la Corte se pronuncie sobre la existencia y el alcance del derecho de impugnación de las víctimas en otros momentos específicos del proceso penal con los efectos que estime constitucionalmente necesarios.

...

Luego de esta exposición, el demandante señala que según la legislación y jurisprudencia internacionales sobre derechos humanos, los derechos de las víctimas del delito obligan a que todo proceso penal se fundamente en tres pilares, a saber: (i) “las víctimas tienen como derechos fundamentales la verdad, la justicia y la reparación”, (ii) “la acción civil (o la “acción particular” que poseen las víctimas dentro del proceso penal para la defensa de sus derechos conculcados) tiene igual categoría que la acción penal,”y (iii) “la víctima y el procesado son los protagonistas del proceso penal y por ende están en igualdad de condiciones, derechos y obligaciones.”

Según el accionante, en virtud de esos tres principios, “la víctima puede ejercitar dentro del proceso penal (bajo el esquema de la Ley 600 de 2000) como el de la aportación y contradicción probatoria, impugnación de decisiones, solicitud de control de legalidad de la medida de aseguramiento, solicitud de exclusión de evidencias, ejercicio de la acción de revisión, pedimento de medidas precautelares reales, solicitud de nulidades, en fin, participación activa y plena en todas las fases procesales como parte procesal que es.”

La tesis central del demandante es que, no obstante la obligatoriedad de estos tres principios, las normas impugnadas de la Ley 906 de 2004 “al colocar a la víctima como simple interviniente con facultades limitadas y que sólo puede actuar a partir de la audiencia preparatoria a través de abogado (art.137-3, Ley 906 de 2004), eliminó de tajo la

defensa material como derecho constitucional de la víctima.” A continuación el accionante describe cómo las normas acusadas restringen de manera inconstitucional los derechos de las víctimas del delito.

...

En relación con el artículo 324, el accionante considera que es inconstitucional porque no incluye como condición para la aplicación del principio de oportunidad que los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de la víctima estén razonablemente satisfechos, “so pretexto de la protección del interés general, se deja a las víctimas desamparadas y se las instrumentaliza violando no sólo los derechos antes relacionados sino su dignidad humana.”

En cuanto al derecho a solicitar y aportar pruebas al proceso, el demandante señala que los artículos 327 y 333 de la Ley 906 de 2004, aunque permiten que la víctima controvierta la aplicación del principio de oportunidad y la solicitud de preclusión que haga el fiscal, no dan lugar a contradicción probatoria, ni la posibilidad de aportar pruebas, como quiera que lo único que puede hacer es controvertir la solicitud de la Fiscalía.

En relación con el artículo 337 de la Ley 906 de 2004, dice el demandante que viola los derechos de la víctima, en cuanto la deja “desprovista de cualquier posibilidad de proponer elementos de convicción a no ser que lo haga a través de la Fiscalía, como tampoco puede solicitar un descubrimiento específico de evidencias de la defensa.”

...

En el proceso de la referencia, el demandante acusa varias disposiciones de la Ley 906 de 2004 por violar los artículos 1, 2, 4, 13, 29, 93, 94 y 229 de la Carta, porque a su juicio las disposiciones y apartes cuestionados restringen inconstitucionalmente los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, al incurrir en una omisión legislativa relativa que conlleva un tratamiento discriminatorio de las víctimas frente a las partes y otros intervinientes en el proceso penal, y le impide agenciar directamente sus derechos, o contribuir al

esclarecimiento de la verdad a través del aporte y debate de pruebas o impugnar decisiones que afecten sus derechos.

...

De lo anterior se concluye que la víctima del delito no es un sujeto pasivo de protección por parte de la Fiscalía, sino un interviniente activo, constitucionalmente legitimado para hacer valer sus derechos dentro del proceso penal instaurado por el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004.

Se resalta, no obstante, que los derechos específicos que se le reconocen a la víctima no le quitan su carácter de interviniente, sino que la proyectan como una figura especial en las distintas etapas del proceso penal de tendencia acusatoria, para que haga valer sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral. Su intervención no se circunscribe a una participación final en el incidente de reparación una vez concluido el juicio, ya que ello no se compadece con lo señalado en el artículo 250 (7) citado, y significaría una restricción de sus derechos a la verdad y a la justicia puesto que la víctima participaría activamente sólo a efectos de exigir reparación.

5.3. En este nuevo esquema penal de tendencia acusatoria, el constituyente “mantuvo la distinción entre la fase de investigación –encaminada a determinar si hay méritos para acusar- y la fase de juzgamiento” y otorgó una clara preponderancia a ésta última, constituyéndola “en el centro de gravedad del proceso penal bajo el sistema instituido por el Acto Legislativo.” En el artículo 250, el numeral 4 caracterizó la etapa de juzgamiento y señaló que el juicio sería “público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.”

La definición y caracterización de las distintas etapas del proceso penal (investigación, imputación, acusación y juzgamiento) también tiene incidencia en la forma como la víctima puede participar dentro del proceso para asegurar el goce de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Resalta la Corte que sólo respecto de la etapa del juicio,

el constituyente precisó sus características, enfatizando su carácter adversarial, así no haya seguido un modelo puro en este aspecto. Este hecho, tiene incidencia en la forma como pueden actuar las víctimas durante esta etapa. Como quiera que este carácter adversarial supone la confrontación entre el acusado y el acusador, la posibilidad de actuación directa y separada de las víctimas, al margen del fiscal, se encuentra restringida por el propio texto constitucional que definió los rasgos del juicio.

...

Se pregunta entonces la Corte Constitucional, si dado que nuestro sistema penal tiene elementos distintivos tan particulares y propios, la participación de la víctima en cada una de las etapas procesales debe tener las características de un interviniente especial o la de una parte procesal como alega el accionante.

En primer lugar, considera esta Corporación que si bien la Constitución previó la participación de la víctima en el proceso penal, no le otorgó la condición de parte, sino de interviniente especial. La asignación de este rol particular determina, entonces, que la víctima no tiene las mismas facultades del procesado ni de la Fiscalía, pero si tiene algunas capacidades especiales que le permiten intervenir activamente en el proceso penal.

2. Las facultades de la víctima frente a la solicitud de preclusión

10.1. Considera el demandante que el inciso 4 del artículo 333 de la Ley 906 de 2004, que establece que “en ningún caso habrá lugar a solicitud ni práctica de pruebas”, le impide a la víctima controvertir adecuadamente la solicitud de preclusión que presente el fiscal, y por lo tanto vulnera sus derechos a la verdad, a la justicia, y a la reparación integral. Dicho artículo será analizado globalmente, por el cargo, de la misma forma que lo hizo la Corte con otras disposiciones acusadas parcialmente, en virtud de los criterios sobre integración normativa ya mencionados.

10.2. Observa la Corte que la preclusión de la investigación penal se

presenta cuando el fiscal considera que no existe mérito para acusar (artículo 331, Ley 906 de 2004), lo cual ocurre, según el artículo 332 de la Ley 906 de 2004, cuando (i) existe imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal; (ii) exista una causal de exclusión de responsabilidad penal, (iii) el hecho investigado no haya ocurrido; o (iv) sea atípico; (v) el imputado no haya intervenido en el hecho investigado; (vi) sea imposible desvirtuar la presunción de inocencia; o (vii) hayan vencido los términos previstos en los artículos 175 y 294 de La Ley 906 de 2004.

Según el trámite previsto en el artículo 333 de la Ley 906 de 2004, la solicitud de preclusión la hace el fiscal ante el juez de conocimiento, en una audiencia preliminar que tiene lugar a partir de la formulación de la imputación, antes del juicio oral. En dicha audiencia participan el fiscal, la víctima, el agente del Ministerio Público, y el defensor del imputado. En dicha audiencia, el fiscal expone su solicitud e indica los elementos materiales probatorios que lo llevaron a concluir que no existe mérito para acusar. Luego de esta intervención, la víctima, el agente del Ministerio Público, y el defensor del imputado, pueden oponerse a la solicitud del fiscal. Sin embargo, tal como está previsto, no pueden solicitar ni practicar pruebas. Culminado el debate, el juez motivará oralmente su decisión, para lo cual puede suspender la audiencia por una hora, a fin de preparar su decisión.

Si la decisión es decretar la preclusión, cesa la persecución penal en contra del imputado por esos hechos, y se revocan las medidas cautelares que se hayan impuesto. Tal decisión tiene efectos de cosa juzgada. Si la decisión es rechazar la preclusión, las diligencias vuelven a la fiscalía. Esa decisión se adopta mediante sentencia, y contra ella, según lo establece el artículo 177 de la Ley 906 de 2004, cabe la apelación.

10.3. Al igual que lo que sucede con la decisión de archivo de las diligencias, regulada en el artículo 79 de la Ley 906 de 2004, y examinada por la Corte en la sentencia C-1154 de 2005, precitada, la decisión de preclusión tiene incidencia directa sobre los derechos de las víctimas, en la medida en que afecta el esclarecimiento de la verdad y la obten-

ción de justicia en el caso concreto.

En este caso, dado que cuando se decreta la preclusión, esta decisión tiene como efecto cesar la persecución penal contra el imputado respecto de los hechos objeto de investigación, y tiene efectos de cosa juzgada, no permitir a la víctima controvertir adecuadamente la solicitud del fiscal puede conducir a una afectación alta de sus derechos, e incluso, a la impunidad. En efecto, dado que al decretarse la preclusión, la víctima no puede solicitar la reanudación de la investigación, ni aportar nuevos elementos probatorios que permitan reabrir la investigación contra el imputado favorecido con la preclusión, resulta esencial adelantar un control adecuado de las acciones y omisiones del fiscal, y controvertir de manera efectiva de sus decisiones. Por ello, el trámite de la solicitud de preclusión debe estar rodeado de las mayores garantías.

El artículo 333 de la Ley 906 de 2004 prevé algunas: (i) la intervención del juez de conocimiento para la adopción de la decisión; (ii) la exigencia de que la solicitud del fiscal sea motivada y esté fundada en elementos materiales probatorios y evidencia física; (iii) la posibilidad de que la víctima, el Ministerio Público y el defensor del imputado, hagan uso de la palabra para controvertir la petición del fiscal; y (iv) que esté previsto que contra la sentencia que resuelve la solicitud de preclusión proceda la apelación. No obstante, la controversia de la solicitud del fiscal tal como ha sido regulada por el artículo 333, puede resultar inócua, si no se permite la práctica de pruebas que muestren que sí existe mérito para acusar, o que no se presentan las circunstancias alegadas por el fiscal para su petición de preclusión.

Entonces, se declarará exequible el artículo 333 en el entendido de que las víctimas pueden allegar o solicitar elementos materiales probatorios y evidencia física para oponerse a la petición de preclusión del fiscal.

...

12.1. Para el demandante los artículos 11 y 137 de la Ley 906 de 2004

cercenan los derechos de las víctimas al no consagrar expresamente la posibilidad de impugnar decisiones adversas, en las distintas etapas del proceso, ya sea ante el juez de control de garantías o ante el juez de conocimiento.

Al precisar las decisiones que la víctima no tenía la posibilidad de impugnar, el demandante mencionó la decisión de preclusión (artículo 333, Ley 906 de 2004), la posibilidad de controvertir el escrito de acusación (artículos 337 y 339, Ley 906 de 2004), la que resuelve sobre la aplicación del principio de oportunidad (artículo 327, Ley 906 de 2004) y las de exclusión, inadmisión y rechazo de los medios de prueba (artículo 359, Ley 906 de 2004).

Como se advirtió anteriormente, la efectividad de los derechos de las víctimas del delito depende del ejercicio de varias garantías procedimentales, entre otras las siguientes: (i) el derecho a ser oídas; (ii) el derecho a impugnar decisiones adversas, en particular las sentencias absolutorias y las que conlleven penas irrisorias; (iii) el derecho a controlar las omisiones o inacciones del fiscal, y (iv) el derecho a ejercer algunas facultades en materia probatoria. Puesto que en esta sentencia ya se han adoptado decisiones de inexequibilidad o exequibilidad condicionada con miras a asegurar la proyección de los derechos de las víctimas en los momentos fundamentales a lo largo de la evolución del proceso penal, la Corte entiende que los artículos 11 y 137 han de ser leídos en armonía con tales decisiones específicas. Sin embargo, la Corte estima que una vez garantizados el derecho de impugnación de las víctimas en dichos momentos específicos de la evolución del proceso penal, según la regulación establecida por el propio legislador, no es constitucionalmente necesario condicionar de manera general los artículos 11 y 137. Lo anterior no obsta para que en ocasiones posteriores la Corte se pronuncie sobre la existencia y el alcance del derecho de impugnación de las víctimas en otros momentos específicos del proceso penal con los efectos que estime constitucionalmente necesarios.

...

De conformidad con lo anterior, la Corte Constitucional reitera que los

derechos de la víctima del delito a la verdad, la justicia y la reparación integral se encuentran protegidos en el sistema penal con tendencia acusatoria desarrollado por la Ley 906 de 2004, pero dicha protección no implica un traslado automático de todas las formas y esquemas de intervención mediante los cuales la víctima ejerció sus derechos en el anterior sistema procesal penal regulado por la Ley 600 de 2000, sino que el ejercicio de sus derechos debe hacerse de manera compatible con los rasgos estructurales y las características esenciales de este nuevo sistema procesal, creado por el Acto Legislativo 03 de 2002.

En consecuencia, las víctimas podrán intervenir de manera especial a lo largo del proceso penal de acuerdo a las reglas previstas en dicha normatividad, interpretada a la luz de sus derechos constitucionales, así:

1. En la etapa de investigación, en lo que tiene que ver con la práctica de pruebas anticipadas regulada en el artículo 284 de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional concluyó que el numeral 2 del artículo 284 de la Ley 906 de 2004 era exequible en el entendido de que la víctima también podrá solicitar la práctica de pruebas anticipadas ante el juez de control de garantías.
2. En la etapa de imputación, en cuanto a lo regulado en el artículo 289 de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional concluyó que la víctima podrá estar presente en la audiencia de formulación de la imputación.
3. En cuanto a la adopción de medidas de aseguramiento y de protección, en lo regulado por los artículos 306, 316 y 342 de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional concluyó que la víctima también puede acudir directamente ante el juez competente, según el caso, a solicitar la medida correspondiente.
4. En relación con el principio de oportunidad regulado en los artículos 324, y 327, la Corte Constitucional concluyó que se deberán valorar expresamente los derechos de las víctimas al dar aplicación a este principio por parte del fiscal, a fin de que éstas

puedan controlar las razones que sirven de fundamento a la decisión del fiscal, así como controvertir la decisión judicial que se adopte al respecto.

5. En materia de preclusión de la acción penal, en lo que atañe a la regulación prevista en el artículo 333 de la Ley 906 de 2004, la Corte concluyó que se debe permitir a la víctima allegar o solicitar elementos materiales probatorios y evidencia física para oponerse a la petición de preclusión del fiscal.
6. En cuanto a la etapa de acusación, en lo regulado por los artículos 337, 339 y 344 de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional concluyó que la víctima también puede intervenir en la audiencia de formulación de acusación para formular observaciones al escrito de acusación o manifestarse sobre posibles causales de incompetencia, recusaciones, impedimentos o nulidades. En consecuencia, declaró inexecutable la expresión “con fines únicos de información” contenida en el artículo 337 y executable el artículo 344 en el entendido de que la víctima también puede solicitar al juez el descubrimiento de un elemento material probatorio específico o de evidencia física específica.
7. En la etapa del juicio, la Corte Constitucional consideró que no era posible que la víctima interviniera para presentar una teoría del caso, diferente o contraria a la de la defensa. Habida cuenta de que en las etapas previas del proceso penal ésta ha tenido la oportunidad de participar como interviniente especial para contribuir en la construcción del expediente por parte del fiscal, en la etapa del juicio oral la víctima podrá ejercer sus derechos a través del fiscal, quien es el facultado para presentar una teoría del caso construida a lo largo de la investigación.

Dada la importancia que tiene para la víctima la posibilidad de que el fiscal le oiga, el juez deberá velar para que dicha comunicación sea efectiva, y cuando así lo solicite el fiscal del caso, decretar un receso para facilitar dicha comunicación con

el abogado de la víctima, sin excluir su acceso directo al fiscal. En consecuencia, la Corte Constitucional declaró exequibles los artículos 371, 378, 391, y 395 de la Ley 906 de 2004, en lo demandado y por el cargo analizado.

Finalmente, advierte la Corte Constitucional, que las decisiones adoptadas en el presente proceso tienen efectos hacia el futuro, y no traen como consecuencia la nulidad retroactiva de las actuaciones penales que se hayan surtido hasta este momento, sin la participación de las víctimas de conformidad con las reglas y condiciones establecidas en esta sentencia.

3. INAPELABILIDAD DEL PLIEGO DE CARGOS

Lo anterior en lo que hace referencia a la apelabilidad de las providencias preclatorias. Respecto a la apelabilidad del pliego de cargos, esta Corporación ha sostenido de manera reiterada que el auto de formulación de cargos no es apelable y se ha fundamentado en las siguientes razones:

“ Si bien de manera general los autos interlocutorios admiten el recurso de apelación, lo cierto es que hay algunos en que por propia disposición de la ley se les niega la posibilidad de éste recurso, o que jurisprudencialmente se deduce su inapelabilidad, por ser ilógica la segunda instancia para determinados casos, por ser contrarios al sistema procesal imperante o porque se considera que en determinados casos la segunda instancia en lugar de favorecer perjudica a los intereses de los recurrentes.-

“ En el caso presente, el apelante partiendo de las normas generales que como ya se dijo admiten la segunda instancia de los autos interlocutorios, considera que le ha sido ilegalmente negado el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto. Reflexiona en este sentido el defensor cuando afirma:

“ La ley 23 de 1981 que comprende el Estatuto de Ética Médica en

su artículo 82 preceptúa, que en lo no previsto en esa normatividad cabe la aplicación de las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal; de otro lado el artículo 90 de ese mismo Estatuto reguló lo inherente a los recursos de reposición y apelación que se interpongan en contra de cualquiera de las providencias a que se refiere dicha ley, por lo tanto debió concederse como subsidiario del recurso de reposición, el

de apelación, ya que de conformidad con el literal c del artículo 204 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 82 de la Ley 23 de 1981, el auto que declara la existencia de méritos para formular cargos, es apelable.-

“ Si bien es cierto que el artículo 80 de la Ley 23 de 1981, nos remite al Código de Procedimiento Penal, la función propia y la naturaleza del Tribunal es de carácter Ético disciplinario, es por esto que las figuras procesales y procedimentales del ámbito penal no son aplicables al pie de la letra dentro de los procesos que corresponde adelantar a éste Despacho.-

“ Esta Corporación de tiempo atrás ha venido sosteniendo la inapelabilidad del auto de formulación de cargos y es así como en providencia del 5 de junio de 1995 en relación con ésta temática se sostuvo:

“ Ha sido doctrina reiterada de esta superioridad que el pliego de cargos no admite recurso de apelación, como se deduce de la letra y el espíritu del artículo 80, literal b), de la Ley 23 de 1981. En varias oportunidades este Tribunal, con relación al recurso de alzada al pliego de cargos ha sostenido lo siguiente:

“ En efecto, si leemos detenidamente el artículo 80, literal b), de la ley 23 de 1981, nos percataremos que al enterar por escrito al profesional inculpado de los actos que se le imputan se le señalará fecha y hora para que el Tribunal en pleno lo escuche en diligencia de descargos ”.-

“ Esta norma es incompatible con cualquier recurso, pues su trámite haría inoficioso tal señalamiento.

“ Además, el implicado al sustentar los recursos, de una vez está respondiendo los cargos, con lo que se desconocerá la letra y el espíritu de la norma citada que quiere que los descargos sean rendidos ante el Tribunal en pleno.-

“ Si los recursos no le prosperan, y por tanto se confirman los cargos, la diligencia de descargos se volverá inoficiosa, pues el acusado se limitará a repetir los argumentos que ya le fueron rechazados al decidirle los recursos.-

“ Al concederle recursos al pliego de cargos, quien los decide está prejuzgando, pues si los confirma y, por lo mismo, hace un gran esfuerzo dialéctico para ese efecto, le va a quedar muy difícil proferir posteriormente una decisión absolutoria ”.-

“ Esta afirmación aparece particularmente válida con relación al Tribunal de segunda instancia, pues si confirma los cargos prácticamente está condenado anticipadamente, pues el inferior, salvo que aparezcan pruebas contundentes en la etapa de juzgamiento, quedará atado por el criterio del superior y éste a su vez en el fallo definitivo se limitará a repetir los argumentos con los cuales confirmó tal proveído de cargos ”.-

“ Uno de los criterios buscados por el Constituyente de 1991, al establecer la Fiscalía General de la Nación, fue el de consagrar el sistema acusatorio, separando claramente las funciones acusatoria y decisoria, es decir, que quien formula el pliego de cargos no sea el mismo que juzga y decide, para evitar que en una misma persona o entidad se confundan las calidades de juez y de parte acusadora ”.-

“ Esta confusión solo se presenta en el llamado sistema inquisitivo, hoy superado por la mayoría de las legislaciones del mundo. En nuestro país solo subsiste para el juzgamiento de los parlamenta-

rios ante la Corte Suprema de Justicia (art. 235-3 de la Constitución Nacional) ”.-

“ Desde luego que la justicia ético-disciplinaria está aún lejos de este ideal, pero por lo menos en tratándose del Tribunal Nacional o Tribunal de Segunda Instancia, es preciso quitarle la facultad, que la costumbre y no la ley le atribuyó, de decidir sobre el pliego de cargos, pues, reiteramos, será acusador y juez y, por lo mismo, perderá la imparcialidad necesaria para juzgar, cuando se apela el fallo definitivo”.-

“ Todo ser humano tiene derecho a ser juzgado con absoluta imparcialidad, la que solo se logra cuando quien adelanta la investigación y formula los cargos no es el mismo que juzga y decide. Y aunque tal principio aún no lo podemos aplicar con relación a los tribunales seccionales, si es posible con relación al Tribunal Nacional, máxime si se tiene en cuenta que de la propia letra del artículo 80 se deduce que el legislador no quiso darle recursos al tan mentado pliego”.-

“ A lo anterior debemos agregar, que en los sistemas procesales modernos, la acusación, como la defensa, son atribuciones de la parte, en tanto que la decisión es potestativa del juez. Dentro de la lógica del proceso lo único que puede ser recurrible, como es obvio, son las decisiones judiciales. Por lo mismo, si la acusación es facultad de la parte no debe ser recurrible, pues resulta un contrasentido el que existan acusadores de primera y de segunda instancia.-

“ Además, en los procedimientos disciplinarios no se ha consagrado el recurso de alzada para el pliego de cargos y para corroborarlo nos permitimos citar los siguientes estatutos: “ Decreto 250 de 1970 “ por el cual se expide el estatuto de la Carrera Judicial y del Ministerio Público”, artículos 92, 115 y subsiguientes; Decreto 196 de 1971 “ por el cual se dicta el estatuto de la abogacía ”, en donde ni siquiera existe resolución acusatoria, sino que se corre traslado es de la denuncia y de los documentos que la acompañan, por el término de 10 días (art. 74); Decreto 1660 de 1978 “ por el cual se

reglamentan parcialmente las leyes 15 y 20 de 1972, los Decretos 250 y 762 de 1970, 546 de 1971 y 717 de 1978, y otras disposiciones sobre administración del personal de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de las Direcciones de Instrucción Criminal”, artículo 180; y Decreto 1888 de 1989 “ por el cual se modifica el régimen disciplinario de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, artículos 37 y siguientes.

Adicionalmente, en el proceso 075, este Tribunal Nacional expresó mediante Providencia No.08-96:

De conformidad con el artículo 74 de la Ley 23 de 1.981 la denunciante ahora recurrente tenía la capacidad legal para instaurar la queja disciplinaria, puesto que la norma que se comenta dispone que el proceso de ética médica puede iniciarse de oficio, a petición de cualquier entidad pública o privada, “ o de cualquier persona “ .

Es decir que de conformidad con lo anterior el ciudadano que así actúa lo hace en calidad de denunciante y por tanto lo acompañan los derechos que para esta clase de personajes ha creado el Código de Procedimiento Penal porque debe recordarse que el artículo 82 de la Ley 23 de 1.981 consagra para efectos procedimentales el principio de integración, esto es, que en aquellas actuaciones o situaciones no previstas en dicha ley, para llenar el vacío les serán aplicables las normas procesales penales pertinentes.

De acuerdo con esta remisión normativa, el denunciante no es sujeto procesal en los trámites penales y sólo se consagra en su favor la posibilidad de apelar el auto mediante el cual el funcionario de instrucción se inhibe de abrir proceso penal de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 327 del Decreto 2.700 de 1.991, Código de Procedimiento Penal que dispone: “ Tal decisión, - la inhibitoria-, se tomará mediante resolución interlocutoria contra la cual procede el recurso de apelación por parte del Ministerio Público, el denunciante o querellante “

El magistrado instructor abrió proceso disciplinario de conformidad con lo ordenado en el auto de septiembre 21 de 1994. Si en esta oportunidad la decisión hubiera sido la contraria, es decir, que el Tribunal hubiera estimado que no era del caso abrir proceso disciplinario y por tanto se hubiera inhibido, el denunciante hubiera podido recurrir dicha decisión.

Pero como el proceso fué abierto y en tales condiciones el denunciante no es sujeto procesal, es claro que ni por sí, ni por medio de apoderado puede recurrir decisiones dentro del proceso de ética.

Aceptar lo contrario sería violatorio del debido proceso consagrado en el inciso primero del artículo 29 de la Constitución Política que determina que este principio político con finalidad garantista, deberá ser aplicado a toda clase de procedimientos judiciales o administrativos, norma Superior que al ser interpretada por los más altos Tribunales del país, como son la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional han determinado que igualmente el debido proceso debe ser respetado en toda clase de procedimientos disciplinarios adelantados contra un ciudadano, así el mismo fuera de carácter privado, como sucede en los procesos disciplinarios de carácter laboral que se adelantan por el patrono en contra de sus subordinados, o los deportivos o académicos que se tramitan en las instituciones deportivas o estudiantiles.

Siendo la profesión médica una actividad regulada por el Estado, y siendo las faltas éticas y sus correspondientes sanciones de creación legal, al igual que los Tribunales encargados de imponerlas, es lógico concluir que en el ámbito de este especial procedimiento, igualmente debe respetarse el debido proceso y éste implica a nivel de procedimiento sancionatorio, que en el mismo solo pueden intervenir el ciudadano que es objeto de tal procedimiento y quienes sean sujetos procesales.

Como en el proceso de ética médica el denunciante no es sujeto procesal, es imposible que pueda actuar como tal, y en tales circuns-

tancias esta Corporación debe inhibirse de conocer de la apelación por él interpuesta.

Debe sí precisarse que esta determinación corrobora lo ya decidido por esta Corporación en providencias No. 46 del 23 de noviembre de 1995 con ponencia del doctor Darío Cadena Rey; y 01-96 de fecha 25 de enero de 1996 con ponencia del doctor Jaime Casasbuenas Ayala, pero a su vez implica un cambio jurisprudencial a lo que se había resuelto en otras ocasiones donde se había aceptado la apelación de los denunciantes.

Lo anterior por que se había considerado en esas oportunidades que de esa manera se daban mayores garantías al ciudadano y a la comunidad, para garantizar un mas eficiente y ético ejercicio profesional de los médicos; pero es una realidad, que existiendo como existe el principio de integración con las normas procesales penales como se demostró en precedencia, es imperativo que esta Colegiatura se rija por las disposiciones legalmente impuestas y sí en el procedimiento penal el denunciante o querellante no es sujeto procesal y solo puede apelar el auto mediante el cual una autoridad jurisdiccional se inhibe de abrir proceso penal, es lógico concluir que en éste especial procedimiento disciplinario debe regir la misma normatividad y consecuentemente decisiones acordes y paralelas con lo allí dispuesto. Son estas las razones que motivan el presente cambio jurisprudencial.

Se debe dar finalmente un último argumento de carácter procesal pero que es perfectamente válido y que corrobora el acierto de la decisión que se toma. Como en este procedimiento rige el principio de integración (art 82 Ley 23 de 1981) se podría argumentar que la persona afectada con la presunta mala práctica médica tiene el derecho de constituirse parte civil como sucede en el proceso pena, pero en este caso esa sería una de las normas que no podría ser aplicada por integración porque debe recordarse que la parte civil tiene como única finalidad justificativa de su intervención en el proceso penal la indemnizatoria, esto es la obtención de un resarcimiento

de carácter patrimonial por los perjuicios inferidos por la conducta del imputado, y es claro que esa sería una finalidad imposible de cumplirse en el proceso disciplinario puesto que como ya se demostró, la finalidad de este especial procedimiento es otra y porque no está previsto en el ordenamiento legal que como consecuencia de una decisión de responsabilidad disciplinaria, en la misma se pudieran tomar resoluciones para buscar la indemnización de los perjuicios que con la conducta del médico condenado se hubieran podido producir.

Si el afectado con la mala práctica médica no se puede constituir en parte civil, es claro que no es, ni puede ser sujeto procesal y que en tales circunstancias le queda únicamente la posición de denunciante dentro de las limitaciones procesales que estos individuos tienen y claramente precisadas en la jurisprudencia citada en esta providencia.

Esta jurisprudencia ha sido reiterada posteriormente en varias decisiones como las que se produjeron el 16 de junio de 1994, el 4 de mayo de 1995, el 13 de febrero de 2001 y el 27 de noviembre del 2001 y providencia No. 21-2002 del 10 de septiembre del 2002.- Si no se han producido desde aquella época cambios constitucionales ni legislativos que hagan cambiar el criterio de la Corporación, necesario es concluir que se ha de mantener la jurisprudencia de manera inalterable, y todavía con mayor razón, cuando las consideraciones que allí se hacen son precisamente a favor de los intereses del acusado, para efectos de garantizarle una mayor imparcialidad de la segunda instancia y para efectos de tutelar de manera efectiva su derecho a la defensa.-

Como se puede apreciar, existe controversia respecto de la apelabilidad de la resolución preclutoria.

Por un lado, al tener un peso similar a su contraparte, la resolución de pliego de cargos, no debería ser susceptible de apelación.

Pero por aplicación de la Ley de Víctimas, se considera un derecho de la víctima poder apelar una decisión de semejante magnitud.

Por lo anterior se reitera la inapelabilidad del pliego de cargos y la posibilidad de apelar la resolución de preclusión.

4. RESPECTO DE LA FIJACIÓN INADECUADA DE LA FRACTURA

Ni el tribunal seccional ni esta superioridad comparte el punto de vista de la parte quejosa, pues ha sido demostrado que la actuación médica y científica del médico acusado se ciñó a las normas de la *lex artis* en sus diferentes etapas.

5. SOBRE LA FALSEDAD DEL DOCUMENTO DE CONSENTIMIENTO INFORMADO

Ni es el momento procesal de discutir un documento que ha reposado en el expediente durante todo el proceso, ni la instancia sobre fraude procesal es competencia de esta jurisdicción médico disciplinaria.

Son suficientes las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Médica en uso de las facultades que le confiere la ley

RESUELVA

Artículo Primero. Confirmar, como en efecto confirma, la resolución de preclusión de la investigación en favor del doctor F.J.C.G. **Artículo Segundo.** Remitir el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. **Artículo Tercero.** Contra esta providencia no procede recurso alguno. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. JUAN MENDOZA VEGA, Presidente; FERNANDO GUZMAN MORA, Magistrado Ponente; EFRAÍM OTERO RUÍZ, Ma-

gistrado; LILIAN TORREGROSA ALMONACID, Magistrada; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; JAVIER MAURICIO HIDALGO ESCOBAR, Asesor Jurídico (E.); MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaria

Bogotá, noviembre treinta (30) del año dos mil diez (2010).

**SALA PLENA SESIÓN No.1068 DEL TREINTA (30)
DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL DIEZ (2010)**

Ref: Proceso Etico Disciplinario N 686 del Tribunal Seccional de
Etica Medica de Risaralda

Denunciante: A.B.O.C.

Investigado: Dr G.A.M.S

Asunto: Recurso de apelación contra providencia inhibitoria

Magistrado Ponente. Dr. Fernando Guzmán Mora

Providencia No.106 -2010

VISTOS

El tribunal Seccional de Etica Médica de Risaralda y Quindío, el 28 de abril de 2010, resolvió inhibirse de abrir investigación formal en contra del doctor G.A.M.S. , por hechos denunciados por la señora A.B.O.C. ocurridos en junio de 2006

Dentro de términos, la quejosa interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación. La reposición fue negada por el tribunal seccional y en cambio fue concedida la apelación por ante el Tribunal Nacional de Etica Médica el 26 de octubre de 2010.

El expediente llegó a esta superioridad el 10 de noviembre de 2010 y puesto para reparto correspondió por sorteo al Magistrado FERNANDO GUZMAN MORA, quien procede a resolver el recurso con base en los siguientes

HECHOS

El 28 de marzo de 2006, la paciente A.B.O.C., fue remitida por el médico general D.A. a consulta de ortopedia por presentar hiperqueratosis dolorosa del quinto artejo del pie izquierdo, secundario a exostosis del quinto metatarsiano de ese pie.

Fue atendida por el ortopedista G.A.M.S. , quien le explicó se trataba de un “juanetillo” y, según la declaración de la paciente obrante a folio 55 del cuaderno principal, tenía que “raspar el dedo pequeño del pie” y la intervino quirúrgicamente el 25 de junio de 2006 mediante osteotomía proximal y distal del primer artejo, con el diagnóstico de hallux valgus

Cuando la paciente observó la intervención sobre el pie, se dio cuenta que el problema del “juanetillo” del quinto dedo no había sido solucionado y, en cambio, notó con sorpresa que estaba operada del primer dedo del pie, por lo cual preguntó al ortopedista la razón para ese cambio de sitio intervenido. El médico le respondió que, debido al diagnóstico de hallux valgus, primero tocaba intervenirle el primer dedo y, en un segundo tiempo, corregir la anomalía del quinto artejo.

Posteriormente, con impresión diagnóstica de hallux valgus recidivante, fue reintervenida el 16 de noviembre de 2006, sometiéndola a nueva osteotomía del primer artejo

El 4 de mayo de 2007, con diagnóstico de pseudoartrosis del pie, practicó nueva osteotomía y curetaje óseo y colocación de placa y tornillos en el área operatoria.

La evolución fue tórpida y terminó en infección del área intervenida, la cual fue manejada por otro ortopedista, el doctor O.H., quien retiró material de osteosíntesis. Lo anterior debido a que el doctor M. S. ya no laboraba con la EPS que inicialmente autorizó las intervenciones en la paciente.

En la diligencia de descargos, el ortopedista G.A.M.S. es enfático en declarar que el problema principal de la enferma era un hallux valgus bilateral y que, a pesar de tener la mayor sintomatología en el quinto artejo, debido a la presencia del denominado “juanetillo”, decidió corregir primero la deformidad del primer dedo, para en un segundo tiempo entrar a corregir el dedo que motivó la consulta de la paciente O.C.

En declaración del ortopedista J. F. O. H., obrante a folio 110 del cuaderno principal, se expresa su criterio en el sentido de aceptar que las dos patologías, el hallux valgus y el juanetillo, pueden coexistir simultáneamente y que puede procederse a corregir el problema en dos tiempos, aunque en su criterio, el hubiera practicado ambas cirugías en un solo tiempo quirúrgico.

El doctor G.A.M.S. no explicó a la paciente que debía corregir primero el primer dedo para luego entrar a intervenir el quinto dedo. Y en esto radica el malestar y la inconformidad de la enferma.

EL RECURSO DE APELACION

Insiste la paciente A.B.O.C. en varios puntos:

1. No fue explicado el procedimiento exacto a seguir por el ortopedista M. H., respecto de qué tipo de intervención le sería practicada.
2. Desde la primera declaración enfatiza su sorpresa al ver que la causa de dolor que la llevó a consultar no fue corregida y, en cambio, observó sorprendida que había sido intervenida de un dedo que no le causaba ninguna molestia en ese momento
3. Afirma que en la historia clínica inicial siempre se habló de “dolor en la región del juanetillo”. Y que luego el diagnóstico fue cambiado a hallux valgus bilateral.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ETICA MEDICA

No es claro para este tribunal el tipo de explicación que el ortopedista G.A.M.S. ofreció a la paciente O.C. respecto del procedimiento exacto que le iba a practicar.

Y aunque existe consentimiento firmado respecto a un hallux valgus o “juanete”, en ningún momento afirma la paciente que le haya causado alguna molestia el mencionado juanete y que su motivo de consulta fue el problema localizado específicamente en el quinto artejo del pie.

Ni la corrección del “juanete” ni la del “juanetillo” son intervenciones de enorme magnitud que deban practicarse en tiempos separados debido al riesgo que entraña para la salud y seguridad de los pacientes. En general, los ortopedistas asumen la corrección de ambas deformidades en el mismo acto operatorio. Sin embargo, este tribunal no decide respecto a discusiones científicas ni de técnica quirúrgica, por lo que concede el beneficio de la duda al ortopedista G.A.M.S.

Sin embargo, no hay contradicción en ninguna de las declaraciones de la quejosa respecto al procedimiento que se iba a practicar y en todo momento expresa su insatisfacción con el tipo de intervención que le fue practicada.

Por lo anterior, sin tomar de ninguna manera partido o decisión respecto de lo adecuado del manejo médico quirúrgico por parte del ortopedista en cuestión, consideramos que en aras de prestar a la justicia un mejor servicio y de esclarecer los hechos motivos de la presente queja, el tribunal de primera instancia debe abrir una investigación formal en la que se esclarezcan los actos médicos efectuados en la paciente. Es posible que sea necesario acudir a la opinión de varios expertos en el tema y a peritazgos muy precisos para llegar a la decisión que tome el tribunal seccional de primera instancia.

Son suficientes las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Etica Médica, en uso de las atribuciones que le confiere la ley

RESUELVA

Artículo Primero. Revocar la decisión inhibitoria por parte del Tribunal Seccional de Etica Medica de Risaralda y Quindío respecto del doctor G.A.M.S. y en su lugar ordena abrir investigación formal para esclarecer los hechos motivo de la presente queja. **Artículo Segundo.** Remitir el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia.

COMUNIQUESE Y CUMPLASE

EFRAÍM OTERO RUÍZ Presidente; FERNANDO GUZMAN MORA, Magistrado Ponente; LUIS ALBERTO BLANCO RUBIO, Magistrado; GERMAN PEÑA QUIÑONES, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaria

Bogotá, Enero veinticuatro (24) del año dos mil once (2012).

**SALA PLENA SESIÓN No. 1117 DEL
VEINTICUATRO (24) DE ENERO DEL AÑO DOS
MIL DOCE (2012)**

REF: Proceso No.1313. Tribunal Seccional de Ética Médica de
Antioquia

Contra: Doctor C.M.B.I.

Denunciante: Doctor E.A.R.H.

Asunto: Recurso de APELACIÓN.

Magistrado ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora

Providencia No. 07-2012

VISTOS:

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia, en Sala Plena realizada el 26 de Mayo de 2009, dentro del proceso número 1313, resolvió FORMULAR PLIEGO DE CARGOS al Doctor C.M.B.I. , por los hechos denunciados por el Doctor E.A.R.H.

El apoderado del doctor C.M.B.I. , abogado HAROLD MAURICIO HERNANDEZ BELTRAN, por escrito fechado el 4 de agosto de 2009, interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la providencia mencionada, en el sentido de suspender la diligencia de descargos y conceder la práctica de pruebas solicitadas por la defensa. El recurso de reposición fue resuelto en la misma diligencia de descargos y a través de la misma providencia, negando la reposición y, en su lugar, concediendo el recurso de apelación el día 10 de agosto de 2009.

El Tribunal Nacional de Ética Médica consideró entonces que no es lógico solicitar la suspensión o alteración de la diligencia de descargos en el proceso ético médico disciplinario, pues en el presente caso se encuentra en pleno desarrollo. Las pruebas solicitadas por la defensa fueron concedidas por el tribunal de primera instancia y se encuentran en proceso de aporte para ser valoradas por el juez respectivo y sobre ellas y las demás que se encuentren ya integradas al proceso, se tome la decisión que corresponde.

Decidió entonces no acceder a la petición de suspensión de la diligencia de descargos solicitada por la defensa del médico encartado, por los motivos analizados en la parte considerativa de esta providencia.

El proceso continuó su curso y el 20 de abril de 2010, resolvió no aceptar los descargos dados por el Dr. C.M.B.I. y lo condenó a la sanción de Censura escrita y pública por vulneración al artículo 15 de la Ley 23 de 1981.

Dentro de términos, el abogado HAROLD MAURICIO HERNANDEZ BELTRAN, apoderado defensor del Dr. C.M.B.I., apeló el fallo condenatorio solicitando la revocatoria del fallo sancionatorio en contra de su prohijado y subsidiariamente solicitó decretar la nulidad de lo actuado, desde la providencia de formulación de cargos.

La solicitud de nulidad a partir de la diligencia de descargos la sustenta la defensa en el artículo 75 de la Ley 23 de 1981 que establece:

“Una vez aceptada la denuncia, el presidente del Tribunal asignara a uno de sus miembros para que se instruya el proceso disciplinario y presente sus conclusiones dentro de un termino no superior a quince días hábiles.

Aduce que la ausencia del informe de conclusiones constituye una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso y que las formalidades establecidas por la ley son de cumplimiento obligatorio por los jueces.

Además, está de acuerdo con el artículo 457 del CPP.

Por ultimo cita la providencia 20 de 2010 de este Tribunal Nacional, con ponencia del Magistrado Fernando Guzmán, en donde se expresa que el magistrado instructor tiene el deber de sentar su criterio ante la sala en un escrito que la ley denomina informe de conclusiones, requisito que es fundamental dentro de la estructura del proceso.

Por lo tanto se declaró la nulidad de lo actuado a partir del informe de conclusiones en el presente proceso.

Corregidos los pasos procesales que condujeron a la declaratoria de nulidad, el Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia procedió a evaluar la conducta del inculpado y decidió no aceptar sus descargos y sancionarlo con Censura Escrita y Publica por vulneración del artículo 15 de la Ley 23 de 1981.

Dentro de los términos de ley el abogado defensor, doctor HAROLD MAURICIO HERNANDEZ BELTRAN elevó recurso de apelación ante la sentencia mencionada, la cual fue concedida el 6 de diciembre de 2011. Los dos cuadernos que contienen el proceso fueron recibidos en esta superioridad el 12 de diciembre de 2011 y fue asignado al magistrado doctor FERNANDO GUZMÁN MORA, quien procede a resolver el recurso con base en los siguientes:

HECHOS:

El día 5 de diciembre de 2007 en la Clínica Antioquia cuando se iba a iniciar la cirugía del señor N.A.B.M., el anesthesiólogo, doctor E.R.H. le manifestó al ortopedista, doctor C.M.B.I. El doctor C.M.B.I. identificado con cedula de ciudadanía número ..., Residente en Medellín en la, Médico General egresado de la Universidad CES, en el año 1986, especializado en Ortopedia y Traumatología en el año 1994 y con registro médico número, que se lavara nuevamente las manos, ya que este se había contaminado, pero el médico investigado le manifestó que eso no era cierto y se negó a lavarse las manos nuevamente y dio orden al instrumentador de que lo vistiera y se continuara con la

cirugía, durante la cual no se presentó ninguna complicación.

En la queja presentada por el doctor E.R.H. ante el Gerente General de la Clínica Antioquia y remitida al Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia el 6 de diciembre de 2007, se menciona que: “...no me parece adecuado que el Doctor C.M.B.I. , ante el requerimiento respetuoso que le hago para que repita su lavado de manos puesto que se contamina la mano derecha, me responda “que no sea metido que a mi no me importa”. Que me trate mal a mi es una cosa, pero el Doctor C.M.B.I. no puede atropellar a un paciente que ha depositado su confianza en todos nosotros y su conciencia; tampoco puede irrespetar de ninguna manera las normas de asepsia establecidas, reconocidas y aceptadas por todos y tampoco puede irrespetar a los otros miembros del equipo que tal vez por temor callan; menos aún puede poner en juego la institución...”

El 27 de agosto de 2008 se presentó el doctor E.R.H. ante el Tribunal de Ética Médica de Antioquia con el fin de ratificar la queja, manifestando que se ratificaba en la misma, la cual se instaura porque el doctor C.M.B.I. realizó un lavado quirúrgico para intervenir a un paciente, pero luego se contaminó con la pijama que se utiliza para la cirugía; por tal razón el doctor E.R.H. le pidió al médico investigado que se lavara nuevamente, pero el le contestó: “a usted no le importa no sea metido”. (Fl 15, cuaderno principal).

Finalmente el declarante informa que el doctor C.M.B.I. es una persona brusca para tratar a las personas; y, según comentarios escuchados por el declarante, el médico investigado le dio un puntapié a una señora que labora en la clínica.

El 22 de octubre de 2008 compareció el señor I. S. R., con el fin de rendir declaración juramentada, diciendo que conoce al doctor C.M.B.I. ; posteriormente adujo que recordaba que estuvo en una cirugía donde hubo un altercado entre el doctor C.M.B.I. y el doctor E.R.H. , en razón de que el doctor E.R.H. le manifestó al declarante que no visitara al doctor C.M.B.I., ya que este se había contaminado, “a lo cual

contestaron de una forma no muy amable y se inició la discusión entre ellos dos”; pero no vio nada ya que estaba de espaldas al lugar donde se dieron los hechos. (F1 24, cuaderno principal).

Finalmente el señor I.S.R. S manifestó que existen diferencias entre los doctores E.R.H. y C.M.B.I. ; de hecho varios miembros de la Clínica Antioquia se quejaron por el trato que les daba el doctor C.M.B.I. . (F1 26, cuaderno principal).

En el cuaderno No. 2 reposa copia de la historia clínica del señor N.A.B.M. enviada por la Clínica Antioquia, de la cual se tiene que A folio 2 obra un documento denominado: “PROCEDIMIENTOS DIAGNOSTICOS INVASIVOS Y QUIRURGICOS”, donde aparece que el doctor C.M.B.I. realiza evaluación prequirúrgica al señor N.A.B.M; igualmente aparece que el doctor E.R.H. realiza también evaluación preanestésica. En el vuelto del mismo folio aparece la nota operatoria, en la cual dice que se realiza procedimiento quirúrgico del paciente mencionado en fémur izquierdo, por haber presentado fractura. En la nota realizada por el doctor C.M.B.I. no se describe que se hubieran presentado complicaciones en la cirugía.

El 4 de febrero de 2009 se le toma declaración al doctor C.M.B.I. , quien manifestó que había tenido desacuerdos con el doctor E.R.H. por las actuaciones de este y que la queja presentada es por tales desacuerdos. (F1 31, cuaderno principal). También manifiesta el médico investigado que tuvo un problema con el doctor E.R.H. un día en se le practicaría una cirugía al señor N.A.B.M, donde al doctor E.R.H. le pareció erróneamente que el se había contaminado la mano derecha después del lavado quirúrgico y por tanto le dijo que se retirara a lavarse nuevamente; tal solicitud fue hecha en forma descortés, a lo que el doctor C.M.B.I. le contestó que eso era responsabilidad de el, por lo cual el doctor E.R.H. se disgustó y envió una carta a la Gerencia de la Clínica Antioquia. (F1 32, cuaderno principal).

Igualmente el declarante manifestó que a nadie más que a él interesa el bienestar de su paciente, por tanto estaba seguro de no haberse contami-

nado y además era de su responsabilidad y que no consideró pertinente realizarse un nuevo lavado quirúrgico. (Fl 32, cuaderno principal).

El Tribunal seccional concluye que Las infecciones intrahospitalarias son de grave riesgo epidemiológico, que obliga a todo el equipo de salud a extremar los cuidados de asepsia para evitar en el acto quirúrgico contaminar con patógenos que en ocasiones son resistentes a antibióticos corrientes, por lo cual existen unas normas que son conocidas y deben ser practicadas por todos los médicos y el personal que interviene en cualquier procedimiento quirúrgico; de ahí que es responsabilidad de todo el equipo quirúrgico velar por evitar la posible contaminación de las personas que intervienen en los procedimientos quirúrgicos, de los instrumentos, ropas y vendajes, y es por esto que ante cualquier sospecha de contaminación del equipo quirúrgico, debe volver a lavarse o cambiar de guantes o descartar ropa o instrumentos.

La llamada de atención que el doctor E.R.H. hace al doctor C.M.B.I. no puede interpretarse como una ingerencia del trabajo realizado por el cirujano, puesto que en ese momento se está realizando un trabajo en equipo donde todos son igualmente responsables, por lo tanto el doctor C.M.B.I. faltó a las normas de cuidado en el quirófano, poniéndose con ello en riesgo de contaminar al paciente.

Además, el doctor E.R.H. estaba en derecho de exigir el nuevo lavado sin que esto sea considerado como una actitud hostil y tampoco estaba dando respuesta a una querrela con su colega; por el contrario estaba dando cumplimiento a una norma de seguridad practicada por todos los equipos quirúrgicos y que es de obligación (sic) aceptarla, para evitar la ocurrencia de riesgos.

Así las cosas, se tiene que el doctor C.M.B.I. sometió a riesgos al paciente al no haberse lavado nuevamente las manos ante la solicitud del anesthesiólogo; hecho este que no exige certeza para que se lave nuevamente sino que con la simple duda de cualquiera de las personas se debe hacer; y, ello con el fin de no contaminar a su paciente por la falta de asepsia.

Continúa el Tribunal Seccional expresando, respecto a los recursos en contra del pliego de cargos:

No es de menos señalar que el Tribunal Nacional ha indicado sobre los recursos contra el pliego de cargos lo siguiente:

“En efecto, si leemos detenidamente el artículo 80, literal b), de la ley 23 de 1.981, nos percatamos de que (sic) al enterar por escrito al profesional inculcado de los actos que se le imputan, se señalar fecha y hora para que el Tribunal en Pleno lo escuche en diligencia de descargos. Esta norma es incompatible con cualquier recurso, pues su trámite haría inoficioso tal señalamiento. Además, el implicado al sustentar los recursos, de una vez está respondiendo los cargos, con lo que se desconocerá la letra y el espíritu de la norma citada que quiere que los descargos sean rendidos ante el Tribunal en pleno.

Si los recursos no prosperan, y por lo tanto se confirman los cargos, la diligencia de descargos se volverá inoficiosa, pues el acusado se limitará a repetir los argumentos que ya le fueron escuchados

Al concederle recursos al pliego de cargos, quien los decide está prejuzgando, pues si los confirma y, por lo mismo, se hace un gran esfuerzo diatectico para efecto, le va a quedar muy difícil proferir posteriormente una decisión absolutoria.

Con merito en lo expuesto el TRIBUNAL DE ÉTICA MÉDICA DE ANTIOQUIA por mandato legal, RESUELVE,

PRIMERO: FORMULAR PLIEGO DE CARGOS al profesional de la medicina doctor C.M.B.I. de notas civiles y personales ya conocidas, por vulneración del artículo 15 de la ley 23 de 1981, concordado con el artículo 9 del decreto 3380 de 1981, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

La defensa solicito entonces la suspensión de la diligencia de descargos.

El Tribunal Nacional respondió entonces:

No es de recibo para este Tribunal Nacional que la diligencia de descargos se anule, invalide, posponga o altere, por cuanto ese paso procesal ya se encuentra en pleno desarrollo. De hecho, la defensa solicitó pruebas que han sido concedidas en audiencia por el Tribunal Seccional de Ética Médica. Por lo tanto, la diligencia se encuentra en medio de su actividad propia y no se ha completado ni terminado

En virtud del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, del debido proceso, de las formas propias del proceso disciplinario ético profesional y frente a una regulación expresa y clara acerca de la ampliación del informativo y la diligencia de descargos, no es posible admitir una remisión a la normatividad procesal penal y por ello no es admisible la suspensión de la diligencia de descargos para reanudarse luego de practicarse la ampliación del informativo, ya que ello implicaría una etapa procesal que no esta contenida en la Ley 23 de 1981.

Y concluyó que:

No es lógico solicitar la suspensión o alteración de la diligencia de descargos en el proceso ético médico disciplinario, pues en el presente caso se encuentra en pleno desarrollo. Las pruebas solicitadas por la defensa fueron concedidas por el tribunal de primera instancia y se encuentran en proceso de aporte para ser valoradas por el juez respectivo y sobre ellas y las demás que se encuentren ya integradas al proceso, se tome la decisión que corresponde.

Y resolvió no acceder a la petición de suspensión de la diligencia de descargos solicitada por la defensa del médico encartado, por los motivos analizados en la parte considerativa de esta providencia.

Como se ha mencionado, el proceso continuó su curso y el 20 de abril de 2010, resolvió no aceptar los descargos dados por el Dr. C.M.B.I. y lo condenó a la sanción de Censura escrita y pública por vulneración al artículo 15 de la Ley 23 de 1981.

Se planteó entonces la solicitud de nulidad por falta de informa de conclusiones en el proceso de primera instancia, la cual fue declarada por este tribunal de segunda instancia.

Corregidos, como se ha mencionado, los pasos procesales que condujeron a la declaratoria de nulidad, el Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia procedió a evaluar la conducta del inculpado y decidió no aceptar sus descargos y sancionarlo con Censura Escrita y Publica por vulneración del artículo 15 de la Ley 23 de 1981.

Dentro de los términos de ley el abogado defensor, doctor HAROLD MAURICIO HERNANDEZ BELTRAN elevó recurso de apelación ante la sentencia mencionada, basando su inconformidad en los siguientes argumentos:

- La supuesta maniobra que produjo la contaminación fue advertida por el anesthesiólogo, quien se encontraba situado a varios metros del lugar donde estaba el doctor C.M.B.I. y entre los dos puntos existían objetos que limitaban una visual directa del posible testigo
- Entre los doctores C.M.B.I. y R. se presentaban previamente constantes desavenencias y fricciones

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

Analizando el presente caso, aun teniendo en cuenta las declaraciones referentes a conductas desobligantes y groseras del acusado con sus compañeros, subalternos y pacientes, por las cuales no está siendo juzgado, este tribunal debe aplicar la favorabilidad en ganancia del acusado, por cinco razones que a continuación pasa a desglosar

1. EL PRINCIPIO DE IN DUBIO PRO REO

En el Proceso disciplinario ético-profesional No. 891 del Tribunal de Ética Médica de Bogotá, la PROVIDENCIA No. 04-2001 cuyo Magistrado Ponente fue el Doctor Hernando Groot Liévano, se dice

“...El concepto anterior es de justicia y democracia, nace o deriva del principio constitucional de la presunción de inocencia, y de las consecuencias que se derivan del mismo, porque es claro que si la Constitución considera inocentes a todos los ciudadanos hasta que no se les demuestre lo contrario y si la responsabilidad de probar le corresponde al Estado por medio de los funcionarios que realizan la represión, es apenas natural que cuando por las más diversas circunstancias la tarea investigativa y probatoria se queda corta en relación con la demostración del hecho materialmente considerado, de la autoría, o de la responsabilidad es apenas lógico que las dudas que existan sobre tales tópicos sean resueltos en favor del sindicado.-

Este principio tiene su consagración legal en el artículo 445 del C. de P. P donde se reitera el principio de la presunción de inocencia, para a renglón seguido consagrar el in dubio pro reo ².-

La existencia del principio surge lógico y obvio si se tiene en cuenta la superación del histórico non liquet, ³ que permitía a los jueces romanos la decisión inhibitoria; posibilidad que es completamente impensable en el derecho contemporáneo so pena de incurrirse en una denegación de justicia, que conlleva de manera necesaria a la violación del princi-

2 Art. 445.- Presunción de inocencia.- Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente responsable. En las actuaciones penales toda duda debe resolverse a favor del sindicado.-

3 “ Sin embargo, este aspecto subjetivo de la carga de la prueba no es, como antes hemos indicado, el más relevante. Con independencia de quien haya alegado el hecho introducido en el proceso, o a quien le corresponda la actividad e iniciativa probatoria, el Juez, tras la valoración de la prueba practicada, puede encontrarse en una situación de duda e incertidumbre fáctica. A pesar de existir actividad probatoria, ésta no habrá conseguido su finalidad: la convicción judicial. Esta situación de incertidumbre fáctica puede aparecer en todo tipo de procesos cualesquiera que sean sus principales inspiradores, al no haber adquirido el Juez la convicción acerca de la exactitud o inexactitud de las afirmaciones fácticas formuladas. A pesar de ello el juzgador debe resolver el pleito sin que sea admisible la absolución de la instancia o el non liquet, es decir, el Juez no puede dejar de dictar sentencia resolviendo la cuestión de fondo. La prohibición del non liquet aparece, por tanto, como fundamento de la carga de la prueba en todos los procesos “ La mínima actividad probatoria. M. Miranda Estrampes pág 80 J. M. Bosch Editor Barcelona 1.997.-

pio constitucional del ciudadano de tener acceso a la justicia ⁴ y ello es apenas natural si se tiene en cuenta el derecho de todos los nacionales que sean sometidos a proceso, que éste les sea rápidamente decidido, esto es, sin dilaciones injustificadas⁵, porque atentaría contra la dignidad humana ⁶ que una persona estuviese indefinidamente vinculado a un proceso sin que el Estado le resolviese la situación de manera definitiva.-

En tales condiciones hay momentos procesales (la calificación y la sentencia) en las que el funcionario judicial solo tiene dos opciones, en el primer caso - acusación o preclusión -, y en el segundo, - condena o absolución -, debiendo producirse la preclusión o la absolución en todos aquellos casos en los cuales pudiera el funcionario llegar a tener la más mínima duda respecto a la existencia del hecho, su ilicitud, la autoría o la responsabilidad.-

Debe precisarse que en los ordenamientos procesales anteriores al actual código de procedimiento penal existían tres opciones de calificación - sobreseimiento definitivo, temporal y auto de proceder y posteriormente, acusación, preclusión o reapertura - y en tales circunstancias en vigencia de tales ordenamientos no era posible acudir al in

4 Art. 229.- Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.-

5 Art. 29.- El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.-

.....
a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas;.....”.-

Art. 228.- La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.-

6 Art. 1.- Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.- (Las negrillas no son del texto).-

dubio pro reo en el momento de la calificación, puesto que siempre existía la posibilidad de poder despejar la dudas mediante la reapertura de la investigación.-

Hoy cuando las posibilidades calificadorias son solamente las de acusación o preclusión, es claro que surge evidente la posibilidad de acudir al in dubio pro reo, porque ante la terminación del período investigativo, el funcionario no tendría ninguna otra opción probatoria para descartar la duda existente y consecuentemente se impone la preclusión por el reconocimiento de ésta garantía.-

Es claro que aludimos a ésta opción cuando no se dan los requisitos probatorios para que se pueda producir la resolución de acusación, porque si se dan estas exigencias probatorias, se debe producir la acusación y las lagunas probatorias que pudieren existir en relación a otros aspectos, podrían perfectamente ser subsandadas en la etapa probatoria de la causa ⁷.-

Es evidente igualmente que en la sentencia, cuando ya se han agotado todos los períodos probatorios, el juez debe inclinarse por la absolución, cuando le surjan dudas sobre la existencia del hecho, su ilicitud, la autoría o participación y la responsabilidad, dando aplicación al principio del in dubio pro reo.-

Miranda Estrampes nos dice en relación con las deficiencias probatorias que:

⁷ Art. 441.- Requisitos sustanciales de la resolución de acusación.- El fiscal dictará resolución de acusación, cuando esté demostrada la ocurrencia del hecho y existan confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio que comprometa la responsabilidad del imputado.-

Art. 442.- Requisitos formales de la resolución de acusación.- La resolución de acusación tiene carácter interlocutorio y debe contener:

- 1).- La narración sucinta de los hechos investigados, con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que los especifiquen.
- 2).- La indicación y evaluación de las pruebas allegadas a la investigación.-
- 3).- La calificación jurídica provisional, con señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal.-
- 4).- Las razones por las cuales comparte o no los alegatos de las partes.-

“ Las soluciones concretas a las situaciones de ausencia de prueba o incertidumbre fáctica son diferentes según se trate del proceso civil o del proceso penal.....

.....

“ En el proceso penal no tiene lugar, como hemos indicado, una distribución de la carga de la prueba. Tradicionalmente la solución a las situaciones de falta de prueba viene determinada por la aplicación del principio in dubio pro reo. Así, se considera que entre la alternativa de absolver a un culpable o condenar a un inocente la conciencia colectiva sufre menos cuando se opta por lo primero que no cuando se condena a una persona inocente. El principio del in dubio pro reo puede formularse, también, en los siguientes términos: quien afirme la culpabilidad de una persona debe probarla, en cuyo caso, en los supuestos de ausencia de prueba de la culpabilidad deberá absolverse al acusado “⁸.-

Discrepamos frontalmente de nefasta praxis de algunos funcionarios judiciales, que en el momento de estudiar de fondo el proceso para proferir la calificación o la sentencia se dan cuenta que la prueba es tan precaria que no es posible fundamentar sobre ella una acusación o una sentencia condenatoria y en lugar de acudir al democrático concepto del in dubio pro reo, se inventan verdaderas nulidades, para lograr de ésta manera que el proceso quede nuevamente en etapa investigativa y de tal manera hacer un nuevo intento para recaudar los medios de convicción necesarios para poder fundamentar una resolución de acusación o una sentencia condenatoria, práctica que en nuestro criterio si genera una verdadera nulidad por la violación de las normas propias del juicio, al incurrirse en una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso.-

Es claro que las deficiencias investigativas o los errores cometidos en el recaudo de la prueba, de su aducción o de su evaluación no pueden trasladarse en cabeza del sindicado, que frente a un proceso en el que

⁸ La mínima actividad probatoria. M. Miranda Estrampes. pág 81 J. M. Bosch Editor. Barcelona 1.997.-

se ha agotado la etapa sumarial no puede recibir una calificación diversa que la acusación o la preclusión; o agotados todos los períodos probatorios del proceso no debe quedar otra alternativa que la sentencia condenatoria o absolutoria.-

Con éstas viciosas prácticas se incurre en un verdadero abuso de autoridad, porque surge de la torcida voluntad de quien así acciona como si las únicas alternativas posibles del proceso fueran aquellas que le son desfavorables a los procesados, además que con este tipo de actuaciones se vulneran otras garantías constitucionales como son la del derecho a un proceso público sin dilaciones injustificadas y que de hecho se termina por desconocer igualmente la presunción de inocencia, puesto que en tal situación el ciudadano que enfrenta a estos abusivos funcionarios, no tiene otra alternativa que la acusación o la condena.-

Igualmente demuestra este tipo de comportamientos una clara predisposición o mejor, de prejuizgamiento por parte del funcionario que declara la nulidad, simplemente porque por su descuido, o negligencia no realizó toda la diligente actividad que era indispensables para agotar la investigación y en tales momentos procesales tener la oportunidad de resolver por las alternativas únicas que ofrece el legislador en los eventos que hemos venido mencionando.-

En el caso presente es claro que la figura del in dubio pro reo no podría aplicarse en el momento en que debe decidirse si se abre o no proceso disciplinario porque si existiesen dudas, lo lógico es que se abra el correspondiente proceso disciplinario para que con la investigación las mismas sean dilucidadas.-

Pero en el caso que concita nuestra atención no estamos en presencia en nuestro criterio de un caso de dudas probatorias, porque a tal situación de incertidumbre no necesariamente se ha de llegar porque hay un testimonio que afirma algo y otro que lo niega o porque existen medios probatorios que son contrarios en su contenido y en cuanto a lo que afirman. No es esa situación la que de manera necesaria nos lleva a la situación de incertidumbre, aunque tiene que aceptarse que

en algunos casos si puede surgir, cuando se trata de pruebas en las que todas merecen igual credibilidad y por tanto es imposible resolver en un sentido o en otro.-

En el caso presente a pesar de que se está en presencia de dos testimonios contrarios, la Corporación se inclina en darle credibilidad al médico que niega las acusaciones del quejoso, porque es desde todo punto de vista increíble, que un médico que nada tiene que ver con el tratamiento que se le ha dado al paciente, y que tampoco tiene que ver ni es responsable con incapacidades que se le deban al mismo, vaya a acudir a la intimidación o al arreglo de una promesa de pago, para que el paciente se quede callado en algo que a él profesionalmente no lo afecta ni lo puede afectar...”

2. EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE

Es apenas obvio que la buena fe existe. Es la base de la conciencia individual de las personas con una personalidad sana. El principio de la buena fe es creer por parte de A que B obra en Justicia, en equidad, con transparencia y con su propia conciencia.

Consiste en hacer el examen de si se obro con justicia, equidad, conciencia, de manera cristalina y bajo el convencimiento de ser así y no de otra forma

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

Los principios generales constituyen fuente de inspiración en la creación de la norma. Por lo tanto, son verdades fundamentales que sirven para crear derecho, integrarlo e interpretarlo en los vacíos que la norma no haya cubierto.

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

Los criterios esenciales de estos principios son la justicia y la equidad

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

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

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

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

La Constitución Política de 1991 la determina muy claramente en su artículo 83:

“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas”

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

El artículo 769 del CCC expresa:

“La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los otros, la mala fe deberá probarse”

También se habla de Buena Fe en el artículo 1603 del CCC:

“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”

Similar planteamiento se halla en los artículos 863 y 871 del Código de Comercio

Corte Constitucional No. de Rad.: C-054-99

La buena fe no consiste simplemente, como equivocadamente lo concibe el demandante, en un actuar desprovisto de dolo, o de intención positiva de irrogar un perjuicio a otro.

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

3. EL CONCEPTO DE SANA CRITICA EN LA APRECIACION PROBATORIA

Hugo Alsina dice que “Las reglas de la sana crítica, no son otras que las que prescribe la lógica y derivan de la experiencia, las primeras con carácter permanente y las segundas, variables en el tiempo y en el espacio.

Por su parte Couture define las reglas de la sana crítica como “las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia.

Explayándose en el tema nos enseña que las reglas de la sana crítica configuran una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba. Las reglas de la sana crítica son, para él ante todo, “las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de los casos. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento”.

Couture destaca la diferencia entre la sana crítica y la libre convicción pues este último es “aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios de información que pueden ser fiscalizado por las partes. Dentro de este método el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba de autos”. El juez -continúa- no está obligado a apoyarse en hechos probados, sino también en circunstancias que le consten aun por su saber privado; y “no es menester, tampoco, que la construcción lógica sea perfecta y susceptible de ser controlada a posteriori; basta en esos casos con que el magistrado afirme que tiene la convicción moral de que los hechos han ocurrido de tal manera, sin que se vea en la necesidad

de desarrollar lógicamente las razones que le conducen a la conclusión establecida”.

Respecto de la relación entre la sana crítica y la lógica, Couture hace ver que las reglas de la sana crítica consisten en su sentido formal en una operación lógica. Existen algunos principios de lógica que no podrán ser nunca desoídos por el juez. Así, dice, nadie dudaría del error lógico de una sentencia en la cual se razonara de la siguiente manera: los testigos declaran que presenciaron un préstamo en monedas de oro; como las monedas de oro son iguales a las monedas de plata, condenó a devolver monedas de plata. Evidentemente, está infringido el principio lógico de identidad, según el cual una cosa solo es igual a sí misma. Las monedas de oro solo son iguales a las monedas de oro, y no a las monedas de plata. De la misma manera, habría error lógico en la sentencia que quebrantara el principio del tercero excluido, de falta de razón suficiente o el de contradicción. Pero -agrega- es evidente que la corrección lógica no basta para convalidar la sentencia. La elaboración del juez puede ser correcta en su sentido lógico formal y la sentencia ser errónea. Por ejemplo, un fallo razona de la siguiente manera: Todos los testigos de este pueblo son mentirosos; este testigo es de este pueblo; en consecuencia, ha dicho la verdad. El error lógico es manifiesto, pero desde el punto de vista jurídico la solución puede ser justa si el testigo realmente ha dicho la verdad. Pero puede ocurrir otra suposición inversa. Dice el juez: todos los testigos de este pueblo son mentirosos; este testigo es de este pueblo; en consecuencia es mentiroso. En este último supuesto los principios lógicos han sido respetados ya que el desenvolvimiento del silogismo ha sido correcto. Pero la sentencia sería injusta si hubiera fallado una de las premisas: si todos los hombres del pueblo no fueran mentirosos, o si el testigo no fuera hombre de ese pueblo.

Igual importancia asigna a los principios de la lógica y a las reglas de la experiencia en la tarea de valoración de la prueba ya que el juez no es una máquina de razonar, sino, esencialmente, un hombre que toma conocimiento del mundo que le rodea y le conoce a través de sus pro-

cesos sensibles e intelectuales. La sana crítica es, además de lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo hombre se sirve en la vida. Esas conclusiones no tienen la estrictez de los principios lógicos tradicionales, sino que son contingentes y variables con relación al tiempo y al lugar. El progreso de la ciencia está hecho de una serie de máximas de experiencia derogadas por otras más exactas; y aun frente a los principios de la lógica tradicional, la lógica moderna muestra cómo el pensamiento humano se halla en constante progreso en la manera de razonar. Lo anterior lo lleva a concluir que es necesario considerar en la valoración de la prueba el carácter forzosamente variable de la experiencia humana, tanto como la necesidad de mantener con el rigor posible los principios de lógica en que el derecho se apoya. Las llamadas máximas de experiencia Couture las define como “normas de valor general, independientes del caso específico, pero como se extraen de la observación de lo que generalmente ocurre en numerosos casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de la misma especie”.

Para Friedrich Stein, a quien se debe la introducción en el derecho procesal del concepto máximas de experiencia, estas “son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”.

Calamendrei, por su parte, las define como aquellas “...extraídas de su patrimonio intelectual (del juez) y de la conciencia pública...” y destaca su utilidad pues “las máximas de experiencia poseídas por él, por lo general, le servirán de premisa mayor para sus silogismos (por ejemplo, la máxima de que la edad avanzada produce en general un debilitamiento de la memoria, le hará considerar en concreto la deposición de un testigo viejo menos digna de crédito que la de un testigo todavía joven).

Empero, cualquiera que sea el concepto que se dé sobre las máximas de la experiencia, es posible encontrar ciertos elementos que les son

comunes y tales son, según un autor los siguientes: 1° Son juicios, esto es, valoraciones que no están referidas a los hechos que son materia del proceso, sino que poseen un contenido general. Tienen un valor propio e independiente, lo que permite darle a la valoración un carácter lógico; 2° Estos juicios tienen vida propia, se generan de hechos particulares y reiterativos, se nutren de la vida en sociedad, aflorando por el proceso inductivo del juez que los aplica; 3° No nacen ni fenecen con los hechos, sino que se prolongan más allá de los mismos, y van a tener validez para otros nuevos; 4° Son razones inductivas acreditadas en la regularidad o normalidad de la vida, y, por lo mismo, implican una regla, susceptible de ser utilizada por el juez para un hecho similar; 5° Las máximas carecen de universalidad. Están restringidas al medio físico en que actúa el juez, puesto que ellas nacen de las relaciones de la vida y comprenden todo lo que el juez tenga como experiencia propia.

Digamos, finalmente, que por sus propias características a las máximas de experiencia no les rige la prohibición común de no admitir otros hechos que los probados en el juicio. La máxima *quod non est in actis non est in mundo* no es aplicable totalmente a ellas ya que implicaría rechazar juicios o razones que por su generalidad, notoriedad, reiteración y permanencia en el tiempo se tienen generalmente por aceptados por la sociedad.

Nuestros tribunales se han pronunciado en forma bastante uniforme sobre qué debe entenderse por sana crítica. Así, han sostenido: “Que, según la doctrina, la ‘sana crítica’, es aquella que nos conduce al descubrimiento de la verdad por los medios que aconseja la razón y el criterio racional, puesto en juicio. De acuerdo con su acepción gramatical puede decirse que es el analizar sinceramente y sin malicia las opiniones expuestas acerca de cualquier asunto”.

Otra sentencia dijo: “Que en conciencia, significa, según el Diccionario de la Lengua Española, arreglado a la conciencia, es decir, con arreglo al conocimiento interior del bien que debemos hacer y del mal que debemos evitar, términos que en el lenguaje vulgar significan lo mismo; pues cuando se apela a la conciencia de una persona o se le

dice que proceda en conciencia, se invoca un noble sentimiento que se ejerce para hacer el bien y para evitar el mal, que es el primer principio de moral;... Que en manera alguna la ley ha querido, con entregar la apreciación de las pruebas a la conciencia, dejarlas al azar, al capricho o a la arbitrariedad. El concepto de la conciencia no es nuevo en las leyes y siempre ha tenido la acepción de una regla de bondad y de justicia y no de maldad o abuso... Cuando la ley habla de que se proceda discrecionalmente o con prudente criterio, tampoco abre las puertas al desorden y a la licencia, ni se hacía esto conforme a las viejas fórmulas 'según su leal saber y entender' o 'a verdad sabida y buena fe guardada', que siempre han impulsado a tener la voluntad firme y constante de dar a cada uno lo que le pertenece”.

En resumen “...en el sistema de la sana crítica, el tribunal debe asesorarse por sus conocimientos técnicos, su experiencia personal, la lógica, el sentido común, el buen juicio, y la recta intención.

De lo afirmado por la doctrina, jurisprudencia y normas legales sobre la sana crítica podemos extraer varias cosas.

Lo primero es que el sistema de la sana crítica solo se refiere a la “valoración de la prueba”, luego es claro que esa fórmula legal mantiene subsistentes, vigentes, en la respectiva materia, las demás normas sustantivas probatorias, denominadas reglas reguladoras de la prueba como las que señalan cuáles son los medios de prueba, las que establecen su admisibilidad, la forma de rendir la prueba o las que distribuyen el peso de ella. Disponiendo la ley que el juez apreciará la prueba en conciencia, debe este, sin embargo, respetar estas otras normas reguladoras que nada tienen que ver con su apreciación.

En segundo lugar el concepto mismo de sana crítica se ha ido decantando sustancialmente a través del tiempo, no habiendo hoy en día prácticamente discusión en cuanto a que son dos fundamentalmente los elementos que la componen: i) la lógica con sus principios de identidad (una cosa solo puede ser igual a sí misma); de contradicción (una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias entre sí);

de razón suficiente (las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia); del tercero excluido (si una cosa únicamente puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a las dos precedentes) y ii) las máximas de experiencia o “reglas de la vida”, a las que el juzgador consciente o inconscientemente recurre, ya tratadas. A ello agregaríamos iii) los conocimientos científicamente afianzados (según exigen los preceptos legales nacionales citados), y iv) la obligación de fundamentar la sentencia, rasgo que distingue a este sistema de la libre ó íntima convicción, que luego analizaremos.

De manera que el juez llamado a valorar la prueba en conciencia no tiene libertad para valorar, sino que debe atenerse en su labor de sentenciador necesariamente, por lo menos, a los dos primeros referentes. Si no los respeta se abre paso a la arbitrariedad judicial y a la incertidumbre de las partes que son las principales objeciones a este sistema de la sana crítica. En efecto se dice que existe “peligro de la arbitrariedad, de que no puede preverse el resultado del proceso ni tenerse una seguridad probatoria, y de que una incógnita (la sentencia) queda dependiendo de otra incógnita (la convicción íntima)”, y lleva la incertidumbre a las partes que intervienen en el proceso; pues, con el sistema tarifario, cada parte conocerá de antemano el valor de la prueba que va a aportar al proceso.

Otro aspecto relevante es que lo que informa o inspira la sana crítica es la racionalidad. La apreciación o persuasión en este sistema debe ser racional, lo que la diferencia totalmente del convencimiento que resulta del sentimentalismo, de la emotividad, de la impresión. Los razonamientos que haga el juez deben encadenarse de tal manera que conduzcan sin violencia, “sin salto brusco”, a la conclusión establecida y sus juicios deben ser susceptibles de confrontación con las normas de la razón.

4. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

A este respecto expresa la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar, Fecha: Febrero 3 de 1998, No. de Rad.: 11378-98.

La presunción de inocencia referida al proceso penal es una garantía de toda persona a no ser considerada culpable mientras no se la declara judicialmente como tal a través de sentencia definitiva. Pero una cosa es que no se le considere culpable hasta la adopción de la decisión judicial que haga tránsito a cosa juzgada y otra muy distinta plantear que el principio sea de tal manera absoluto que impida la posibilidad de que en ciertos estadios del trámite procesal y de manera provisional la inocencia se vea desvirtuada a partir de pruebas legalmente aportadas y suficientes, según sea la exigencia de la etapa por la cual atraviese el proceso. Es lo que sucede con la imposición de medida de aseguramiento al procesado, con la formulación de acusación y con el proferimiento de la sentencia condenatoria antes de convertirse en definitiva.

Lógicamente es un contrasentido predicar de alguien su inocencia y al mismo tiempo asegurarlo, acusarlo o condenarlo. En estos eventos la presunción de inocencia aparece momentáneamente eliminada por efecto de las pruebas de cargo, hasta el punto que en los dos primeros casos sea legítimo hablar de responsabilidad presunta del imputado. No se trata, sin embargo, de la eliminación del principio en sí mismo considerado, ya que él sigue incólume dentro del proceso y prueba de ello es que ante una duda insalvable sobre la responsabilidad penal del procesado, su aplicación conduce a resolverla en su favor. De lo que se trata es que la presunción, en cuanto como tal admite prueba en contrario, se encuentra provisionalmente contradicha.

Una cosa es por lo tanto el principio, que rige como regla dentro del proceso y que hace que no pueda considerarse culpable a quien no ha sido condenado con sentencia en firme, y otra muy distinta predicar la condición de inocencia axiomática del procesado contra quien se ha

edificado la prueba suficiente para afectarlo con medida de aseguramiento, formularle acusación o condenarlo.

A la presunción de inocencia se oponen las pruebas de responsabilidad. Y es esa oposición la que en el curso del trámite procesal legitima la imposición de una medida de aseguramiento en contra del imputado, la cual tiene como objeto garantizar su comparecencia al proceso y a la eventual ejecución de la pena en caso de resultar condenado; e igualmente ostenta la capacidad, en cuanto se estructura sobre medios de prueba indicadores de la probable responsabilidad del sindicado, de dar por desvirtuada, aunque de manera provisional, su condición de inocente.

5. EL CONCEPTO DE VERDAD PROCESAL

Por ultimo se debe mencionar el concepto de verdad procesal respecto de la certeza como estado de la mente y la verdad real que muchas veces no se traduce en el proceso mismo

Tradicionalmente la verdad es la conformidad de la mente con la cosa conocida. Coincidencia, igualdad, concordancia o equivalencia de la idea con el objeto. Veritas est adequatio intellectus et rei. Es la ecuación entre las ideas y el mundo externo. Es la ecuación entre lo subjetivo y lo objetivo.

Certeza es un estado de la mente. Es la actitud de tener claridad sobre algo (Tengo la firmeza de que lo he conocido sobre algo, corresponde a la realidad). Es la creencia que se puede garantizar como verdadera. Sin embargo, cuando pretendo poseer seguridad de que algo es así, no siempre es verdadero. Por lo tanto, la certeza es algo subjetivo.

En el campo jurídico, es el convencimiento que adquiere el juzgador por los resultados de autos (aquellos que están en el expediente) y que se traduce en la apreciación que hace de las pruebas. Por el análisis, puede tratarse de una verdad formal mas no real. En el caso del Derecho, el juzgador debe atenerse a lo contenido en las pruebas únicamente. De lo contrario puede entrar en terrenos de la prevaricación (Tomar una decisión contra algo evidente o contra una ley).

El punto céntrico del problema del conocimiento es determinar si la mente es capaz de llegar al conocimiento de la verdad. Es poder decir con certeza “esto es tal cosa y no otra”. Por lo anterior, el problema conlleva una contradicción real (no subjetiva). En el proceso de conocer se ubican dos elementos: El sujeto que conoce y el objeto conocido. El intento o pretensión de separar del acto de conocer de la personalidad del que piensa, está abocado al fracaso. El objeto conocido puede ser una realidad diferente del sujeto pensante (por ejemplo: conocer un árbol), pero también puede ser un hecho del mismo sujeto pensante (por ejemplo: una preocupación, un sentimiento, una reflexión, etc)

Algunos filósofos que han parado mientes a elementos como los engaños de los sentidos, por ejemplo: ilusiones (ver la realidad que existe fuera de la mente pero percibirla o captarla de manera distinta. Por ejemplo: el pitillo quebrado dentro del vaso), alucinaciones (construcción deformada de la realidad a través de la mente). Qué aplicaciones tiene en el Derecho? Por ejemplo, en la investigación de un hecho delictivo, debe conocerse la disposición de ánimo de quien declara y los cambios de fondo y forma en esas declaraciones, evaluando la salud mental del sujeto cognoscente).

Salud mental es la percepción adecuada de los hechos y de sí mismos. Existen dentro de nosotros tres juanes: uno que cree que es pero no es (ilusión cuando me percibo adecuadamente pero adaptado a la realidad; o alucinación cuando la correspondencia con la realidad es completamente defectuosa); el segundo Juan es el que los demás creen que uno es pero no es (ilusión por parte de los demás); el tercer Juan es el real, el que uno verdaderamente es. Este último es el que se tiene que conocer.

Ortega y Gasset decía: De ser a llegar a ser es un espejismo. Por las razones de error de percepción, algunos filósofos niegan la capacidad de llegar al conocimiento de la verdad.

El Conocimiento verdadero es algo subjetivo-objetivo, es decir, tiene fundamento en la realidad y existe una adecuación entre lo que pienso

y esa realidad. Es al parecer lo más evidente y ordinario de la vida psíquica el decir: Esto es esto y no otra cosa. Con todo, es uno de los más misteriosos hechos del ser humano el hecho de llegar al conocimiento de algo. El conocimiento humano es el que logra a través del trabajo de la Razón humana.

Para la gran mayoría de los hombres los conocimientos sobre los más variados temas se acumulan de continuo, sin preocuparse nunca de analizar el proceso mismo que los hace posibles.

El sentido común NO dice que el mundo externo consta de cuerpos o sustancias, las cuales poseen determinadas cualidades y que, dichos cuerpos o sustancias, impresionan nuestros sentidos externos o los órganos sensoriales, que son instrumentos materiales al servicio de la mente o conciencia que conoce. Es el mismo conocimiento vulgar que todos poseen. El mismo que posee un científico y una persona rasa. Esta última tiene un conocimiento básico y burdo de la realidad. La diferencia es que el científico tiene la explicación del por qué ocurren las cosas. Da por sentado que la realidad existe, que puede ser captada por los sentidos y cuya esencia puede ser analizada por la mente.

Planteado inicialmente por Aristóteles, Santo Tomás lo define como una especie de acuerdo universal sobre las realidades elementales. Es algo que pertenece al subconsciente, que indica que algo es de una determinada forma, sin conocer en realidad cual es la razón para que así sea.

El Conocimiento científico, en cambio, se ocupa del objeto FORMAL de las cosas, es decir, por sus causas inmediatas o segundas.

El juez, por su parte, debe estar siempre buscando la verdad, para que el hecho real quede dibujado lo más exactamente posible en la verdad procesal.

No puede ser un simple títere de las pretensiones de las partes, por un principio de congruencia mal entendido.

El Profesor Villamil, en libro sobre Teoría Constitucional del Proceso, efectúa una disertación acerca del principio de la verdad procesal, el cual se puede resumir en los siguientes puntos:

Verdad ontológica: Verdad como realidad

Verdad lógica: Correspondencia del enunciado con la cosa definida

Verdad epistemológica: verdad en cuanto concebida por un intelecto y formulada en un juicio por un sujeto cognoscente.

Los medios probatorios son realidades utilizadas por el juez para reconstruir una realidad. Pero son indirectas. La Verdad procesal se encuentra disminuida por la imposibilidad real de verificación.

El hecho verdadero es una certeza subjetiva con un máximo grado de verosimilitud. La certeza judicial es una actitud intelectual mediante la cual el juez adhiere a una realidad dibujada en el proceso con los elementos probatorios.

Cuando la probabilidad matemática de la certeza de un hecho disminuye, se pasa a una presunción legal. Y si decrece aún más, se torna en indicio, grave o leve.

Respecto del Principio de congruencia, que es la necesaria armonía que debe existir entre la demanda y la sentencia en los procesos no penales y entre la resolución de acusación y la sentencia en los penales, se parte de la base de defensa del procesado, pues no lleva hechos o acusaciones no contempladas en la demanda inicial.

Pero esto no implica que deba desaparecer la presencia del juez como árbitro de la diferencia entre las partes, guiado por las normas respectivas. Por el contrario, aunque vivimos en una escuela exegética, el raciocinio del juez es el que hace prevalecer la equidad y la justicia, dentro del marco de esas normas, pero colocando el tinte humano a su actuación, que no debe ser la de un simple transcriptor de penas.

Un ejemplo de acción que desborda los límites de la congruencia es la Acción de Tutela, pues si el juez encuentra violado otro derecho fundamental diferente del invocado por el peticionario, debe conceder el amparo.

Se puede hablar de varias etapas en el complicado sistema del conocimiento:

Transformación de las sensaciones en percepciones.

Lo percibido es asociado con un nombre.

Varias percepciones se interrelacionan porque el proceso del pensamiento se combina con las operaciones de memorizar, recordar y reconocer.

Las percepciones tienen un denominador común.

Las percepciones crean o producen asociaciones directas, estas permiten comparar. Ej. Esta aula de clases tiene menos estudiantes que la otra aula de clases.

Las percepciones crean asociaciones indirectas. Ej. Si yo estuviera en la otra aula utilizaría una metodología diferente.

Las percepciones crean una especie de asociaciones objetivas. Ej. Este salón es más adecuado que el salón del otro curso.

Las percepciones generan asociaciones subjetivas. Ej. Hay más placer estar aquí que estar en la cárcel.

Las percepciones tienen un estímulo.

En la actividad del pensamiento se combinan las actividades emocionales, intelectuales y de la imaginación.

Por eso el juez debe averiguar, descubrir, quitar el velo de una realidad que está oculta. Especular es ver más allá de lo que perciben mis sentidos. Es razonar Tratar de interpretar, conocer algo.

Y en la búsqueda de la verdad y de la relación entre la verdad de los hechos y la verdad procesal como lo más coincidentes posible, el juez debe emplear la mayor parte de sus energías, dentro de los principios de celeridad, economía, imparcialidad, eficacia y debido proceso.

Verdad es la coincidencia entre un objeto y el concepto que de él se tiene en la mente.

Para los filósofos nominalistas, verdad es la identidad de un signo con otro. Para los realistas, la verdad lógica es la conformidad de la mente con la cosa.

Voltaire, en su célebre Diccionario Filosófico, dice:

“... podemos comparecer ante la Justicia por hechos o por palabras. Si comparecemos por hechos, es preciso que les conste a los jueces que son tan verdaderos como la pena a que condenan al culpable... es indispensable que (las probabilidades de certeza) nazcan del testimonio unánime de los deponentes que no tengan ningún interés en declarar. Con este concurso de probabilidades constituirá una opinión decidida, que podrá servir de excusa a la sentencia; pero como el juez no tendrá nunca completa certeza, no podrá jactarse de conocer perfectamente la verdad...”

El mismo Voltaire:

La verdad es una palabra abstracta que la mayoría de los hombres usan con indiferencia en sus libros y en sus fallos, por equivocación o por mentir.» Esta definición ha convencido a todos los inventores de sistemas; de este modo la palabra sabiduría se toma con frecuencia por locura y la palabra ingenio por tontería... Definimos la verdad humanamente hablando, esperando otra definición mejor, lo que se anuncia tal como es...

Las verdades históricas sólo son probabilidades...¿Cuántas veces necesitamos haberlo oído decir para formarnos una persuasión igual a la del hombre que, habiendo visto la cosa de que tratamos, puede jactarse de tener certidumbre de ella? El que oyó decir la misma cosa a

doce mil testigos oculares, no tiene más que doce mil probabilidades, equivalentes a una gran probabilidad, que nunca puede igualar a la certidumbre.

Si sólo sabéis la cosa de que se trata por uno de los testigos, haceos cuenta que no sabéis nada y que debéis dudar. Si el testigo murió, debéis dudar más todavía, porque nada podéis poner en claro. Si todos los testigos murieron, os encontráis en el mismo caso, y de generación en generación la duda aumenta, la probabilidad disminuye y muy pronto la probabilidad queda reducida a cero.

La verdad formal se ha tratado de ligar al proceso civil y la real al penal, porque se dice que en el primer caso se garantiza la imparcialidad del juez frente a los intereses individuales de las partes, mientras que en el segundo se intenta llegar hasta lo más recóndito de la verdad, a veces de manera autónoma por parte del juez e investigador, debido al interés público y general que este conlleva.

De cualquier forma, NO SIEMPRE LA VERDAD PROCESAL SE AJUSTA A LA VERDAD REAL. Por eso, el derecho constituye apenas un intento (El mejor hasta ahora conocido por la humanidad), para aproximarse a la realidad de los hechos humanos de acuerdo con versiones encontradas de quienes se encuentran en puntos opuestos, con el objeto de brindarle al Juez la oportunidad de decidir acerca de la verdad que más se parezca a la realidad objetiva.

El jurista debe obediencia ineludible al ordenamiento jurídico. Por consiguiente, cuando el jurista se encuentra en la función de servidor de la legalidad vigente como su aplicador, le debe obediencia irrestricta. Y lo debe hacer a pesar de que se aleje de la justicia o la equidad. Su criterio no puede sustituir a la norma. Por consiguiente no puede hacer crítica de la norma sino aplicación e interpretación de la norma para extraer la intención del legislador.

La jurisprudencia no es norma. Lo que hacen los altos juristas es interpretar la norma y darle la aplicación más adecuada a la misma y, en esta forma, sustentar su decisión. El jurista por lo tanto le debe

obediencia irrestricta a la norma, pues su función es ser guardián de la legislación. Recibe las normas, códigos, constitución, reglamentos, ordenes etc. Esa es la dogmática. Es algo que tiene que aceptar sin discutirlo porque es servidor del Estado de Derecho y su ordenamiento jurídico. Si cada jurista aplicara su propio criterio, habría inseguridad jurídica. Por lo tanto no puede modificarla. Si no aplica la norma y aplica su criterio, el juez está en el delito de prevaricato.

El que interpreta la Ley es el Congreso de la Republica en primera instancia. Segundo aquellos que por creación constitucional tienen esa función: Corte Constitucional que le hace un juicio a la ley para decir si está concordante con los principios constitucionales.

Lo que identifica toda clase de derecho es la noción esencial universal de lo jurídico. Es de la esencia del derecho. Constitutivo del derecho, no el logro de la justicia perfecta, sino la intención de la búsqueda de una mejor justicia. La intención de ser un derecho justo.

No es jurídico ningún hecho humano que no este considerado dentro del ordenamiento jurídico. Entonces, la noción esencial y universal de lo jurídico, dentro de la cual quepan todos los derechos que fueran, son y serán, es: La característica formal que lo hace vigente y valido. Tiene entonces vigencia y validez.

La verdad procesal es una verdad formal que ha pasado por numerosos filtros, a partir de la ocurrencia real de los hechos: Interpretación por quienes los sufrieron, análisis de quienes los observaron, deformación habitual a través del lenguaje e interpretación del juez para acercarse a la verdad.

Pero es lo que tenemos hasta ahora para aproximarnos a la verdad. Es forma imperfecta, sesgada, deformada. Pero es la única que permite que podamos vivir en sociedad.

CONCLUSIONES

La prueba crucial en el proceso es la declaración de un anesthesiólogo que acusa al cirujano encartado de haber faltado a las normas de asepsia y antisepsia en su conducta en el quirófano. Pero como bien lo expresa la defensa, su discurso tiene dos aristas importantes: la distancia en que se encontraba del sitio en donde supuestamente se produjo la ruptura de la barrera aséptica y el antecedente de rencillas personales entre los dos médicos enfrentados.

Se trata pues de un testimonio en contra de otro y en este caso prima el principio procesal de in dubio pro reo.

De otro lado, el enfrentamiento permanente entre los dos profesionales, convierte a su acusador en un declarante abiertamente hostil y falto de objetividad, lo cual resta veracidad a su testimonio.

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

RESUELVA

Artículo Primero. Revocar como en efecto revoca la decisión del Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia de sancionar al doctor C.M.B.I. **Artículo Segundo.** En su lugar declarar la ausencia de responsabilidad ético disciplinaria del mencionado profesional de la medicina. **Artículo Tercero.** Remitir el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. **Artículo Cuarto.** Contra la presente providencia no caben recursos. **COMUNIQUESE Y CUMPLASE**

FDO. FERNANDO GUZMAN MORA, Magistrado Ponente- Presidente; GERMAN PEÑA QUIÑONES, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, marzo dieciséis (16) del año dos mil diez (2010).

**SALA PLENA SESIÓN No.1035 DEL DIECISEIS (16)
DE MARZO DEL AÑO DOS MIL DIEZ (2010).**

REF: Proceso No. 1003 del Tribunal de Ética Médica de Antioquia

Contra: El Dr. A. A. H. N de P.

Denunciante: Sr. S.H.G.

Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora

Providencia No. 25-2010

HECHOS

El señor S.H.G. sufrió una lesión en su rodilla izquierda, como consecuencia de un accidente de trabajo cuando laboraba en la refinería de Ecopetrol de Barrancabermeja, en donde el 15 de diciembre de 2004, sufrió caída de casi dos metros de altura, con fractura de la mano derecha y lesión de la rodilla izquierda.

Es evaluado entonces por el ortopedista C. P., de la Clínica Las Vegas de la ciudad de Medellín el 3 de Marzo de 2005, sin obtener ninguna mejoría subjetiva por parte del paciente.

Es remitido a la correspondiente ARP, al Dr. A.H., para que le sea efectuada cirugía artroscópica el 31 de agosto de 2005.

De acuerdo con el quejoso, el Dr. A.A.H.N DE P. fue despectivo y hostil y el examen que le practicó al paciente fue superficial y rápido, luego de lo cual concluyó que era una lesión antigua de tipo patelo femoral.

El 11 de octubre de 2005 el paciente acudió al Centro de Fracturas y, al enterarse que la anestesia iba a ser de tipo regional (raquídea), solicitó al Dr. A.A.H.N DE P. se le aplicara anestesia general, a lo cual respondió el Dr. A.A.H.N DE P. que si no se encontraba conforme, se suspendía el procedimiento.

Por último, el ortopedista A.A.H.N DE P. operó la rodilla equivocada, pues las lesiones traumáticas habían ocurrido en el lado izquierdo y el Dr. A.A.H.N DE P. operó la rodilla derecha. El médico implicado a través de abogado defensor (Nelson Joany Alzate Gómez) y en alegatos precalificatorios, descarga su responsabilidad sobre el mismo paciente, aduciendo que es el enfermo quien debe señalar con un marcador oscuro el lado del cuerpo que será intervenido. Adicionalmente, culpa a la enfermera de haber cometido el error de marcar el lado a ser intervenido.

El paciente acudió a la Personería del Pueblo, Regional Antioquia, de donde se remite la queja al Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia.

El 2 de septiembre de 2008, el Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia decide elevar pliego de cargos en contra del Dr. A.A.H.N DE P.

Luego de los aportes probatorios de las partes, el Tribunal decide no aceptar los descargos del médico inculpado y lo condena a la sanción de CENSURA ESCRITA Y PUBLICA.

LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN Y APELACIÓN

El Abogado defensor del encartado interpone recurso de reposición ante el Tribunal Seccional de Ética Médica, con base en los siguientes argumentos:

1. El Dr. A.A.H.N DE P. no trasgredió ningún artículo de la Ley 23 de 1981, pues realizó todo lo que científica y éticamente le es exigido en la atención del paciente S. H. G .

2. El Dr. A.A.H.N DE P. sí examinó cuidadosamente al enfermo y corroboró el sitio que se encontraba afectado y que debía ser intervenido.
3. Asimismo, confrontó los hallazgos de su examen con los datos de la historia clínica previa del paciente.
4. Dice que el hecho de presentarse una inconsistencia respecto al lado de la extremidad evaluada, no puede ser fundamento para afirmar que se violaron los artículos 35 y 36 de la Ley 23 de 1981, que hablan sobre la historia clínica de los pacientes.
5. Afirma que quien indujo a error al médico acusado fue el mismo paciente, quien le expresó que la extremidad afectada era del lado derecho.
6. Acusa al tribunal seccional de no tener en cuenta pruebas obrantes en el proceso, particularmente el testimonio del acusado
7. Expresa que la pena impuesta es excesivamente severa
8. Menciona el artículo 55 de la Ley 23 de 1981, y con base en esto dice que las circunstancias del caso son excluyentes de responsabilidad.

El Tribunal de Primera Instancia contraargumenta que:

- A. Existen en el expediente numerosas referencias al lado lesionado en la humanidad del paciente H. G.
- B. En la historia clínica practicada por el Dr. A.A.H.N DE P. no hay referencia específica a la rodilla realmente lesionada por el accidente, incluyendo los reportes radiológicos previos
- C. La rodilla a ser intervenida era la del lado izquierdo y no la derecha.
- D. Por lo anterior, la historia clínica efectuada por el médico H.N. no fue veraz, completa ni ajustada a los hechos reales de las lesiones sufridas en el trabajo.
- E. El consentimiento informado demuestra que el lado que planeaba intervenir el cirujano A.A.H.N DE P. era el lado derecho, pues a

folio 2 de cuaderno 4 se encuentra expresamente la anotación Meniscopatía rodilla derecha.

- F. La inconsistencia en la historia clínica fue la causa del error en la intervención sobre el lado no afectado por el accidente.
- G. No es de recibo la afirmación de inducción a error por parte del mismo paciente.

Por lo anterior, se niega la reposición y se concede el recurso de apelación, el cual es respaldado por argumentos de la defensa en la siguiente forma:

- a. El Tribunal Seccional no valoró material probatorio que exime a su defendido de responsabilidad.
- b. El actuar del médico condenado en primera instancia se ajustó a las normas de la Lex Artis.
- c. Fue la conducta del paciente, señor S.H., la que indujo a error en la actuación el médico tratante.
- d. Que la simple colocación de la letra D (por lado derecho), no es suficiente para condenar al defendido por su equivocado acto médico.
- e. Que debe aplicarse la sana crítica en la valoración probatoria de los hechos que llegaron hasta este tribunal
- f. Habla de la ruptura del principio de confianza por parte del enfermo.
- g. Se desestima la afirmación permanente del paciente respecto del lado afectado, el cual siempre, según la defensa, fue referido como el lado derecho de su organismo.
- h. Insiste en que el tribunal seccional basa su decisión en meras especulaciones y apreciaciones subjetivas, que no se compadecen con la realidad probatoria.
- i. En este caso quien se expuso a riesgos injustificados fue el mismo paciente.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

Salta a la vista la protuberancia del error médico, cuando se encuentra que la rodilla previamente lesionada e intervenida por el primer ortopedista que llevó a cabo la cirugía en su fase más temprana, no fue la operada por el doctor H., quien se ampara al tratar de endilgar responsabilidad al mismo paciente, quien según él era quien debía orientar al cirujano respecto del lado del cuerpo a ser intervenido.

Curiosa interpretación fenomenológica de unos hechos que no tienen excusa de ninguna clase, por la magnitud del error médico cometido.

Los puntos de apoyo de la defensa en su apelación incluyen:

- a. EL MATERIAL PROBATORIO QUE EXIME DE RESPONSABILIDAD AL ACUSADO NO FUE VALORADO POR EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA.

Este argumento no es de recibo por esta superioridad, pues una de las características esenciales del acto operatorio es conocer a la perfección el lado a ser intervenido. Y existen en el proceso una serie de pruebas que no excusan la pésima interpretación dada por el ortopedista A.A.H.N DE P. respecto del lado a ser operado. Veamos:

1. Folio 204 del Cuaderno principal. Aquí expresa de manera cándida los siguientes argumentos: “...El paciente es quien es intervenido anteriormente. Si presentó dolores y molestias en una extremidad, las cuales son recurrentes y consultó en repetidas oportunidades; no voy a conocer y saber cual es la extremidad y el sitio en donde me duele...” Pues bien, el paciente siempre manifestó los sitios de molestia: La mano derecha y la rodilla izquierda.
2. Folio 6 del cuaderno 2. Se encuentra la Descripción quirúrgica del Dr. P., ortopedista del manejo inicial, en donde habla de meniscectomía lateral de rodilla izquierda (escrito meniscectomía lateral, rod I.)

3. Folio 7 cuaderno N 2. Se habla de artroscopia de rodilla izquierda
4. Folio 10 cuaderno 2 notas de enfermería. Se consigna “Artroscopia de rodilla izquierda”.
5. Folio 11 cuaderno 2. Insiste en Dolor en mano D y rodilla Izq
6. Folio 12 cuaderno 2. En el reporte de Salud ocupacional se habla claramente de “Golpe en mano derecha y en rodilla izquierda”.
7. Folios 2 y 4. El dr A.A.H.N DE P. comienza a caer en el error al anotar “meniscopatia de rodilla D”.
8. Folio 4. Encuentra en cirugía “menisco medial sano, sin lesiones visibles, menisco lateral sano”.
9. Folio 5 cuaderno 3. Relata Cx solo de artroscopia izquierda.
10. Cuaderno 4 folio 10. Al percatarse del error, se le dice que se debe programar cirugía del lado izquierdo.

Cuaderno 4 folio 13. Resonancia magnética de RODILLA IZQUIERDA el 29 de junio de 2005.

Cuaderno 5 folio 41. Se expresa: “...Paciente De 41 años de edad que tuvo trauma hace un mes y medio en rodilla izquierda. (pero se practicó resonancia magnética de rodilla derecha)...”

b. EL ACTUAR DEL MEDICO CONDENADO EN PRIMERA INSTANCIA SE AJUSTO A LAS NORMAS DE LA LEX ARTIS

Nada más lejano de la verdad. El Doctor H., quien dicho sea de paso, maltrató al paciente con una grosera actitud en todo momento exceptuando los controles postoperatorios, cuando tuvo conciencia del garrafal error que cometió, jamás se adecuó a las normas de la Lex Artis. Recordemos de que se trata este documento:

De las cuatro características principales que distinguen al acto médico (profesionalidad, ejecución típica, licitud y Lex Artis), la práctica de la medicina, mirada desde la Lex Artis merece un especial análisis,

por la sutileza de sus principios en un mundo científico en permanente cambio.

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

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

Dentro de la medicina existen actos de distinta complejidad. No es lo mismo un acto diagnóstico que uno quirúrgico. No es lo mismo formular un analgésico que practicar una transfusión sanguínea. Dentro de esta óptica, en la evaluación del acto médico, deben tenerse en consideración la mayor parte de variables que inciden en la consecución de un resultado, particularmente la complejidad del acto en sí, la gravedad del enfermo sobre quien se ejecuta el acto, la disponibilidad de recursos técnicos y humanos, y la preparación de quien ejerce.

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

No se puede apreciar con la misma severidad el concepto renacentista del denominado ‘pus laudable’ (diagnosticar una herida como ‘sana’ si se acompañaba de supuración), con un tratamiento con antibióticos modernos. Simultáneamente, no es justo comparar un acto quirúrgico que se ejerce de urgencia en una apartada región por un médico general que actúa bajo un estado de necesidad, y el que se practica al mismo tiempo en una clínica especializada de una de las principales ciudades del país, con todos los elementos técnicos a disposición del cirujano.

Si proyectamos el ejercicio médico hacia el futuro, es muy probable que, como decía el maestro Guillermo Fergusson, los médicos recuerden el uso de las drogas quimioterapéuticas que actualmente utilizamos para el tratamiento del cáncer con el mismo horror con que nosotros miramos el uso de aceite hirviendo en las heridas. Igualmente, las generaciones venideras contemplaran nuestros hoy tan admirados métodos de cirugía de corazón abierto, como una de las más salvajes agresiones al organismo de una persona. A pesar de todo, estos dos ejemplos constituyen la Lex Artis de hoy en el manejo de enfermedades muy específicas (cáncer y algunas afecciones cardíacas) y son la ‘excelencia’ del ejercicio médico actual para combatir sus efectos sobre estos enfermos.

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

La Lex Artis es experiencia, es estudio, es actualización periódica. Para abordar su esencia debemos ubicarnos en contextos históricos y sociales determinados. En medicina, se aprende de los casos clínicos,

de la investigación, del contacto con otros médicos y, sobre todo, de la experiencia críticamente dirigida, la cual llega a ser acumulativa. A este respecto expresaba el filósofo John Locke:

“[...] supongamos que la mente sea un papel en blanco, limpio de todo signo. ¿Cómo llega a tener ideas? ¿De dónde saca todo el material de la razón y del conocimiento, ese prodigioso cúmulo, esa variedad casi infinita, que la activa imaginación ha pintado en ella? Contesto con una sola palabra: de la experiencia. Este el fundamento de todo nuestro saber, que de ella deriva en última instancia.”

LA LEX ARTIS Y CIENCIA

La ciencia agrupa todos los conocimientos demostrables. El pensamiento científico ha hecho al ser humano capaz de transformar la naturaleza y la sociedad. Sus fundamentos históricos son ancestrales y sus conceptos, en constante evolución resisten el embate del tiempo. Según Descartes, los criterios de verdad quedan sujetos a la percepción clara y nítida de los objetos y los fenómenos: “*Illud omne esse verum quod valde clare et distincte perceptio*”. Y llamaba claro a aquel conocimiento presente en los espíritus atentos, y que es tan preciso que se diferencia de todas las demás cosas. Así, una idea es verdadera porque es clara y evidente a la razón. Pero, queda entendido, el conocimiento es desde esta óptica, subjetivo.

Si por conocimiento entendemos el conjunto de representaciones intelectuales sobre las cuales tenemos certeza de verdad, es necesario distinguir entre el conocimiento vulgar y el conocimiento científico. El primero simplemente conoce la cosa o el hecho, sin dar explicación ni razones metódicas. El segundo, en cambio, explica y razona sobre las cosas y los hechos conocidos y los expresa con cuidado para evitar errores. Las formas sistemáticas de conocimiento, o disciplinas intelectuales, pueden ser de tres tipos: humanísticas (el cultivo de la mente y los sentidos. Ej.: lógica, filosofía y arte); tecnológicas (acción sobre el medio ambiente para transformarlo); y científicas (explicación de la realidad para predecir su comportamiento).

La Ciencia es pues una forma coherente y sistemática de conocimiento que acepta y explica la realidad, predice su conducta y la controla. El ser humano trata de entender el mundo para cambiar la realidad circundante en su propio beneficio. El cuerpo de ideas obtenido después de probar la certeza del conocimiento constituye la ciencia, es decir, el conocimiento racional, sistemático, exacto y verificable. La ciencia busca construir explicaciones a partir de observaciones organizadas y logradas en condiciones reconocidas como validas. Su construcción intelectual se crea bajo situaciones históricas y sociales definidas. Las ciencias de la naturaleza y la sociedad se caracterizan por su racionalidad y su objetividad.

Esta racionalidad debe estar constituida por conceptos, juicios y raciocinios, y no por sensaciones, imágenes o pautas de conducta; sus ideas deben ser capaces de combinarse de acuerdo con algún conjunto de reglas lógicas, con el fin de producir nuevas ideas. Éstas, a su vez, no se pueden simplemente amontonar caótica o cronológicamente, sino que se organizan en sistemas de ideas, esto es, en conjuntos ordenados de proposiciones, que constituyen las teorías científicas.

De otro lado, el método científico es un procedimiento para describir condiciones en que se presentan sucesos específicos. Es la aplicación de la lógica a los hechos observados. A través de ella se plantean problemas, se prueban hipótesis e instrumentos de trabajo investigativo. Su interés se centra en determinar características, propiedades, relaciones y procesos en los hechos observados; es verificable; se puede someter a confrontación empírica; es relativo (sus afirmaciones pueden ser reformadas); es sistemático; es comunicable por medio de un lenguaje específico; es descriptivo, explicativo y predictivo.

El valor científico de una teoría no puede determinarse en relación con su aceptación por la mente humana o por la sociedad misma cuando ésta está inundada de creencias dogmáticas y supersticiones. Esto no quiere decir que la ciencia y el científico no deban ser modestos y humildes frente a la ignorancia de lo que aún no se conoce.

“[...] con casi cada nuevo logro científico, con cada solución hipotética de un problema científico, el número de problemas no resueltos aumenta: y así mismo aumenta el grado de su dificultad; de hecho, ambos aumentan a una velocidad superior a la que lo hacen las soluciones. Y sería correcto decir que mientras nuestro conocimiento hipotético es finito, nuestra ignorancia, nuestra creciente ignorancia es infinita.”

La tecnología es la aplicación de los conocimientos para resolver problemas humanos. Es el juego de procesos, herramientas, métodos, procedimientos y equipo que se utilizan para producir bienes y servicios. La tecnología hace suposiciones sobre los valores humanos de los productos materiales y la calidad de vida de trabajo, entre otras cosas. Existe una herencia del pasado en tecnología: El desarrollo del lenguaje, la domesticación de animales, la conservación de alimentos, el reloj mecánico, etc. El avance de la tecnología se ha denominado ‘determinismo tecnológico’.

La tecnología determina el curso de la sociedad. Sin embargo, no debemos ser simples usuarios de tecnología, sino administradores de tecnología, tomando decisiones inteligentes que evalúen el impacto de la tecnología sobre los seres humanos y el medio ambiente.

Por esta razón, cuando se habla de la medicina como una ciencia, es preciso considerar a la vez, una tecnología que le proporciona instrumentos y una ética que imprime carácter a su trabajo.

Todos los elementos, científico, tecnológico y ético, pueden compilarse en la Lex Artis, que valora la aplicación del conocimiento médico con los parámetros de la excelencia. Es evidente que para cada época han existido parámetros diferentes, dado el nivel de desarrollo científico alcanzado hasta ese momento. Con el paso del tiempo, unas ‘verdades’ van siendo reemplazadas por otras más firmes y el apoyo de la técnica o de la tecnología abre nuevos horizontes y permite la inauguración de nuevos métodos. Por esta razón algunos filósofos de la ciencia hablan ahora de la provisionalidad del conocimiento, de la falibilidad como principio y de la necesidad de generar, para esta epistemología anti-

dogmática, una ética que considere las implicaciones de los descubrimientos científicos y sus aplicaciones tecnológicas.

Así, la Lex Artis ad Hoc vendría alimentada por el componente ético, que a veces pretende dejarse por puertas con el argumento de que la ciencia debe ser éticamente neutra si se quiere evitar su estancamiento. Pero no sería una ética de viejo cuño, que sobre el hombro del científico esté susurrando a cada paso: “detente, es malo lo que haces, está prohibido por la naturaleza; va en contra de los principios establecidos por siempre.”

Sería una ética que considerara un valor absoluto: la honestidad. Y de él derivara todas sus consecuencias. Porque el médico honesto ‘sabe que no sabe’ o, en el mejor de los casos, ‘cuán poco sabe’. Y entiende que no es depositario de la verdad absoluta, de modo que únicamente el estudio perseverante y el esfuerzo en la práctica harán que la falibilidad se reduzca a su mínima expresión. Y es consciente de la necesidad de una crítica que ponga a prueba sus teorías; y si con la crítica y la discusión encuentra un error, humildemente estará en capacidad y en disposición de aceptarlo y superarlo. ¿Quién duda entonces que una postura ética así, con ese entronque socrático, que es a la vez epistemológico, no se harían mejores profesionales de la medicina?

RIESGOS DEL TRATAMIENTO Y LEX ARTIS

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

Los riesgos del tratamiento pueden ser: usuales o esperados y poco usuales o no esperados. Los primeros son los que pueden presentarse

como complicación del procedimiento en sí mismo. Los últimos constituyen complicaciones inesperadas. La Ley 23 de 1981 habla de la responsabilidad en caso de riesgo previsto (artículo 16):

“La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no ira más allá del riesgo previsto. El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados.”

Contando con el consentimiento del paciente, que previamente debe haber recibido toda la información necesaria, el médico está asumiendo junto al paciente un riesgo calculado al iniciar una terapia o una intervención quirúrgica y ese riesgo previsto, sólo gracias a su capacidad profesional, podrá ser superado con aproximación científica que únicamente habrán de variar circunstancias externas ajenas o internas del organismo enfermo. Una evaluación cuidadosa del paciente, en sus aspectos físico y emocional, de las condiciones del medio, del efecto estadístico probado de los medicamentos que piensan emplearse, sin olvidar jamás el auto examen sobre las condiciones personales y profesionales propias, son exigencias para el cálculo del riesgo terapéutico o quirúrgico. Un excelente cirujano, que por el acaecimiento de un suceso particular o por el transcurso del tiempo ve alteradas sus condiciones de motricidad fina, cometería una irresponsabilidad si no incluyera esa estimación del estado físico de su propia persona en la valoración del riesgo.

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

El médico no puede someter a su paciente a riesgos no relacionados con la enfermedad que lo aqueja, es decir diferentes a las condiciones patológicas por las cuales se lleva a cabo el acto terapéutico. Esto se contempla en la Ley 23 de 1981 (artículo 15): “El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados”.

LEX ARTIS Y ERROR MÉDICO

Es necesario mencionar el concepto de error médico. Éste puede evaluarse en dos aspectos: El que surge de simple ignorancia, en cuyo caso se deben examinar las condiciones que llevaron a su ocurrencia. Una de ellas es el denominado ‘estado de necesidad’, que obliga a intervenir a un paciente en estado de muerte inminente. Por ejemplo, el médico general en el área rural que debe intervenir el abdomen de un herido por arma de fuego en muy mal estado y que al ingresar a la cavidad abdominal pasa por alto alguna lesión de difícil diagnóstico intraoperatorio.

La otra es la ignorancia atrevida, como acontece en casos de otro médico general no calificado para intervenir cirugía ginecológica y que, movido por un afán puramente económico, se aventura en una operación que requiere de gran experiencia y en la que se produce una lesión en la paciente.

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

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

de interpretación y caminos de solución que dan lugar a una conducta errada.

En el plano jurídico el error es una falsa interpretación de la realidad y puede originarse en multitud de circunstancias:

- El conocimiento no se asimila a la estructura intelectual del individuo (impericia).
- Su aplicación práctica no se compagina con la realidad (imprudencia).
- Su utilización no sigue parámetros lógicos aceptados (negligencia).

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

En el plano jurídico, el error médico está constituido como entidad, por una constelación de datos, hechos, síntomas, pruebas y opiniones, que lo diferencian nítidamente del error común o vulgar que dan nacimiento a responsabilidad civil en otros términos. En efecto, si se esta convencido de estar viajando por una vía con prelación y por no detener el vehículo se choca con el que trae la vía, se debe responder por ese error y por el daño que del mismo se ha derivado; hay una norma que indica la prelación de vías y eso basta. O si equivocadamente se estima como preciosa una piedra brillante que se posee y, de buena fe, se vende a otra persona, se deberá responder por el error y resarcir de todo perjuicio a quien tomó la gema falsa creyendo en la palabra de quien la vendió; en este caso, el juicio falso produjo para el vendedor un provecho inmerecido. Estas son equivocaciones en las que un hombre diligente no incurriría en condiciones normales.

Pero un médico que trata de diagnosticar el mal que aqueja a su paciente: Debe siempre acertar, so pena de responder de su equivocación ? Habrá de constatarse no un hecho sencillo como los anteriormente enunciados, sino una constelación, un universo, un conjunto, una suma de signos y síntomas, de respuestas dadas por el paciente, de resultados de los exámenes de laboratorio, de datos suministrados por el estado actual de la ciencia, de información que objetivamente o subjetivamente se entrecruza para obtener, finalmente, una explicación o diagnóstico, que será apenas el punto de partida de una conducta a asumir, o pronóstico.

Y entre el abanico de posibles opciones, el médico tendrá que escoger la más acertada, como quiera que siempre habrá 'otra posibilidad' de interpretar esta realidad compleja. No siendo infalible, el médico puede cometer errores de apreciación, que lo conduzcan a un tratamiento equivocado. Véase, pues, como es diferente el resultado de un error de construcción intelectual, a una percepción simplemente equivocada del objeto. En el primero juegan, además de la corrección ontológica (adecuada percepción del objeto), la corrección lógica (adecuada construcción del raciocinio).

c. FUE LA CONDUCTA DEL PACIENTE LA QUE INDUJO A ERROR EN LA ACTUACIÓN DEL MÉDICO TRATANTE

Pobre argumento que trata de descargar la responsabilidad en el paciente, complicado por la cirugía previa que no produjo ningún alivio a su cuerpo accidentado y que insistía en todo momento que las lesiones eran de la mano derecha y de la rodilla izquierda.

O es que acaso no tuvo el médico en cuenta estas indicaciones y la apreciación de las huellas quirúrgicas previas en la anatomía externa del lado izquierdo de la extremidad inferior?

No se acepta este argumento por pobre, banal y absurdo.

- d. QUE LA SIMPLE COLOCACION DE LA LETRA D (POR LADO DERECHO), NO ES SUFICIENTE PARA CONDENAR AL DEFENDIDO POR SU EQUIVOCADO ACTO MEDICO.

Otro argumento de pobre asidero fáctico y científico, pues simplemente la letra D que colocó de manera errónea el cirujano tratante fue la que cambió el lado de la rodilla a intervenir y el curso de los acontecimientos en este lamentable caso.

- e. QUE DEBE APLICARSE LA SANA CRITICA EN LA VALORACIÓN PROBATORIA DE LOS HECHOS QUE LLEGARON A ESTE TRIBUNAL.

Hugo Alsina dice que *“Las reglas de la sana crítica, no son otras que las que prescribe la lógica y derivan de la experiencia, las primeras con carácter permanente y las segundas, variables en el tiempo y en el espacio.”*

Por su parte Couture define las reglas de la sana crítica como *“las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia.”*

Explayándose en el tema nos enseña que las reglas de la sana crítica configuran una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba. Las reglas de la sana crítica son, para él ante todo, *“las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de los casos. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión*

de la lógica y la experiencia sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento”.

Couture destaca la diferencia entre la sana crítica y la libre convicción pues este último es *“aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios de información que pueden ser fiscalizado por las partes. Dentro de este método el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba de autos”.* El juez -continúa- no está obligado a apoyarse en hechos probados, sino también en circunstancias que le consten aun por su saber privado; y *“no es menester, tampoco, que la construcción lógica sea perfecta y susceptible de ser controlada a posteriori; basta en esos casos con que el magistrado afirme que tiene la convicción moral de que los hechos han ocurrido de tal manera, sin que se vea en la necesidad de desarrollar lógicamente las razones que le conducen a la conclusión establecida”.*

Respecto de la relación entre la sana crítica y la lógica, Couture hace ver que las reglas de la sana crítica consisten en su sentido formal en una operación lógica. Existen algunos principios de lógica que no podrán ser nunca desoídos por el juez. Así, dice, nadie dudaría del error lógico de una sentencia en la cual se razonara de la siguiente manera: los testigos declaran que presenciaron un préstamo en monedas de oro; como las monedas de oro son iguales a las monedas de plata, condeno a devolver monedas de plata. Evidentemente, está infringido el principio lógico de identidad, según el cual una cosa solo es igual a sí misma. Las monedas de oro solo son iguales a las monedas de oro, y no a las monedas de plata. De la misma manera, habría error lógico en la sentencia que quebrantara el principio del tercero excluido, de falta de razón suficiente o el de contradicción. Pero -agrega- es evidente que la corrección lógica no basta para convalidar la sentencia. La elaboración del juez puede ser correcta en su sentido lógico formal

y la sentencia ser errónea. Por ejemplo, un fallo razona de la siguiente manera: todos los testigos de este pueblo son mentirosos; este testigo es de este pueblo; en consecuencia, ha dicho la verdad. El error lógico es manifiesto, pero desde el punto de vista jurídico la solución puede ser justa si el testigo realmente ha dicho la verdad. Pero puede ocurrir otra suposición inversa. Dice el juez: todos los testigos de este pueblo son mentirosos; este testigo es de este pueblo; en consecuencia es mentiroso. En este último supuesto los principios lógicos han sido respetados ya que el desenvolvimiento del silogismo ha sido correcto. Pero la sentencia sería injusta si hubiera fallado una de las premisas: si todos los hombres del pueblo no fueran mentirosos, o si el testigo no fuera hombre de ese pueblo.

Igual importancia asigna a los principios de la lógica y a las reglas de la experiencia en la tarea de valoración de la prueba ya que el juez no es una máquina de razonar, sino, esencialmente, un hombre que toma conocimiento del mundo que le rodea y le conoce a través de sus procesos sensibles e intelectuales. La sana crítica es, además de lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo hombre se sirve en la vida. Esas conclusiones no tienen la estrictez de los principios lógicos tradicionales, sino que son contingentes y variables con relación al tiempo y al lugar. El progreso de la ciencia está hecho de una serie de máximas de experiencia derogadas por otras más exactas; y aun frente a los principios de la lógica tradicional, la lógica moderna muestra cómo el pensamiento humano se halla en constante progreso en la manera de razonar. Lo anterior lo lleva a concluir que es necesario considerar en la valoración de la prueba el carácter forzosamente variable de la experiencia humana, tanto como la necesidad de mantener con el rigor posible los principios de lógica en que el derecho se apoya. Las llamadas *máximas de experiencia* Couture las define como “*normas de valor general, independientes del caso específico, pero como se extraen de la observación de lo que generalmente ocurre en numerosos casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de la misma especie*”.

Para Friedrich Stein, a quien se debe la introducción en el derecho procesal del concepto *máximas de experiencia*, estas “*son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos*”.

Calamendrei, por su parte, las define como aquellas “*...extraídas de su patrimonio intelectual (del juez) y de la conciencia pública...*” y destaca su utilidad pues “*las máximas de experiencia poseídas por él, por lo general, le servirán de premisa mayor para sus silogismos (por ejemplo, la máxima de que la edad avanzada produce en general un debilitamiento de la memoria, le hará considerar en concreto la deposición de un testigo viejo menos digna de crédito que la de un testigo todavía joven)*”.

Empero, cualquiera que sea el concepto que se dé sobre las máximas de la experiencia, es posible encontrar ciertos elementos que les son comunes y tales son, según un autor los siguientes: 1° Son juicios, esto es, valoraciones que no están referidas a los hechos que son materia del proceso, sino que poseen un contenido general. Tienen un valor propio e independiente, lo que permite darle a la valoración un carácter lógico; 2° Estos juicios tienen vida propia, se generan de hechos particulares y reiterativos, se nutren de la vida en sociedad, aflorando por el proceso inductivo del juez que los aplica; 3° No nacen ni fenecen con los hechos, sino que se prolongan más allá de los mismos, y van a tener validez para otros nuevos; 4° Son razones inductivas acreditadas en la regularidad o normalidad de la vida, y, por lo mismo, implican una regla, susceptible de ser utilizada por el juez para un hecho similar; 5° Las máximas carecen de universalidad. Están restringidas al medio físico en que actúa el juez, puesto que ellas nacen de las relaciones de la vida y comprenden todo lo que el juez tenga como experiencia propia.

Digamos, finalmente, que por sus propias características a las máximas de experiencia no les rige la prohibición común de no admitir

otros hechos que los probados en el juicio. La máxima *quod non est in actis non est in mundo* no es aplicable totalmente a ellas ya que implicaría rechazar juicios o razones que por su generalidad, notoriedad, reiteración y permanencia en el tiempo se tienen generalmente por aceptados por la sociedad.

Nuestros tribunales se han pronunciado en forma bastante uniforme sobre qué debe entenderse por sana crítica. Así, han sostenido: *“Que, según la doctrina, la ‘sana crítica’, es aquella que nos conduce al descubrimiento de la verdad por los medios que aconseja la razón y el criterio racional, puesto en juicio. De acuerdo con su acepción gramatical puede decirse que es el analizar sinceramente y sin malicia las opiniones expuestas acerca de cualquier asunto”*

Otra sentencia dijo: *“Que en conciencia, significa, según el Diccionario de la Lengua Española, arreglado a la conciencia, es decir, con arreglo al conocimiento interior del bien que debemos hacer y del mal que debemos evitar, términos que en el lenguaje vulgar significan lo mismo; pues cuando se apela a la conciencia de una persona o se le dice que proceda en conciencia, se invoca un noble sentimiento que se ejerce para hacer el bien y para evitar el mal, que es el primer principio de moral;... Que en manera alguna la ley ha querido, con entregar la apreciación de las pruebas a la conciencia, dejarlas al azar, al capricho o a la arbitrariedad. El concepto de la conciencia no es nuevo en las leyes y siempre ha tenido la acepción de una regla de bondad y de justicia y no de maldad o abuso... Cuando la ley habla de que se proceda discrecionalmente o con prudente criterio, tampoco abre las puertas al desorden y a la licencia, ni se hacía esto conforme a las viejas fórmulas ‘según su leal saber y entender’ o ‘a verdad sabida y buena fe guardada’, que siempre han impulsado a tener la voluntad firme y constante de dar a cada uno lo que le pertenece”*.

En resumen *“...en el sistema de la sana crítica, el tribunal debe asesorarse por sus conocimientos técnicos, su experiencia personal, la lógica, el sentido común, el buen juicio, y la recta intención.*

De lo afirmado por la doctrina, jurisprudencia y normas legales sobre la sana crítica podemos extraer varias cosas.

Lo primero es que el sistema de la sana crítica solo se refiere a la “valoración de la prueba”, luego es claro que esa fórmula legal mantiene subsistentes, vigentes, en la respectiva materia, las demás normas sustantivas probatorias, denominadas reglas reguladoras de la prueba como las que señalan cuáles son los medios de prueba, las que establecen su admisibilidad, la forma de rendir la prueba o las que distribuyen el peso de ella. Disponiendo la ley que el juez apreciará la prueba en conciencia, debe este, sin embargo, respetar estas otras normas reguladoras que nada tienen que ver con su apreciación.

En segundo lugar el concepto mismo de sana crítica se ha ido decantando sustancialmente a través del tiempo, no habiendo hoy en día prácticamente discusión en cuanto a que son dos fundamentalmente los elementos que la componen: i) *la lógica* con sus principios de identidad (una cosa solo puede ser igual a sí misma); de contradicción (una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias entre sí); de razón suficiente (las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia); del tercero excluido (si una cosa únicamente puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a las dos precedentes) y ii) *las máximas de experiencia* o “reglas de la vida”, a las que el juzgador consciente o inconscientemente recurre, ya tratadas. A ello agregaríamos iii) *los conocimientos científicamente afianzados* (según exigen los preceptos legales nacionales citados), y iv) *la obligación de fundamentar la sentencia*, rasgo que distingue a este sistema de la libre ó íntima convicción, que luego analizaremos.

De manera que el juez llamado a valorar la prueba en conciencia no tiene libertad para valorar, sino que debe atenerse en su labor de sentenciador necesariamente, por lo menos, a los dos primeros referentes. Si no los respeta se abre paso a la arbitrariedad judicial y a la incertidumbre de las partes que son las principales objeciones a este sistema de la sana crítica. En efecto se dice que existe “*peligro de la*

arbitrariedad, de que no puede preverse el resultado del proceso ni tenerse una seguridad probatoria, y de que una incógnita (la sentencia) queda dependiendo de otra incógnita (la convicción íntima)”, y lleva la incertidumbre a las partes que intervienen en el proceso; pues, con el sistema tarifario, cada parte conocerá de antemano el valor de la prueba que va a aportar al proceso.

Otro aspecto relevante es que lo que informa o inspira la sana crítica es la racionalidad. La apreciación o persuasión en este sistema debe ser racional, lo que la diferencia totalmente del convencimiento que resulta del sentimentalismo, de la emotividad, de la impresión. Los razonamientos que haga el juez deben encadenarse de tal manera que conduzcan sin violencia, “sin salto brusco”, a la conclusión establecida y sus juicios deben ser susceptibles de confrontación con las normas de la razón.

f. HABLA DE LA RUPTURA DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA POR PARTE DEL ENFERMO.

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

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

La medicina es por esencia una carrera humanística y de servicio. Su definición se encuentra consagrada en la Ley de Ética Médica, que dice en su artículo 1, parágrafo 1:

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

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

Para que el ejercicio médico se encuentre dentro de la ley debe poseer toda una serie de requisitos. La Ley 14 de 1962 define el ejercicio de la medicina y la cirugía como:

“[...] la aplicación de medios y conocimientos para el examen, diagnóstico, prevención, tratamiento y curación de las enfermedades, así como para la rehabilitación de las deficiencias o defectos ya sean físicos, mentales o de otro orden que afecten a las personas o que se relacionen con su desarrollo y bienestar.”

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

Solamente pueden ejercer la medicina los profesionales universitarios graduados en facultades reconocidas por la ley colombiana o aquellos graduados en el extranjero y cuyo título sea revalidado ante las autoridades del país. La misma Ley 23 de 1981 lo especifica en su artículo 46:

“Para ejercer la profesión de médico se requiere:

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

Las facultades de medicina legalmente reconocidas que determinen el grado de cada médico, deben reportarlo ante el gobierno con todos los datos necesarios (Decreto 1465 de 1992). Además, de acuerdo con el Decreto 3380 de 1981, en su artículo 27:

“El Ministerio de Salud, expedirá a cada médico una tarjeta profesional que acredite su calidad de tal y que lo autoriza para el ejercicio legal de la profesión en todo el territorio de la República de Colombia.”

En nuestro país se especifica que la medicina la pueden ejercer, además de los graduados universitarios colombianos, quienes hayan obtenido su grado en países con los cuales existan tratados o convenios sobre reciprocidad de títulos universitarios, los colombianos graduados en el exterior en facultades reconocidas por la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina y los extranjeros que obtengan la autorización para ejercer por parte del gobierno colombiano. En la misma forma, se autoriza permiso transitorio a profesores de reconocido prestigio internacional de paso por el país (previa solicitud de alguna sociedad o institución científica reconocida) y a personal extranjero contratado para investigaciones o funciones específicas.

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

El médico deberá emplear solamente aquellos métodos aceptados por la profesión y la sociedad con base en la Lex Artis (6). Quien no lo hace así, contraviene la Ley 23 de 1981, en su artículo 12):

“El médico solamente empleará medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas.”

¿Cuáles son estas instituciones? (Decreto 3380 de 1981, artículo 8)

“Para los efectos del artículo 12 de la Ley 23 de 1981, las instituciones científicas legalmente reconocidas comprenden:

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

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

Se considera en este capítulo la conducta del profesional de la medicina, acreditado con título universitario. Porque otro caso es el del lego que, debido a las circunstancias del lugar y el modo, se ve forzado a echar mano de sus nociones o informaciones y conocimientos empí-

ricos, para prestar ayuda en un intento por curar. Tal es el caso de la persona sin estudios formales en medicina, que ante la situación de inminencia de muerte de un semejante se ve obligado a actuar de alguna forma para salvarle la vida, constituyéndose en esta forma el típico estado de necesidad.

Ahora bien, el artículo 7 de la Ley 23 de 1981, en su literal a), excusa al médico de la obligación general de prestar asistencia, cuando “el caso no corresponda a su especialidad”. Esto es comprensible, según lo hemos visto, porque aun cuando se posea un título universitario que lo autorice a ejercer sin restricciones, su sentido ético le indicará muchas veces que, debido a las especiales circunstancias del caso, hará mejor en remitir al paciente a un colega que domine el campo específico. El mundo actual ha contemplado un avance de la ciencia que ha impuesto los ‘especialismos’ de que hablaba Ortega y Gasset, y así un hombre de ciencia “conoce muy bien su porciúncula del universo”, pero siendo honesto, debe confesar que tratándose de dominios de saber que pertenecen a otros, su conocimiento en esos campos es restringido.

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

Como puede inferirse, no basta con exhibir un título genérico de idoneidad, cuando las circunstancias habrían ameritado y permitido que el paciente fuera puesto en manos de un especialista. A contrario sensu, puede descartarse sin mayor análisis la pretensa responsabilidad de quien, en situación crítica, no ha tenido más alternativa y ha debido aceptar el reto que la enfermedad o la muerte de su semejante le imponen, consciente de su poco saber o experiencia. Esta excepción al deber general de cuidado interno, funciona exclusivamente como eso: como excepción.

Mal puede entonces achacar la ruptura del principio de confianza al paciente, cuando es el profesional médico quien debe responder por esta, precisamente debido a su posición de conocimiento, a su autoridad científica y a la posición de garante de su propio paciente

- g. SEGUN LA DEFENSA, SE DESESTIMA LA AFIRMACION DEL PACIENTE RESPECTO DEL LADO AFECTADO, EL CUAL SIEMPRE, FUE REFERIDO EN EL LADO DERECHO DE SU ORGANISMO

Tampoco es cierto y remitimos al numeral a de esta providencia, en las consideraciones del Tribunal Nacional de Ética Médica

- h. INSISTE EN QUE EL TRIBUNAL SECCIONAL BASA SU DECISION EN MERAS ESPECULACIONES Y APRECIACIONES SUBJETIVAS QUE NO SE COMPADECEN CON LA REALIDAD PROBATORIA

Paupérrimo argumento de la defensa. La prueba reina de tipo objetivo es que se intervino el lado equivocado del organismo del paciente. Cuales vendrían a ser las especulaciones y suposiciones del tribunal de primera instancia al respecto?

- i. EN ESTE CASO QUIEN SE EXPUSO A RIESGOS INJUSTIFICADOS FUE EL MISMO PACIENTE

El material probatorio y las notas de historia consignadas en el proceso son totalmente contrarias a esta absurda observación.

Son suficientes las consideraciones anteriores para que el TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA, en uso de las facultades concedidas por la Ley

RESUELVA

Artículo Primero: CONFIRMAR como en efecto confirma la sanción de Censura Escrita y Pública que impuso el Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia al doctor A.A.H.N DE P., aunque considera

que la sanción fue excesivamente benévola. **Artículo Segundo.** Envíese el expediente al Tribunal de origen para lo pertinente. **NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.**

FDO. FERNANDO GUZMÁN MORA, Presidente- Magistrado Ponente; LUIS ALBERTO BLANCO RUBIO, Magistrado; EFRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado, GERMAN PEÑA QUIÑONES, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, junio doce (12) del año dos mil doce (2012).

**SALA PLENA SESIÓN No. 1134 DEL DOCE (12) DE
JUNIO DEL AÑO DOS MIL DOCE (2012)**

REF: Proceso No. 1625 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia

Contra: Doctor L.G.C.L.

Denunciante: Señor J.M.G.M y P.A.V.L.

Asunto: RECURSO DE APELACIÓN CONTRA
CENSURA ESCRITA Y PÚBLICA

Providencia: No. 45-2012

Magistrado ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora

VISTOS

El 14 de febrero de 2012, la Sala Plena del Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia decidió no aceptar los descargos rendidos por el doctor L.G.C.L. , identificado con cédula de ciudadanía número ... , médico general egresado de la Universidad CES en 1991 y especialista en ortopedia y cirugía de la mano, con Registro Médico número ... y lo sancionó con CENSURA ESCRITA Y PUBLICA.

El abogado defensor del condenado, dentro de términos, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia siendo concedida por el juez ac quo. Los cinco cuadernos que contienen el proceso fueron recibidos en el Tribunal Nacional de Ética Médica el 23 de abril de 2012. Puesto para reparto correspondió por sorteo al Magistrado Doctor FERNANDO GUZMÁN MORA, quien procede a resolver el recurso con base en los siguientes:

HECHOS

La niña M.G.V. de un año de edad presentaba desde los dos meses de nacida un dedo en gatillo en el dedo meñique derecho, motivo por el cual los padres J.M.G.M. y P.A.V.O. la llevaron donde el cirujano L.G.C.L. , quien la programó para liberación de dedo en gatillo y tenolisis de los flexores del dedo.

La intervención se efectuó el día 27 de febrero de 2009 y el ortopedista intervino equivocadamente el dedo pulgar en lugar del meñique. El cirujano admitió su error en el postoperatorio inmediato y reintervino a la niña en el dedo afectado. Posteriormente afirmó que sí presentaba dedos en gatillo, tanto del pulgar como del meñique de la misma mano, por lo que procedió a la intervención doble.

Además arguyó en su favor que se había presentado una situación de urgencia en los quirófanos de la institución, así como en la atención de otro paciente, lo que motivó dispersión en la atención de manera general. Además esgrimió el argumento de haber sido todo el equipo quirúrgico el que permitió cometer el error, por no haber caído en cuenta y haber advertido al médico C. el dedo exacto a intervenir.

PIEZAS PROCESALES

- Queja presentada por el doctor ELIUD BEDOYA MARIN, apoderado de los padres de la menor M.G.V.
- Ratificación de la queja por parte de la señora A.V.O., madre de la menor
- Testimonio de la instrumentadora ALEJANDRA MILENA RENDON GUTIERREZ
- Testimonio de la enfermera jefe PAULA ANDREA ECHEVERRY ZAPATA
- Testimonio de la doctora M.P.T.T.
- Testimonio de la auxiliar de enfermería LESLY LOPERA POSADA
- Copia de la historia clínica elaborada por el médico encartado

- Copia de la historia clínica elaborada en la Clínica Soma de Medellín
- Varios artículos en inglés sobre la fisiopatología y manejo del dedo en gatillo

Con las anteriores pruebas, el Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia llegó al convencimiento del error conceptual y fáctico cometido por el cirujano L.G.C.L. , quien en todas las formas trató de justificar su actuación sin lograr desvirtuar los cargos endilgados por violación en los artículos 10 y 15 de la Ley 23 de 1981 y del artículo 9 del Decreto reglamentario 3380 de la misma ley.

Con base en lo anterior procedió a sancionar al galeno investigado con CENSURA ESCRITA Y PUBLICA.

El abogado HAROLD MAURICIO HERNANDEZ BELTRAN, identificado con la Tarjeta Profesional número 99.819 del HCS Jud, interpuso entonces recurso de apelación en contra de la providencia condenatoria, basando su inconformidad en los siguientes argumentos:

1. Por el simple hecho de someter a la paciente a una segunda intervención no se la expuso a riesgos innecesarios
2. El hecho de haber admitido el error operatorio y de haber solicitado verbalmente el consentimiento para la segunda intervención hace ilógico e incongruente el argumento anterior
3. Un segundo acto anestésico, por la seguridad de los medicamentos utilizados en el proceso anestésico, son seguros y no implican un riesgo adicional

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

1. EL CONCEPTO DE RIESGO EN MEDICINA

Cualquier tratamiento médico y quirúrgico es potencial causa de daño a la integridad del paciente. Ni la efectiva y humilde aspirina escapa a

esta afirmación, pues ella puede producir la activación de una úlcera gástrica que lleve a hemorragia masiva, o puede ocasionar una reacción orgánica letal en algunos niños, que se conoce como el síndrome de Reyé. Su ingesta excesiva es la principal causa de intoxicación en niños, en quienes produce una severa acidosis metabólica.

Ni qué decir de los actos intervencionistas sobre el enfermo. La radioterapia para el cáncer ocasiona con frecuencia lesiones en órganos vecinos al comprometido por el tumor. Los métodos diagnósticos radiológicos que utilizan medios de contraste, pueden ocasionar la muerte en un paciente por reacción alérgica aguda debido a idiosincrasia de la persona. La cirugía, al ser el método terapéutico agresivo por excelencia, puede ocasionar complicaciones que le son propias y que pueden ser causa de muerte de quien ha sido sometido incluso a intervenciones menores.

Todo acto médico tiene un fundamento humano y científico. La medicina, como parte de las ciencias de la naturaleza y la sociedad se caracteriza por su racionalidad y su objetividad. Esta racionalidad está constituida por conceptos, juicios y raciocinios, y no solamente por sensaciones, imágenes o pautas estereotipadas de conducta; sus ideas son capaces de combinarse de acuerdo con algún conjunto de reglas lógicas, con el fin de producir nuevas ideas. Éstas, a su vez, no se amontonan caótica o cronológicamente, sino que se organizan en sistemas de ideas, esto es, en conjuntos ordenados de proposiciones (teorías).

En toda consulta, análisis, diagnóstico, opinión, interconsulta, junta médica, investigación, publicación o procedimiento especial, el médico aplica el método científico. Es decir, aquel procedimiento para descubrir las condiciones en que se presentan sucesos específicos, aplicando la lógica a los hechos observados. A través de este mecanismo se plantean problemas, se prueban hipótesis e instrumentos de trabajo investigativo. Aunque no lo haga de manera consciente, el médico aplica en forma permanente sus conocimientos de estadística. Juega con leyes de probabilidades, estudia variables, analiza su interdependencia y relación, en fin, convierte el oficio en profesión y el arte en ciencia. Esta es la diferencia con los empíricos.

Cualquier miembro de la sociedad que acuda a otro en búsqueda de diagnóstico, tratamiento, pronóstico y recomendaciones que vayan a incidir sobre su cuerpo y su salud, se está convirtiendo en un paciente. Y quien ejerza su conocimiento buscando satisfacer esta petición está ejerciendo como médico. Si partimos de las definiciones previas, cuando quien actúa como médico es una persona calificada por la sociedad como idónea para ejercer la profesión, se cumplen los requisitos legales que hacen del acto un contrato legal y una relación profesional y ética, con todas sus consecuencias sociales. Si el acto médico puede solamente ser ejercido por el profesional universitario legalmente reconocido, cualquiera que practique actividades de diagnóstico, pronóstico, tratamiento, rehabilitación o similares, está ejerciendo la medicina en forma ilegal.

Esto quiere decir que la práctica de un acto médico debe estar respaldada por el ejercicio legítimo de un derecho y el cumplimiento de un deber por parte del profesional médico debidamente graduado y habilitado por la legislación nacional, en beneficio del paciente. Como todo acto médico implica un riesgo, para que este riesgo no sea considerado una agresión, su finalidad debe ser de ayuda al organismo enfermo y debe basarse en ciertas normas: licitud, ejecución típica, seguimiento de normas científicas universalmente aceptadas y profesionalismo.

De acuerdo con Jackobs: “un comportamiento que genera un riesgo permitido se considera socialmente normal; por lo tanto, los comportamientos que crean un riesgo permitido no son comportamientos que hayan de ser justificados.”

El Estado se encarga, entonces, de dar el espaldarazo a la decisión de la comunidad y acepta al médico como un integrante que, lejos de ser peligroso, es benéfico para la sociedad. Obviamente se regula su actividad y se le exige un nivel de competencia que el mismo Estado certifica (título universitario); pero una vez que el médico se encuentra ejerciendo legalmente, su actividad queda regulada en esencia por su criterio personal y profesional.

Por ser sumamente ilustrativo, se puede citar de nuevo al profesor alemán: "... desde luego hay ámbitos jurídicos - algunos de ellos con potencial de peligro - en los que no es necesaria una regulación jurídica, porque puede obtenerse un alto estándar de seguridad de otra forma, por ejemplo, planteando exigencias especiales respecto de la formación de quienes actúan en ellos, como sucede en el ámbito médico.

En la mayoría de los casos, probablemente concurren además otras razones a la hora de renunciar a una regulación: tomando de nuevo como ejemplo el ámbito médico, la necesidad de un alto grado de individualización sólo permitiría establecer regulaciones a tal nivel de abstracción que acabarían siendo carentes de contenido. Además, tampoco es conveniente fijar legalmente un estándar en aquellos casos, como - de nuevo - en el campo de la medicina, en los que se produce una evolución permanente. Por ello, la regla profesional reconocida, *lex artis*, sustituye en estos ámbitos al precepto jurídico."

De esta manera se explica que el riesgo inherente al acto médico, sea asumido como normal por el paciente y no por el mismo médico quien, dicho de paso, debe calcularlo con precisión, con el fin de no exponer al paciente a un peligro mayor del necesario. Si traspasa este límite previsto, estaría obrando culpablemente.

2. CONSENTIMIENTO PARA EL RIESGO

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

El médico tiene la obligación de mantener al paciente permanentemente informado y la información debe ser completa y precisa, siempre que sea posible darla. Habrá eventos en los cuales el médico, según prudente juicio, mejor deba abstenerse de dar una información que lleve al paciente a un estado físico o mental peor de aquel en que se

encuentra. Pero si necesita la autorización del enfermo o de sus familiares para proceder clínicamente, esta en la obligación insoslayable de advertir el riesgo previsto, so pena de responder por él (artículo 16, Ley 23 de 1981).

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

Incluso, como se ha recordado por la Corte Constitucional, cuando esas decisiones “se toman de manera imprudente o en perjuicio de la salud. Esta perspectiva considera peligrosa la posibilidad de reservar un derecho de intervención en aquellos eventos en los cuales el médico piensa que el paciente ha tomado la opción equivocada. El principio de autonomía permanece incólume aun cuando la persona elige de manera consciente un camino que no conduce al beneficio de su mejor interés. Esto es lo que en filosofía se conoce como ‘voluntad débil’. El derecho de los fumadores, por ejemplo, se funda en este tipo de justificación. No obstante la certeza del mal que produce el consumo del cigarrillo, se supone que el valor de la autonomía está por encima del perjuicio que pueda derivarse de la opción escogida.” (Sentencia T- 401/94).

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

“[...] cuando no se trate de casos de urgencia, el médico podrá excusarse de asistir a un enfermo o interrumpir la prestación de sus servicios, en razón de los siguientes motivos: [...] c) que el enfermo rehúse cumplir las indicaciones prescritas.”

En la órbita penal hay necesidad de hacer una aclaración: no hay delito en atentar contra sí mismo, contra su salud o contra su propia vida. El reconocimiento del principio de autonomía ha sido permanente en el derecho penal, que solamente castiga los comportamientos que atenten contra otra persona o contra la sociedad. El artículo 327 castiga la inducción o la ayuda al suicidio que ‘otro’ preste al suicida, quien (dicho sea de paso) actuará según su designio, sin miedo a la sentencia del juez. Pero el médico que lo induzca o que le preste ayuda será castigado con prisión de dos a seis años.

Obviamente, el principio de autonomía del paciente tiene un límite: el del actuar ético del médico, que ha jurado servir a la humanidad respetando la Ley. Por ello, cualquier determinación del paciente, por más ‘libre y autónoma’ que se pretenda, no obliga a un profesional que considere esta decisión absurda o contraproducente. Secundar al enfermo en su irresponsabilidad es participar conscientemente del daño que esa decisión pueda producirle.

3. PREVISIÓN Y TOMA DE DECISIONES

Prever es la capacidad, por parte de un ser humano de cultura, educación e inteligencia promedio, de pronosticar un resultado futuro aproximado cuando se efectúa una acción. Es anticipar un resultado posible, efectuando un pronóstico en relación con una conducta. Desde el punto de vista del ejercicio médico, la capacidad de prever razonablemente se juzga de acuerdo con lo que hubiese hecho un médico de similares características, educación y altura académica de la que posee aquel que ocasiona un daño. Lo anterior, se debe a los diferentes grados de complejidad que pueden conllevar los actos médicos, cuya naturaleza hace imposible asimilar la previsión a la de un ser humano ‘normal’, o incluso poner en la misma escala a sujetos con diferentes especialidades.

Y si bien es cierto que a mayor cantidad y calidad de estudios y especialidades, debe exigirse un mayor cuidado, no se puede llegar al extremo de suponer la previsibilidad del ciento por ciento de las posibilidades, por razones obvias: En el cuerpo humano y en la acción terapéutica siempre está presente, de una u otra forma, el azar. La medicina no es una ciencia exacta, y no todos los pacientes responden de idéntica manera.

De otro lado, prevenir es tomar todas las disposiciones necesarias para que un resultado dañoso no tenga efecto. La toma de decisiones es la selección de un curso de acción entre alternativas. Constituye entonces el eje de la planeación.

El proceso que conduce a la toma de una decisión incluye:

1. Elaboración de premisas. Basada racionalmente, entendiendo las alternativas y con el franco deseo de llegar a soluciones. La racionalidad se limita por factores como tiempo, información y certeza.
2. Identificación de alternativas. Se basa en la más correcta información y en la ayuda de los subalternos e iguales. Factor limitante a estas alternativas es aquello que se opone al logro de un objetivo deseado. Una vez superado, se puede seleccionar el mejor curso de acción.
3. Evaluación de alternativas. Debe hacerse a la luz de factores cuantitativos (medibles) y cualitativos (intangibles). También debe tenerse en cuenta al análisis marginal (ingresos adicionales vs. costos adicionales) y la relación costo-beneficio.
4. Selección de una alternativa. Para esto se puede utilizar la experiencia (bien entendida como el aprovechamiento de las lecciones del éxito y el fracaso), la experimentación (que tiene peligros por sus costos) y la investigación analítica (utilizando el método científico y el desarrollo de modelos).

Las decisiones pueden ser programadas, cuando aplican a problemas de rutina o estructurados; y no programadas, para situaciones nuevas,

mal definidas y de naturaleza no repetitiva. Las decisiones en condiciones de incertidumbre se pueden enfocar como:

1. Análisis de riesgos, basados en la opinión de los especialistas del grupo tratante.
2. Árboles de decisión, que evalúan los puntos de decisión, los acontecimientos fortuitos y las probabilidades existentes, con lo cual se pueden evaluar las alternativas principales, mostrando los aspectos críticos y un proceso de razonamiento lógico en la decisión.

Como se aprecia, la toma de decisiones es un proceso intelectual complicado, que debe juzgarse a la luz de cada caso individual, atendiendo a la norma de excelencia del momento y a la teoría de probabilidades respectiva.

4. RIESGO Y ESTADÍSTICA EN MEDICINA

La estadística es el conjunto de técnicas a través de las cuales se recogen, ordenan y analizan datos cuantitativos, con el objeto de tomar decisiones. Ej.: porcentaje de muerte en pacientes con infarto agudo del miocardio que no reciben tratamiento hospitalario; meses de supervivencia luego de quimioterapia con la droga 'x' en pacientes con linfoma estado IV; incidencia de leucemias en personas mayores de 15 años con síndrome de Down; etc.

La inferencia estadística se refiere a los métodos mediante los cuales se toman decisiones sobre una población, basados en muestras. Estas decisiones se toman en condiciones de incertidumbre y, por lo tanto, se requiere del uso de los conceptos de probabilidad. Ej.: de una muestra de 100 individuos entre los 25 y 30 años en una población de Nariño, se encuentra que 30 de ellos presentan gastritis crónica atrófica con metaplasia intestinal, lo cual los predispone a la aparición de cáncer gástrico. De los 30, nueve desarrollan un tumor maligno en el curso de los siguientes diez años. Por lo tanto, se concluye que en esa población existe un altísimo riesgo de cáncer del estómago y por lo tanto se decreta una búsqueda masiva de tumores incipientes mediante endoscopia gástrica en toda la población mayor de 20 años.

Los métodos estadísticos son variables. Los pertenecientes a la ‘estadística clásica’ efectúan inferencias a partir de datos numéricos, sin ningún tipo de opinión personal del analista. Ej.: Los pacientes con distrofia muscular de tipo Duchenne, mueren antes de los 25 años sin importar el tratamiento que se instaure.

En cambio, el análisis bayesiano involucra el juicio del especialista y estudia los resultados posibles, basado en alternativas. Ej.: se encontró en la ciudad de Edimburgo (Escocia), que cada drogadicto con heroína le costaba al país una cantidad X de dinero, debido a las complicaciones de la inyección de estimulantes endovenosos con agujas contaminadas, que infectaban su organismo y, particularmente, una de las válvulas cardíacas (tricúspide). Basados en lo anterior, resultaba más conveniente para el país repartir agujas estériles entre los drogadictos en forma masiva, tres veces por semana, para disminuir la infección valvular cardíaca, cuyo manejo es complicado y muy costoso.

Los datos en medicina, en términos generales, corresponden a ‘variables continuas’. Éstas, a diferencia de las ‘variables discretas’ (que tiene valores en puntos específicos a lo largo de una escala), pueden suponer valores en cualquier punto entero o fraccionario de la mencionada escala, y sus datos se generan por el proceso de medición.

Ejemplo de variable discreta: De un lote de diez marcapasos cardíacos se encuentran dos defectuosos.

Ejemplo de variable continua: Se conoce que el tiempo de duración de un marcapasos colocado en un paciente es de 10 a 15 años. Esto quiere decir que, en cualquier momento entre el año 10 y el año 15, puede fallar el aparato electrónico.

Debido a que la variable continua puede tomar cualquier valor fraccionario en un determinado rango de valores, con una probabilidad indefinida de valores posibles, éstos no pueden agruparse con su respectiva probabilidad al frente (solamente entre el cero y el uno, ya existe un número indefinido de valores probables). Por lo tanto, se expresa en forma de ‘curva de probabilidad’, o función de densidad de probabilidad, la

cual cobija por debajo de su curva, las probabilidades para cada valor.

Ejemplo: La probabilidad de parálisis de miembros inferiores (paraplejía) en un paciente sometido a una intervención sobre la aorta torácica que implica clampeo (cierre) de la misma, es de porcentaje variado entre 3% y 33%, en diversas series de estudios clínicos. Esto ocuparía un área determinada de probabilidad bajo la curva. Si a esto se añade que el enfermo presenta lesiones obstructivas arterioscleróticas en las arterias viscerales, la probabilidad de lesión puede aumentarse de 15% a 70%, con un área diferente bajo la curva.

La curva estadística típica es la denominada ‘distribución normal de probabilidad’ y se representa en forma de campana. Esto obedece a que se conoce que las mediciones obtenidas en procesos al azar tienen esta forma de distribución y las que no la tienen y siguen otras distribuciones (binomial, Poisson), pueden aproximarse a dicha distribución normal mediante fórmulas específicas.

Los datos obtenidos de estudios deben ser descritos de alguna forma. Por esto, se trata de buscar un valor que represente dicho grupo, es decir, un promedio. Ej.: Desde el punto de vista semiológico, se desea describir a los pacientes con síndrome de Marfan que ingresan a los consultorios de medicina interna. Se dice entonces que el paciente con este síndrome es generalmente alto, delgado, con aracnodactilia (dedos delgados y largos) y con frecuencia presentan otra enfermedad asociada: la disección de aorta.

Por supuesto, sabemos que puede haber pacientes altos y con aracnodactilia que no tienen el síndrome de Marfan, en la misma forma en que puede existir disección de la aorta no asociada a este síndrome. Así mismo, se observan casos de Marfan en personas de estatura promedio y sin disección de aorta. Todas estas combinaciones son posibles. Sin embargo, el promedio, el típico caso de Marfan, cumple en general con los requisitos descritos inicialmente.

Ej.: El paciente típico con apendicitis aguda presenta una serie de síntomas como dolor abdominal, fiebre, vómito y dolor en el cuadrante

inferior del abdomen. Y aunque algunos enfermos presentan apendicitis sin fiebre, o tienen dolor abdominal asociado a fiebre y vómito sin que corresponda necesariamente a una apendicitis aguda, el paciente característico tiene los signos y síntomas anotados.

Lo anterior quiere decir que, al evaluar el riesgo de un tratamiento, debe tenerse en cuenta el tipo de paciente, el campo de especialización del médico que lo atiende, los recursos de los cuales dispone, el momento de la enfermedad en el cual consulta, lo típica que sea la presentación de su enfermedad y otro número de variables.

Quiere esto decir que juzgar el caso individual es sumamente difícil. No se puede condenar por las complicaciones del tratamiento simplemente porque ellas ocurran. El nivel de abstracción del juez y sus conocimientos específicos deben ser de tal magnitud que le permitan emitir su sentencia con el máximo de seguridad posible y con la mayor tranquilidad de conciencia.

5. EJERCICIO PROFESIONAL, RIESGO Y CONFIANZA SOCIAL

Los médicos, en general, siguen la norma ética kantiana: en lugar de decir “Haz aquello que te haga feliz”, Kant dice: “Haz aquello que te haga digno de ser feliz”.

Sólo las cosas tienen precio. La persona humana tiene dignidad. Los seres racionales, por lo tanto, nunca son medios; son fines en sí mismos. Por ello, debe tratarse siempre a la humanidad, tanto en la persona propia como en la de los demás, como un fin, sin servirse de ella exclusivamente como medio. Si se considera al ser humano que se tiene en las manos como un fin, y ejerciendo la libertad se obra con la voluntad excelente de hacer el bien, colocando todos los elementos posibles para ello, el acto médico será la manifestación de una ética universal que no admite contradicción.

Todo procedimiento médico tiene riesgos. El problema actual es que se tiende a trasladar dicho riesgo al médico, sin una razón suficiente. Anteriormente el enfermo era consciente de su estado y asumía las

consecuencias del tratamiento, sin inculpar al médico por el fracaso. Era una posición responsable que se basaba en el principio de la buena fe recíproca: el paciente era sincero con el médico y le descubría su cuerpo y alma; iba a él en busca de ayuda y confiaba en que el médico, a su vez, haría lo que estuviera a su alcance para obtener la recuperación de la salud. Si no se lograba, no había reclamo. Ambos sabían que se había intentado y hecho todo lo posible.

Hoy, infortunadamente, el mundo ha cambiado de la confianza recíproca al provecho personal. Las relaciones entre las personas ya no se fundan en la 'bona fides' de los antiguos, sino en su seguridad. Y este cambio en el comportamiento social ha hecho más difícil el desarrollo de actividades que, como la que nos ocupa en este escrito, entrañan riesgo.

¿Cómo preservar la seguridad del paciente cuando necesariamente debe intervenir sobre su organismo? Al médico se presenta la persona, por regla general, cuando tiene problemas de salud. El paciente es consciente de que su estado de salud puede empeorar si no acude a la consulta. Si lo hace, es luego de resolver una disyuntiva: no voy al médico y asumo las consecuencias, o voy en busca de su ayuda.

¿Quién asume entonces dichas consecuencias cuando el paciente concurre a la consulta? ¿Por qué razón se le traslada el riesgo al médico? ¿Simplemente porque se le está pagando algún dinero? En el contrato que se establece ¿asume el galeno la responsabilidad por el riesgo? ¿Debe asumirla como contraprestación del dinero recibido?

Consideramos que no. Consideramos que el amparo de la salud corresponde a la persona misma y que, si quiere trasladar el riesgo, debe buscar una compañía de seguros. En el mejor de los casos así se viene haciendo... sólo que esta práctica encarece el servicio, por la razón que ya hemos reseñado: el asegurador paga y como paga debe trasladar el costo para que su negocio siga siendo rentable, demandando al médico para intentar la recuperación de lo pagado, por lo que el médico gasta dinero para defenderse y busca medidas de protección al futuro, encareciendo con ellas el servicio. Y esta espiral no se detiene sino cuando

haya consciencia del círculo vicioso que ha generado el abandono del principio de confianza.

La ciencia no es infalible y el Estado no siempre es garantista de los hechos de sus asociados. Mal pudiera entonces el personal de salud que trabaja en los hospitales y consultorios, ser infalible ni garantista de un hecho que implique riesgo para la integridad de una persona. Aun contando con los recursos tecnológicos y humanos más complejos, puede equivocarse. Pero la equivocación no entraña responsabilidad, sino cuando obedece a algún tipo de culpa por negligencia, descuido, imprudencia o impericia.

La legislación, la doctrina de los autores, y la jurisprudencia de los tribunales deben pregonar, en principio, la inocencia del médico y demás profesionales de la salud; deben decir que, en principio, se considera que obran de buena fe y que si ocurre un daño, no se recupera la salud o simplemente no se obtiene el resultado esperado, el paciente debe asumir este fracaso, a no ser que medie un acto culposo por parte del médico. Mientras se insista, como por ejemplo viene haciéndolo alguna jurisprudencia de nuestro Consejo de Estado, en que la carga de la prueba corresponde al médico, se estará obligando al personal de la salud en Colombia a tomar medidas de protección extremas, que en nada beneficiaran a los usuarios.

CONCLUSIONES

No son dignos de credibilidad los descargos que el médico acusado esgrime en su defensa. Es diáfano el error cometido de intervenir el dedo no enfermo y no autorizado por los representantes legales de la paciente menor. Y la aceptación misma del error es clara en el proceso.

Además, decir que con una segunda anestesia no se coloca en riesgo la integridad y la vida de un paciente es una afirmación absurda. La anestesia misma puede ser causa de muerte y, por la misma razón, esta especialidad se considera obligación de medio y no de resultado.

Con las anteriores consideraciones, este tribunal nacional confirma la sanción para el doctor L.G.C.L. de CENSURA ESCRITA Y PUBLICA.

Son suficientes las consideraciones anteriores para que el Tribunal nacional de Etica Médica, en uso de las facultades que le confiere la Ley

RESUELVA

Artículo Primero. Confirmar, como en efecto confirma la sanción de CENSURA ESCRITA Y PÚBLICA en la persona del doctor L.G.C.L.

Artículo Segundo. Remitir el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia. **Artículo Tercero.** Contra la presente decisión no caben recursos. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. JUAN MENDOZA VEGA, Presidente, FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado Ponente; EFRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado; LILIAN TORREGROSA ALMONACID, Magistrada; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; JAVIER MAURICIO HIDALGO ESCOBAR, Asesor Jurídico (E.) y MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, julio trece (13) del año dos mil diez (2010).

**SALA PLENA SESIÓN No.1050 DEL TRECE (13) DE
JULIO DEL AÑO DOS MIL DIEZ (2010).**

REF: Queja de la señora L. I.V.G.

Contra los doctores J. A.R.M. (magistrado del Tribunal de Ética Médica de Caldas), A.M. y O.G.

Magistrado ponente: Germán Peña Quiñones
Providencia No. 63-2010

VISTOS.

Por Oficio del 13 de abril de 2010, el Superintendente Delegado para la atención en Salud, remitió al Tribunal de Ética de Caldas la queja instaurada por la ciudadana L.IV.G. contra el personal médico del Centro Compensación Familiar (COMFAMILIARES), y la EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD, por hechos ocurridos.

La quejosa sostiene haber sufrido efectos negativos en su salud como consecuencia de la intervención quirúrgica de columna vertebral realizada por los médicos A.M. (neurocirujano), O. C. G. neurocirujano) y J. A. R. (ortopedista).

Se declaró impedido el Dr. J.A.R.M. por ser uno de los médicos acusados.

Se declararon impedidos los Drs. A. A., J. G. M, J, V,G, Y J.R.E

A., por considerarse amigos íntimos del acusado.

Igualmente se declaró impedida la Dra. C.P.G.G., secretaria de la Corporación de primera instancia, por considerar que quien debe ser investigado es un Magistrado de ese Tribunal.

El expediente fue remitido por el tribunal seccional, se recibió el 22 de Junio de 2010 y, puesto para reparto en Sala Plena del 29 de Junio, correspondió por sorteo al Magistrado Germán Peña Quiñones.

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

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS.

Es una realidad que el Dr. J.A.R.M. es uno de los cirujanos que intervino en la intervención quirúrgica realizada a la quejosa, la que supuestamente quedó mal realizada por haberse colocado un tornillo que le ocasionó lesiones medulares.

El numeral 1º del artículo 56 de la Ley 906 de 2004 contempla como causal de impedimento el tener el funcionario judicial interés en la actuación judicial y es una realidad, que al ser él uno de los médicos acusados por la quejosa, es más que evidente que tiene un particular interés en el resultado del proceso. En tal sentido se consagra esta causal de impedimento en la ley procesal vigente:

ARTÍCULO 56. **CAUSALES DE IMPEDIMENTO.** Son causales de impedimento:

1. **QUE EL FUNCIONARIO JUDICIAL**, su cónyuge o compañero o compañera permanente, o algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, **TENGA INTERÉS EN LA ACTUACIÓN PROCESAL**... (Lo destacado no lo es en el texto)

En las circunstancias normativas precedentes, de conformidad con el contenido del Artículo 57 de la Ley 906 de 2004, se procederá a aceptar el impedimento manifestado por el Dr. R.M. ⁹.

Los magistrados A.A.R, J.V.G., J.G.M Y J.R.A. , por su parte se declararon impedidos por considerar que existe una amistad íntima entre cada uno de ellos y el magistrado acusado.

El código procesal vigente consagra como causal de impedimento y de separación del conocimiento de un proceso, cuando el funcionario judicial tenga amistad íntima con el sindicado. En tal sentido se dispone:

ARTÍCULO 56. **CAUSALES DE IMPEDIMENTO.** Son causales de impedimento:

.....

5. **QUE EXISTA AMISTAD ÍNTIMA** o enemistad **GRAVE ENTRE ALGUNA DE LAS PARTES, DENUNCIANTE, VÍCTIMA O PERJUDICADO Y EL FUNCIONARIO JUDICIAL.**

..... (Lo destacado no lo es en el texto).

En virtud de las circunstancias precedentes se aceptará el impedimento manifestado por los mencionados magistrados.

De conformidad con la lista existente se procederá a hacer los nombramientos de los conjueces respectivos y si la lista no fuere suficiente se solicitará al Colegio Médico de Caldas que la adicione, para proceder a integrar la Sala de Decisión

La Dra. C.P.G.G. en una confusa decisión sostiene que no tiene porque declararse impedida puesto que tiene voz, pero no voto en las decisiones del Tribunal, pero que si el Tribunal Nacional considera que debe hacerlo, procederá a manifestar su impedimento. En tal sentido sostiene:

9 ARTÍCULO 57. **TRÁMITE PARA EL IMPEDIMENTO.** Cuando el funcionario judicial se encuentre incurso en una de las causales de impedimento deberá manifestarlo a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia o a la sala penal del tribunal de distrito, según corresponda, para que sea sustraído del conocimiento del asunto.

“ Igualmente, la secretaria Abogada del Tribunal Dra. C.P.G.G. manifestó que dado que ella tiene voz pero no tiene voto no ve la necesidad de declararse impedida, pero que si el Honorable Tribunal Nacional considera que debe hacerlo, se procederá a ello y se designará nueva abogada secretaria para el estudio del caso “.

Después de las precedentes consideraciones, se declara impedida y lo hace de la siguiente manera:

“ Declararse impedida para conocer del caso que ha de iniciarse por la denuncia presentada por la señora L.I.V.G., toda vez que quien debe ser investigado es Magistrado de este Tribunal “.

Es bien sabido que la institución de los impedimentos y recusaciones es un instrumento normativo que tiene como fundamento político el tratar de garantizar la imparcialidad de los jueces ¹⁰, e igualmente se sabe que esta garantía constitucional hace parte del concepto del juez natural previamente determinado por la ley, competente e independiente ¹¹.

La manifestación de los impedimentos es una consideración de carácter subjetiva, puesto que regularmente se trata de circunstancias que de manera general solo son conocidas por el que lo manifiesta o

10 &SARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, **RECIBIRÁN LA MISMA PROTECCIÓN Y TRATO DE LAS AUTORIDADES** y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades **SIN NINGUNA DISCRIMINACIÓN POR RAZONES DE SEXO, RAZA, ORIGEN NACIONAL O FAMILIAR, LENGUA, RELIGIÓN, OPINIÓN POLÍTICA O FILOSÓFICA.**

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. (Lo destacado no lo es en el texto).

11 &SARTICULO 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. (Lo destacado no lo es en el texto).

incluso, porque en muchas ocasiones se trata de percepciones íntimas y subjetivas que de manera obvia solo pueden ser conocidas por el que las siente.

En tales circunstancias la manifestación del impedimento es una declaración personalísima del funcionario que considera que puede verse afectada su imparcialidad por darse sobre él una determinada de las causales previstas en el artículo 56 de la norma procesal.

El impedimento como causal de separación del conocimiento de un proceso no está reservado únicamente para los funcionarios que conocen de los procesos y deben tomar las determinaciones correspondientes en los mismos. Por el contrario bien se sabe que desde antaño en todas las normatividades procesales que han regido en nuestra patria, se ha previsto la posibilidad de que personas que no toman decisiones, pero que participan de maneras diferentes en los procesos, pueden estar incurso en las causales de impedimento y recusación.

Tan cierta es nuestra afirmación que basta examinar el contenido del artículo 63 de la Ley 906, para verificar que los agentes del ministerio público, los miembros de la policía judicial y los empleados de los despachos judiciales pueden estar incurso dentro de estas causales.

ARTÍCULO 63. IMPEDIMENTOS Y RECUSACIÓN DE OTROS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS. LAS CAUSALES DE IMPEDIMENTO y las sanciones **SE APLICARÁN A LOS FISCALLES, AGENTES DEL MINISTERIO PÚBLICO, MIEMBROS DE LOS ORGANISMOS QUE CUMPLAN FUNCIONES PERMANENTES O TRANSITORIAS DE POLICÍA JUDICIAL, Y EMPLEADOS DE LOS DESPACHOS JUDICIALES**, quienes las pondrán en conocimiento de su inmediato superior tan pronto como adviertan su existencia, sin perjuicio de que los interesados puedan recusarlos. El superior decidirá de plano y, si hallare fundada la causal de recusación o impedimento, procederá a reemplazarlo. (Lo destacado no lo es en el texto).

El Código de Procedimiento Civil consagra de manera expresa la manifestación de impedimento de los secretarios de los despachos judiciales:

ARTÍCULO 155. ***IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES DE LOS SECRETARIOS.*** <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 88 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> **LOS SECRETARIOS ESTÁN IMPEDIDOS Y PUEDEN SER RECUSADOS EN LA MISMA OPORTUNIDAD Y POR LAS CAUSALES SEÑALADAS PARA LOS JUECES,** salvo las de los numerales 2. y 12.

De los impedimentos y recusaciones de los secretarios conocerá el juez o el magistrado ponente.

Aceptado el impedimento o formulada la recusación, actuará como secretario el oficial mayor, si lo hubiere, y en su defecto la sala o el juez designará un secretario ad hoc, quien seguirá actuando si prospera la recusación. Los autos que decidan el impedimento o la recusación no tienen recurso alguno. En este caso la recusación no suspende el curso del proceso. (Lo destacado no lo es en el texto).

A pesar de que los peritos no son mencionados en la norma precedente, es una realidad que los mismos podrían parcializarse en el ejercicio de las trascendentales funciones que cumplen en el proceso. Es obvio entonces que los peritos igualmente podrían declararse impedidos o ser recusados en los procesos que intervengan.

En las circunstancias normativas precedentes es entonces la Dra Gaviria Gallo la que debe considerar si íntimamente se considera en capacidad para actuar en este proceso de manera imparcial o si por el contrario considera que su actuación en el mismo podría verse afectada por una cualquiera de las causales previstas en el artículo 56 de la Ley 906 de 2004.

No es el Tribunal Nacional, ni ninguna persona distinta a ella, la que en su interioridad, debe saber si se da o no la causal, y por tanto es solo

ella quien debe hacer su personal manifestación de una de las causales de impedimento y de recusación.

Igualmente quien hace la declaración de impedimento, debe expresar de manera clara y precisa cuál es la causal de impedimento y si por desconocimiento jurídico de las mismas no puede hacerlo, debe precisar cuál es el motivo que considera puede afectar la imparcialidad de su intervención en un determinado proceso.

Se hace la anterior precisión porque la manifestación: “ ...toda vez que quien debe ser investigado es Magistrado de este Tribunal “ no es una causal de impedimento, ni tal manifestación en la forma en que es formulada constituye causal de impedimento contemplada en una cualquiera de las causales del mencionado artículo 56.

Debe la funcionaria manifestar si como consecuencia de la relación laboral o jerárquica existente entre ella como secretaria y el Magistrado acusado, ha surgido una relación o sentimiento que encaje dentro de una de las causales de la norma tantas veces mencionada.

Como si lo anterior no fuera suficiente, es más que evidente que la decisión de un impedimento de un empleado como la secretaria de un despacho judicial, la misma debe ser conocida por su inmediato superior y en éste caso es claro que el superior inmediato de la secretaria que se declara impedida es el Tribunal de Ética de Caldas. En tal sentido la norma dispone:

ARTÍCULO 63. IMPEDIMENTOS Y RECUSACIÓN DE OTROS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS. LAS CAUSALES DE IMPEDIMENTO y las sanciones se aplicarán a los fiscales, agentes del Ministerio Público, miembros de los organismos que cumplan funciones permanentes o transitorias de policía judicial, **Y EMPLEADOS DE LOS DESPACHOS JUDICIALES, QUIENES LAS PONDRÁN EN CONOCIMIENTO DE SU INMEDIATO SUPERIOR TAN PRONTO COMO ADVIERTAN SU EXISTENCIA**, sin perjuicio de que los interesados puedan recusarlos. **EL SUPERIOR DECIDIRÁ DE PLANO Y, SI HALLARE FUNDA-**

DA LA CAUSAL DE RECUSACIÓN O IMPEDIMENTO, PROCEDERÁ A REEMPLAZARLO.

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

En los casos de la Procuraduría General de la Nación, Fiscalía General de la Nación y demás entidades que tengan funciones de policía judicial, se entenderá por superior la persona que indique el jefe de la respectiva entidad, conforme a su estructura.

En estos casos no se suspenderá la actuación. (Lo destacado no lo es en el texto).

En las circunstancias anteriores la Corporación, se abstendrá de pronunciarse en relación a la manifestación hecha por la Dra.G.G..

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

RESUELVA:

Artículo Primero: ACEPTAR LOS IMPEDIMENTOS manifestados por los Drs. J.A.R.M, J.G.M, APA, J.VG. y J.R.A. **Artículo Segundo: PROCEDER A HACER LOS RESPECTIVOS NOMBRAMIENTOS** de los conjuces que los han de reemplazar. **Artículo Tercero: ABSTENERSE** de pronunciarse en relación con la manifestación hecha por la Abogada Secretaria Dra. C.P.G.G.. **COMUNIQUESE Y CUMPLASE**

FDO. EFRAÍM OTERO RUÍZ, Presidente; GERMAN PEÑA QUIÑONES, Magistrado Ponente; LUIS ALBERTO BLANCO RUBIO,

Magistrado; FERNANDO GUZMAN MORA, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, febrero veintitrés (23) del año dos mil diez (2010).

**SALA PLENA SESIÓN No.1033 DEL VEINTITRES
(23) DE FEBRERO DEL AÑO DOS MIL DIEZ (2010).**

REF: PROCESO No. 774 DEL TRIBUNAL SECCIONAL DE
RISARALDA QUINDIO Y CHOCO

CONTRA: Dr. A.I.C.

DENUNCIANTE: SRA. M.D.Z.Z.

MAGISTRADO PONENTE: Germán Peña Quiñones

PROVIDENCIA No. 13-2010

VISTOS

El Tribunal Nacional de Etica Médica recibe el 18 de enero de 2010 el expediente original remitido por el Tribunal de Etica Médica de Risaralda y puesto para reparto en Sala Plena del 26 de enero de 2010 y asignado por sorteo al magistrado Germán Peña Quiñones.

Que el Dr. A.I.C. intervino quirúrgicamente a la Sra. M.D.Z.Z. el 21 de Junio de 2008 para liberar el nervio mediano que se encontraba atrapado en el túnel del carpo de la mano derecha; los resultados de la cirugía no fueron los esperados y la paciente no tuvo mejoría, por lo que la quejosa, Sra. M.D.Z denunció al Dr. A.I.C. ante el Tribunal Seccional de Etica Médica de Risaralda, Quindío y Chocó, Tribunal que se inhibió de iniciar investigación formal contra el denunciado y luego no reponer el fallo por lo que el Tribunal Seccional de Etica Médica de Risaralda, Quindío y Chocó y refiere el expediente al Tribunal Nacional de Etica Médica para el recurso de Apelación.

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

HECHOS:

La Sra. M.D.Z.Z. acudió al HOSPITAL SAN PEDRO Y SAN PABLO, de La Virginia, Risaralda por dolor y pérdida de fuerza en la mano derecha, fue vista por médico general y referida al Dr. A.I.C. , médico ortopedista para cirugía, según el diagnóstico que le había efectuado. El Dr. I. declaró en su versión libre que la atendió por primera vez el 16 de Abril de 2008; en esa consulta la paciente se quejó de “dolor en las manos con parestesias y de limitación funcional” con antecedente de hipotiroidismo y le hizo diagnóstico de “Túnel del Carpo” que fue confirmado clínicamente por los hallazgos al examen físico que incluían “hipotrofia de la región tenar” y por los hallazgos de Electromiografía. La denunciante en su versión libre informa que el Dr. I. le informó que requería cirugía, después de haberle practicado tratamiento médico sin mejoría utilizando una férula; la paciente le manifestó sus temores al Dr. I. de no quedar bien con la cirugía pero que accedió porque buscaba la mejoría de su mano derecha. La paciente fue operada el 21 de Junio de 2008 en el Hospital San Pedro y San Pablo de la Virginia, Risaralda, pero no tuvo mejoría de su enfermedad; en su versión libre la demandante declaró que le solicitó al médico que le ordenara un nuevo electromiograma que en efecto fue ordenado y fue al Hospital San Jorge, donde el médico que se lo practicó “me dijo verbalmente que le dijera al Dr. I. que haga un curso para que aprenda a operar manos porque la suya se la dañó, viejita a usted se le va a secar la mano, no ahora pero lentamente se le va a secar la mano”. Más tarde, en las investigaciones posteriores se constató que el médico que le hizo el Electromiograma y le dijo lo anotado, fue el Dr. A.R.M., Fisiatra. Durante la versión libre de la denunciante, se le preguntó si el Dr. I. le había explicado los beneficios, los riesgos o cómo era la cirugía y por donde se cortaba, a lo que la demandante contestó “No me dijo absolutamente nada” Cuando se le preguntó que si ella había

firmado el consentimiento informado, tal como aparece en el expediente, la demandante reconoció que era su firma pero que lo había hecho “inocentemente”. En su versión libre el Dr. I. declaró: “Explicué claramente a la paciente el procedimiento que se le iba a realizar, pinté con mi lapicero en su mano el sitio de la incisión, localizando en el eje del cuarto radio y expliqué a la paciente con estas palabras: “En la inmensa mayoría de los pacientes este es un procedimiento exitoso, consiste en liberar un nervio que se llama el mediano de la presión que le hace un túnel que se llama Túnel del Carpo y posteriormente cerrar la herida. Las complicaciones principales que puedes tener son la infección, la rigidez de la muñeca y en los dedos y los problemas de la cicatriz” Agregó que llevó a cabo la intervención y que como encontró el nervio que se encontraba con gran presión le había practicado neurectomía longitudinal. Agregó que como en el postoperatorio había encontrado una cicatriz hipertrófica con limitación de la flexión de los dedos y limitación de la presión le había ordenado fisioterapia por lo que había solicitado una nueva electromiografía que fue efectuada por el Dr. Dr. A.R.M. Electromiograma cuyo resultado indicaba que el túnel del carpo había recidivado y que también tenía comprometido el lado izquierdo por lo que tomó la determinación de enviar a la paciente a consulta con un cirujano de mano. Agregó el Dr. I. durante su versión libre que como quiera que la Sra. Z. afirmara que él le garantizó el éxito de la cirugía, que “a lo largo de mis 10 años de profesión, no he garantizado el resultado de ninguna de mis cirugías, me ciño a las estadísticas, las revelo al paciente claramente para que esté informado con mayor exactitud de los riesgos de cada procedimiento.”

En razón que la declaración supuestamente emitida por el Dr. A.R. consistió en uno de los pilares en que se basa la denunciante, El Magistrado Instructor lo citó y en su declaración juramentada el Dr. Dr. A.R. manifestó en referencia a la declaración que supuestamente él le dijo a la denunciante: “No recuerdo a la paciente, lo que sí estoy seguro es que nunca hago ese tipo de comentarios a los cuales hace alusión la pacientePor mi forma de actuar nunca le doy explicaciones a los pacientes sobre los resultados de los exámenes realizados por mí, la

conducta a seguir es entregar el examen cerrado y remitírselo al profesional que solicitó el estudio”.

El Tribunal seccional de Etica Médica de Risaralda en Sala Plena, el 17 de Noviembre de 2009 resolvió inhibirse de abrir investigación formal en contra del Dr. A.I.C. por lo que la denunciante M.D.Z.Z. interpuso Recurso de Reposición y en subsidio de Apelación el 25 de Noviembre de 2009 y El Tribunal Seccional de Etica Médica de Risaralda, Quindío y Chocó en Sesión de Sala Plena del 15 de diciembre de 2009 resolvió que no se repone el fallo proferido el 17 de Noviembre de 2009 por lo que el expediente es referido a éste Tribunal para Apelación de dicho Fallo.

LA ACTUACION

El Tribunal seccional de Etica Médica de Risaralda, Quindío y Chocó recibió la denuncia de la Sra. M.D.Z.Z. , en Sala Plena del 28 de Abril de 2009 y decidió encargar al Magistrado LUIS ALBERTO GUARIN GOMEZ para adelantar diligencias de investigación preliminar contra el Dr. A.I.C. por presuntas faltas a la ética médica, de conformidad con las reglas legales establecidas en la Ley 23 de 1981 y su Decreto Reglamentario 3380 por lo que el Magistrado Instructor ordenó las siguientes pruebas:

Solicítese la Historia de la Sra. M.D.Z.Z. .

Recíbase Ratificación de la Queja por parte de la Sra. M.D.Z.Z. .

Escúchese en versión injuriada al Dr. A.I.C.

Escúchese en declaración Juramentada a las personas conocimiento de los hechos.

Practíquense las demás pruebas que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos.

El Tribunal seccional de Etica Médica de Risaralda, Quindío y Chocó en Sala plena el 14 de Mayo de 2009 recibió la ratificación de la queja de la demandante en declaración juramentada; el 30 de Julio de 2009

recibió la declaración del Dr. A.I.C. y el 3 de Septiembre de 2009 la declaración del Dr. A.R.

En el Informe de Conclusiones que el Magistrado Instructor presentó en Sala Plena del Tribunal Seccional de Etica Médica de Risaralda, Quindío y Chocó, en el Análisis del caso concluyó que la cirugía para liberación del túnel del carpo es una intervención ampliamente aceptada, que el médico ejecuta acciones en un sistema en el cual existen elementos o factores que no fueron seleccionados por él, y sobre los cuales no ejerce total control. Que éstos factores modifican los riesgos y son responsables de la aparición de condiciones que algunas veces terminan en resultados indeseados, no esperados, infrecuentes y que al final, son responsables de los eventos adversos y que por la individualidad propia de cada paciente, existan algunos resultados no satisfactorios a pesar de haberse empleado los mismos medios que logran el objetivo esperado en la mayoría de los pacientes tratados. Ello es lo que produce el riesgo quirúrgico que aparece en toda intervención y que obedece a múltiples factores imposibles de preveer. Este riesgo propio de la operación debe asumirse por el paciente de una manera conciente e informada y no por el médico.

El Tribunal Seccional de Etica Médica de Risaralda, Quindío y Chocó en Sala Plena, el 17 de Noviembre resolvió inhibirse de abrir investigación formal en contra del Dr. A.I.C. y en Sala Plena, el 15 de diciembre de 2009 no reponer el fallo proferido por el Tribunal el 17 de Noviembre de 2009.

RESULTADOS Y CONSIDERANDOS

La denunciante, Sra. M.D.Z.Z. fundamenta sus argumentos en el subsidio de Apelación en los siguientes puntos:

1. Me sometí a la cirugía del túnel carpiano completamente convencida que era la solución a mi dolor y el entumecimiento de mi mano derecha.

2. El Dr. A.I., me garantizó el éxito de la cirugía.
3. Sin embargo a la fecha presento entumecimiento de la mano, mucho dolor, limitaciones de la flexión de los dedos y en la “aprehensión” de los objetos, pérdida en la fuerza.
4. El hecho de someterme a la cirugía fue para mejorar mi salud y tener mejor calidad de vida. Pero ahora estoy más enferma que antes de operarme.
5. No se justifica que después de una intervención quirúrgica tenga más limitaciones que antes y que de ninguna manera se presente una explicación a las consecuencias de la operación.
6. En ningún momento ni en el curso de la investigación, ni en la sentencia inhibitoria se detalló o se explicó ¿porqué razón se presentó la falla o las consecuencias de dicha intervención. Fue falla del médico, fue falla mía, falló el tratamiento postoperatorio?
7. La investigación no se hizo a fondo ni se estableció cuales fueron las causas de los resultados de la intervención quirúrgica.

El Tribunal Nacional de Etica Médica considera:

En relación al primero y al tercer puntos de los expuestos por la denunciante de que se sometió a la cirugía convencida que era la solución a su dolor y “entumecimiento de la mano derecha” y que persisten en la actualidad esas limitaciones, El Tribunal Nacional acepta que evidentemente el resultado buscado con la cirugía era mejorarle sus síntomas y limitaciones, pero la medicina no puede garantizar el resultado y tal que como explica el Magistrado Instructor, “que el médico ejecuta acciones en un sistema en el cual existen elementos o factores que no fueron seleccionados por él, y sobre los cuales no ejerce total control. Que éstos factores modifican los riesgos y son responsables de la aparición de condiciones que algunas veces terminan en resultados indeseados, no esperados, infrecuentes y que al final, son responsables de los eventos adversos y que por la individualidad propia de cada

paciente, existan algunos resultados no satisfactorios a pesar de haberse empleado los mismos medios que logran el objetivo esperado en la mayoría de los pacientes tratados. Igual argumento puede aducirse para los puntos cuarto y quinto de la Apelación.

En cuanto al segundo punto “el Dr. A.I. me garantizó el éxito de la cirugía”. El Tribunal Nacional de Etica Médica opina que en el expediente está claramente demostrado por varias evidencias entre las que se encuentra la firma por parte de la paciente de la hoja de consentimiento informado de la cirugía y el testimonio consignado por el denunciado que coinciden en demostrar que esa aseveración probablemente no pudo haberse dicho.

En cuanto al sexto punto aducido por la demandante, cabe la explicación dada por el Magistrado Instructor del Tribunal Seccional, tal como se expuso en la primera parte.

En cuanto al punto séptimo, de que la investigación no se hizo a fondo, el Tribunal Nacional de Etica Médica, no está de acuerdo con esa aseveración, reconoce la labor efectuada por el Magistrado Instructor y por el Tribunal Seccional de Etica Médica de Risaralda, Quindío y Chocó y considera que este argumento no tiene ninguna base que lo sustente.

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

RESUELVA

Artículo Primero. Confirmar como en efecto confirma, la resolución inhibitoria expedida por el Tribunal Seccional de Etica Médica de Risaralda, Quindío y Chocó, en el sentido de abstenerse de abrir investigación formal contra el Dr. A.I.C. . **Artículo Segundo.** Devolver éste expediente al Tribunal de origen para lo pertinente.. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. FERNANDO GUZMAN MORA, Presidente; GERMAN PEÑA QUIÑONES Magistrado Ponente, JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; EFRAÍM OTERO RUÍZ Magistrado; LUIS ALBERTO BLANCO RUBIO, Magistrado y EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico.

Bogotá, septiembre veinte (20) del año dos mil once (2011).

**SALA PLENA SESIÓN No. 1104 DEL VEINTE (20)
DE SEPTIEMBRE DEL AÑO DOS MIL ONCE (2011).**

Ref: Proceso 324 del Tribunal de Ética Médica del Tolima

Contra: Dr. O.A.Q.P.

Denunciante: Sra. I.V.M.

Asunto: Apelación

Magistrado Ponente: Dr. Germán Peña Quiñones

Providencia No. 91-2011

VISTOS

El 11 de Agosto de 2011, El Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima, en Sala Plena resolvió no aceptar los descargos del Dr. O.A.Q.P. e imponerle la sanción de Censura Escrita y Pública conforme lo dispone el Artículo 83 Literal b) numeral 2 de la Ley 23 de 1981 por violación de la Ley 23 de 1981, Artículo 36 en concordancia del Artículo 3° de la Resolución 1995 de 1999, expedida por el Ministerio de Salud, hoy de la Protección Social y exonerándolo de responsabilidad disciplinaria ético profesional, frente a los cargos formulados, de violación de los Artículos 35 y 42 de la Ley 23 de 1981.

El 25 de Agosto de 2011, el Tribunal Seccional recibió comunicación del Dr. Jaime Cáceres Medina en su calidad de Apoderado Judicial del Dr. O.A.Q.P. por medio de la cual interpone el recurso de Apelación en contra de la Providencia del 11 de Agosto, recurso concedido por el Tribunal Seccional en Sala Plena del 2 de septiembre de 2011, por lo que el expediente fue enviado al Tribunal Nacional de Ética Médica

donde fue recibido el 9 de septiembre de 2011 y repartido en Sala Plena del 13 de septiembre de 2011, le correspondió por sorteo a Germán Peña Quiñones.

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

HECHOS:

De acuerdo con la queja, la Sra. I.V.M. se trasladó desde el Municipio de Chaparral hasta Ibagué el 2 de febrero de 2008, para atender cita con el ortopedista, Dr. E.C.G. en el CENTRO DE ESPECIALISTAS INTERLAKEN de Saludcoop, quién le ordenó varias remisiones, cuyas citas le fueron dadas por teléfono, para consulta con Nutrición el día 2 de febrero de 2008 a las 08:45 y la de Medicina Laboral para el mismo día a las 09:20; que estuvo esperando la cita con Medicina Laboral enfrente del consultorio N° 1 hasta las 09:40 y como no había sido atendida a esa hora, bajó al primer piso y le preguntó a la recepcionista si el médico iba a atender las citas, y en ese momento intervino el vigilante quién le informó “que el médico estaba haciendo una diligencia y que ya volvía, por lo que ella regresó al segundo piso a esperarlo; que estando allí sentada vio a un señor “de buzo verde” (que resultó ser el Dr. O.A.Q.P.) que entró y habló con la recepcionista y con el vigilante (“orientador”), con quién subió al segundo piso y que hablaban; que ella oyó “cuando eso molestaba era un problema era como del suiche (sic) del carro”; que el vigilante le abrió la puerta del consultorio N° 1; que el médico “llamó a I.V., en un tono bastante fuerte”, que entró al consultorio y que el le había manifestado “que yo no era sino problemática porque había formado escándalo porque no me atendían que si yo no podía esperar y que era sorda porque el me había llamado y el vigilante y que no respondí y además que iba a que me ayudara y no era sino problemática”. Afirma la quejosa que le dijo que ella lo vio cuando salió y que ella no era adivina para saber que el era el médico que la iba a atender, que no iba a pedir ayuda sino a

atender una cita y que no pedía porque era un derecho que tenía después de trabajar durante 17 años con la Procuraduría, que se quejó por la manera como el médico le habló y que no sabía de que escándalo hablaba, porque preguntar no era un delito y que ella no tenía la culpa de que el médico no se encontrara en su lugar de trabajo; que el médico le había preguntado que le pasaba y ella le había respondido que tenía dolor en el hombro izquierdo, luego le preguntó si había llevado el resumen del ortopedista y ella le contestó que desconocía el trámite interno y el le dijo que sin eso no la atendía; ella respondió que sólo llevaba unas radiografías que le había ordenado un médico particular quién había sugerido que le “dieran una silla para columna” a lo que el médico le había respondido que ella “no era sino ignorante, que desconocía por completo la ley, que no sabía como en la entidad en que trabajaba tenían personas tan ignorantes, que a el no le correspondía” que era al patrono el que estaba en la obligación de hacer la visita a su puesto de trabajo y verificar las condiciones y si la silla que tenía era la apropiada o no. Que ella se había quejado de la manera como había sido tratada y le preguntó al médico disciplinado si la iba a tratar o no y que el médico le había dicho finalmente que bajara al primer piso y le trajera la historia que había impreso; ella le entregó las radiografías, una de las cuales había sido ordenada por un médico internista. Que el médico disciplinado había procedido a escribir en el computador. La quejosa bajó al primer piso y se quejó con el vigilante (“orientador”) Sr. ALEXANDER BOHORQUEZ RINCÓN y la recepcionista Sra. EDNA ROCIO MORENO OVIEDO.

Afirma la quejosa que cuando leyó la historia que el “le había mandado a leer para dejar de ser ignorante” se percató que el médico dejó consignado que la había llamado y ella no había contestado y que había entrado al consultorio “en malos términos y desorientada” Que posteriormente puso la queja con “C.” quién había tomado sus datos pero nunca se había comunicado con ella.

LA ACTUACION

El 8 de febrero de 2008 se recibió en el Tribunal de Ética Médica del Tolima copia de la comunicación dirigida a la Sra. MARIA TERESA CASTRO, Gerente Regional de Saludcoop con la queja de la Sra. I.V.M. en contra del Dr. O.A.Q.P..

El 15 de febrero de 2008 el Tribunal Seccional aceptó la queja y por sorteo le correspondió al Dr. Raúl Antonio Hurtado Valle para actuar como Magistrado Instructor, quién el 25 de febrero ordenó citar a la quejosa para ampliación de su denuncia bajo juramento, citar al Médico encartado para versión libre y espontánea, solicitar la historia clínica de la quejosa, citar a las personas que conocieron los hechos para declaración juramentada y demás diligencias necesarias.

El 28 de abril de 2008, el Tribunal Seccional llevó a cabo la diligencia de ampliación y ratificación de la queja rendida por la Sra. I.V.M.

El 4 de agosto de 2008 se llevó a cabo la diligencia de versión libre y espontánea del Dr. O.A.Q.P. y el 8 de septiembre de 2008 la declaración testimonial de la Sra. E.R.M.O., Ingeniera de Sistemas y Auxiliar Administrativo de Saludcoop.

El 6 de febrero de 2009 se llevó a cabo la diligencia de Declaración Testimonial del Sr. A.B.R. ante el tribunal Seccional.

El 18 de marzo de 2010, el Magistrado Instructor, Dr. Raúl Antonio Hurtado Valle presentó el informe de conclusiones y el 30 de Abril de 2010, el Tribunal de Ética Médica del Tolima, en Sala Plena, acogió y aprobó en su totalidad el informe y ordenó por mayoría adicionar el cargo de presunta violación del Artículo 42 (Capítulo IV de la Relaciones del Médico con las Instituciones).

El 27 de Mayo de 2010, el Tribunal Seccional, en Sala Plena resolvió levantar pliego de cargos al Dr. O.A.Q. por presunta violación al Título I Práctica Profesional, Capítulo III de la Prescripción Médica, la Historia Clínica, el Secreto Profesional y Algunas Conductas, Artículos 35 y 36, en concordancia con el Artículo 3º de la Resolución N° 1995 de

1999, del Ministerio de Salud, hoy de la Protección Social y Capítulo IV de las Relaciones del Médico con las Instituciones, Artículo 42.

El 30 de Julio de 2010, se llevó a cabo la diligencia de descargos del Dr. O.A.Q.P..

El 23 de Junio de 2011 el Magistrado Instructor presentó ante el Tribunal Seccional en Sala Plena el Informe de Valoración Probatoria y el 24 de Junio de 2011 el Magistrado Instructor presenta la información probatoria ante la Sala Plena y ésta considera que se encuentran debidamente comprobadas las violaciones de la Ley de Ética Médica y la corporación decide y concluye que la sanción a imponer es Censura Escrita y Pública.

El 11 de Agosto de 2011, El Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima, en Sala Plena resolvió no aceptar los descargos del Dr. O.A.Q.P. e imponerle la sanción de Censura Escrita y Pública conforme lo dispone el Artículo 83 Literal b) numeral 2 de la Ley 23 de 1981 por violación de la Ley 23 de 1981, Artículo 36 en concordancia con el Artículo 3º de la Resolución 1995 de 1999, expedida por el Ministerio de Salud, hoy de la Protección Social y exonerándolo de responsabilidad disciplinaria ético profesional, frente a los cargos formulados, por violación de los Artículos 35 y 42 de la Ley 23 de 1981.

El 25 de Agosto de 2011, el Tribunal Seccional recibió comunicación del Dr. Jaime Cáceres Medina en su calidad de Apoderado Judicial del Dr. O.A.Q.P. por medio de la cual interpone el recurso de Apelación en contra de la Providencia del 11 de Agosto, recurso concedido por el Tribunal Seccional en Sala Plena del 2 de septiembre de 2011.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

El 18 de marzo de 2010, el Magistrado Instructor, Dr. Raúl Antonio Hurtado Valle presentó el informe de conclusiones en el que confirma por las declaraciones de la recepcionista, Sra. E.R.M.O., y por el

orientador, Sr. A.B.R., que la paciente llegó a tiempo para su consulta, que el médico no se encontraba porque tenía tiempo libre, que el orientador de la empresa, dijo a la paciente que el médico había salido a arreglar su carro, que la paciente después de esperar, hizo el reclamo por la demora, que no se había llamado a la paciente previamente y consideró justificado el reclamo de la paciente, que en lo sucedido dentro del consultorio había testimonios encontrados por lo cual se debía aplicar el principio de in dubio pro reo y que en cuanto al acto médico encontró fallas protuberantes por el deficiente diligenciamiento de la historia clínica por lo que, de acuerdo con el Artículo 80, literal b) de la Ley 23 de 1981 existían méritos para elevar pliego de cargos contra el Dr. O.A.Q.P. por presunta violación al Título I, PRACTICA PROFESIONAL, Capítulo III de la prescripción médica y algunas conductas, Artículos 35 y 36, en concordancia con el Artículo 3° de la Resolución N° 1995 de 1999 y Capítulo IV de las Relaciones del Médico con las Instituciones, Artículo 42.

En sus descargos, el Dr. O.A.Q.P. afirmó que era médico laboral y que por ello debía cumplir las condiciones exigidas según el decreto 1295 de 1994 que sus funciones consistían fundamentalmente en calificar el origen y la pérdida de capacidad laboral de los afiliados a la E.P.S. y que no estaba dentro de sus funciones valorar pacientes, ni dar incapacidades ni ordenar reubicaciones y “no realizo ni adiciono información en la historia clínica del paciente, la cual debe ser remitida por el médico especialista no tengo ni debo realizar historias clínicas, “mi función es de calificador”.

El Magistrado investigador estableció que según la información enviada por Saludcoop, ellos identifican la enfermedad con el código P.T.1.5.1.3.2. y que los pasos que debe llenar el médico especialista en Salud Ocupacional son:

1. Ingresar la historia clínica de especialistas.
2. Realizar valoración médica del paciente.
3. Ingresar información de posible EP (SO) Historia laboral, historia

y origen de la lesión, diagnóstico sindromático y etiológico, concepto de origen, consideraciones médico ocupacionales.

4. Registrar los hallazgos en la Historia Clínica.

Conceptos que de acuerdo con el Magistrado Instructor no fueron llenados en este caso.

El Magistrado instructor al analizar los descargos del Dr. O.A.Q.P. encontró que hubo violación del artículo 36 de la Ley 23 de 1981 concordante con la Resolución N° 1995 de 1999 del Ministerio de Salud, hoy Ministerio de la Protección Social, Artículo 3° y consideró que la historia clínica es el recuento, el documento donde se mencionan todas las circunstancias relevantes de la atención de los pacientes y esto debe estar regido ante todo por la veracidad y objetividad en todas y cada una de las circunstancias de lo sucedido, por lo que consideró que había falla a la verdad o integralidad que debe tener la historia clínica y recomendó no aceptar los descargos rendidos por el disciplinado, respecto a la violación del artículo 36, porque en su contrato con la E.P.S. era en la época en que ocurrieron los hechos, como médico general y aceptó que no hubo violación de los artículos 35 y 42 de la Ley 23 de 1981.

En la decisión de fondo del Tribunal Seccional del 11 de agosto de 2011, se sancionó al Dr. O.A.Q.P. por violación del Artículo 36 de la Ley 23 de 1981 en concordancia con el artículo 3 de la resolución 1995 de 1999 del Ministerio de Salud, hoy de la Protección Social.

Ley 23 de 1981

Artículo 36. En todos los casos la Historia Clínica deberá diligenciarse con Claridad.

Resolución 1995 de 1999 (Ministerio de Salud, hoy de la Protección Social) Artículo 3° Características de la Historia Clínica. Las características básicas son:...

Secuencialidad: Los registros de la prestación de los servicios en salud deben consignarse en la secuencia cronológica en que ocurrió la atención. Desde el punto de vista archivístico la historia clínica es un expediente que de manera cronológica debe acumular documentos relativos a la prestación de servicios de salud brindados al usuario.

En los argumentos expuestos por el apoderado del Dr. O.A.Q.P. , afirma que:

1. Según la remisión que hizo el Dr. C., la paciente fue a consulta de Medicina Laboral con el especialista en Medicina Ocupacional y no a Medicina General, y que aunque es cierto que el contrato del Dr. O.A.Q.P. se firmó como de Medicina General, él ejerció como médico laboral, por solicitud del Dr. F.O.N., Jefe Médico en esa época y que no es impedimento legal que se reasignen funciones a un contratista de acuerdo con la necesidad del servicio.
2. Que de acuerdo con el Decreto 917 del 28 de mayo de 1999, que en su artículo 10 dispuso que la pérdida de la capacidad laboral la hacen los especialistas en salud ocupacional y que de acuerdo con dicho decreto el concepto técnico-científico se hace con una calificación determinando el origen y pérdida de la capacidad laboral lo hace el especialista en salud ocupacional, *“en ningún momento dicho especialista en salud ocupacional cumple funciones de elaboración o actualización de historias clínicas como si lo hacen los médicos inteconsultores”*
3. Que de acuerdo con lo anterior, *“mal puede el Tribunal del Tolima, so pena de incurrir en un abuso de autoridad, de sancionar a mi mandante, primeramente por un hecho que no fue objeto de denuncia, ya que por los términos de esta fue exonerado mi mandante en el artículo tercero de la providencia impugnada...”* y que el médico encartado no está obligado en el ejercicio de sus funciones de médico calificador de medicina laboral en primera instancia, a elaborar historias clínicas y realizar tratamientos médicos.
4. Que si su mandante es sancionado se violarían elementales derechos al debido proceso y a la defensa de que trata el Art. 28 de la C. Nal.

El Tribunal Nacional de Ética Médica considera respecto al alegato del apoderado del Médico disciplinado:

1. Que los Tribunales de Ética Médica pueden sancionar a los médicos por hechos que no se encuentran en la queja, si encuentran

dentro de la investigación disciplinaria otros hechos, fuera de la queja, por medio de los cuales, en su concepto hubo violaciones a la Ley de Ética Médica; es más, los Tribunales pueden de oficio iniciar investigaciones sin necesidad de queja, si consideran que en un acto médico pudieron ocurrir violaciones a la Ley 23 de 1981 y en ninguno de esos casos están incurriendo en abuso de autoridad.

ARTICULO 74. El proceso disciplinario ético – profesional será instaurado:

a. De oficio, cuando por conocimiento de cualesquiera de los Miembros del tribunal se consideren violadas las normas de la presente ley.

b. Por solicitud de una entidad pública o privada o de cualquier persona. En todo caso deberá presentarse, por lo menos, una prueba sumaria del acto que se considere reñido con la ética médica.

1. Que al sancionar a médicos por hechos que los Tribunales opinan que violaron la Ética Médica, el respectivo Tribunal no está violando el debido proceso ni el derecho a la defensa, siempre y cuando se haya acusado al médico disciplinado por el respectivo cargo y sustentado la acusación en el Pliego de Cargos.
2. El Tribunal Nacional acepta el argumento del apoderado del Dr. O.A.Q.P. en el sentido de que su poderdante, a pesar de haber sido contratado como médico general pudo ejercer como médico laboral y que como tal no tenía que elaborar historia clínica sino emitir su calificación y acepta también que claramente la referencia que tenía la paciente, era para medicina laboral, tal como fue aceptado por ella misma.
3. El Tribunal Nacional de Ética Médica acepta los hechos comprobados por el Tribunal Seccional de que tanto la recepcionista como el vigilante “orientador” de Salucoop ratificaron que la paciente llegó a tiempo para la cita, que no fue llamada previamente por el médico disciplinado y que éste se encontraba por fuera en el momento de la consulta, por lo que su afirmación en la historia clínica “la paciente refiere que no la he llamado y la llamé y no respondió” no puede ser tenida como verdadera, tal como lo apreció el Tribunal del Tolima cuando expresó en la parte motiva de la

sentencia: “conforme al pliego de cargos hubo falta contra el artículo 36 de la Ley 23 de 1981” e hizo énfasis sobre el hecho que “la historia clínica es el recuento, el documento donde se mencionan todas las circunstancias relevantes de la atención de los pacientes y esto debe estar regido ante todo por la veracidad y objetividad en todas y cada una de las circunstancias de los sucedido y consideró que hubo falla a la verdad o integralidad que debe tener la historia clínica”, consideraciones con que está de acuerdo el Tribunal Nacional de Ética Médica y por lo tanto, se debe confirmar la providencia del Tribunal Seccional.

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

RESUELVA

Artículo Primero. Confirmar como en efecto confirma, la sanción de Censura Escrita y Publica al Dr. O.A.Q.P. por violación del artículo 36 de la Ley 23 de 1981, en concordancia con el Artículo 3º de la Resolución 1995 de 1999 del Ministerio de Salud, hoy Ministerio de la Protección Social, expedida por el Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima en el proceso 324. **Artículo Segundo.** Contra esta providencia no existe recurso alguno. **Artículo Tercero.** Devolver éste expediente al Tribunal de origen para lo pertinente. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. GERMAN PEÑA QUIÑONES Presidente -Magistrado- Ponente; EFRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado; LUIS ALBERTO BLANCO RUBIO, Magistrado JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; FERNANDO GUZMAN MORA, Magistrado y MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, agosto dos (02) del año dos mil once (2011).

**SALA PLENA SESIÓN No. 1097 DEL DOS (02) DE
AGOSTO DEL AÑO DOS MIL ONCE (2011).**

Ref: Proceso 511 del Tribunal de Ética Médica del Norte de Santander

Contra: Drs. O. C.S.T, J.C.O Y L.C.S.

Denunciante: Sr. L.A.O.

Asunto: Recurso De Apelación

Magistrado Ponente: Dr. Germán Peña Quiñones

Providencia No. 78-2011

VISTOS

El 20 de junio de 2011 el Tribunal de Ética Médica de Norte de Santander resolvió declarar que las conductas denunciadas por el quejoso Sr. L.A.O. no son constitutivas de infracción ética médica, abstenerse de abrir investigación y archivar las diligencias.

El 29 de junio de 2011 se recibió en el Tribunal seccional comunicación de Sr. L.A.U.O., por medio de la cual interpone el recurso de apelación, recurso que fue otorgado por el Dr. Carlos Eduardo Parra Montoya, Presidente del Tribunal seccional el 12 de julio de 2011.

El expediente que consta de 2 cuadernos que contienen 28 y 20 folios, fue recibido en el Tribunal Nacional de Ética Médica el 18 de Julio, se repartió en Sala Plena del 19 de julio de 2011 y le correspondió por sorteo a Germán Peña Quiñones

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

HECHOS:

De acuerdo con la queja, el Sr. L.A.U.O., por dolencias y traumas de su pie izquierdo, (Hallus valgus y pie neuropático) se sometió a una cirugía el 28 de octubre de 2008, que fue practicada por el Dr. O.C.T., cirugía que no había dado los resultados esperados, “o sea que había salido muy mal” y tuvo que someterse a otra cirugía en la que le amputaron dos dedos del pie izquierdo, a consecuencia de necrosis isquémica. Se queja además en contra de los doctores L.C.S. y J.C.O. de la Clínica Santa Ana S.A. de Cúcuta porque “no tuvieron en cuenta, que estando con mis dedos infectados, con heridas abiertas como se pueden observar las fotos a color que anexo a esta denuncia, ellos me ordenaron la salida manifestándome que en mi casa podría estar mejor, pero sin ordenar ningún tratamiento, ni siquiera preventivo, que evitara el contagio por estar al aire libre mis heridas”.

En su declaración bajo juramento el Dr. O.C.T manifestó que el fue el cirujano que le hizo la corrección de la deformidad severa del pie, en el talón y en los dedos del pie, que se le explicó que por ser una deformidad severa y ser un paciente diabético podría haber necrosis de los dedos debido a lesión microvascular, que en este caso se agravó por ser el paciente un fumador de 60 cigarrillos diarios, hecho que el paciente no había informado, y que se trataba de un efecto adverso producido al cambiar de posición los dedos del pie se puede producir obstrucción de las arterias, produciendo necrosis lenta y progresiva de los dedos.

El paciente fue dado de alta el 30 de octubre de 2008 y hasta el 7 de octubre recibió atención médica por parte de los especialistas de ortopedia y el Dr. L.C.S. de cirugía vascular.

El día 5 de noviembre la arteriografía practicada por el Dr. S, informa que no hay obstrucción arterial que amerite revascularización quirúrgica.

gica y recomendó tratamiento médico. El Dr. J.C.O. (ortopedista) lo atendió el 7 de noviembre y recomendó control cada 8 días. El paciente se presentó el 14 de noviembre, fue a control a la Clínica de la Policía y el médico que lo atendió lo refirió al Dr. S, quién lo envía a la Clínica San José donde fue valorado por el “Dr. S” quién lo hospitaliza y el 27 de noviembre le amputaron los dos primeros dedos del pie izquierdo.

LA ACTUACION

El 14 de mayo de 2009 se recibió en el Tribunal de Ética Médica de Norte de Santander la queja del Dr. L.A.U.O en contra de los Drs. O.C.T. , J.C.O y L.C.S.

El 10 de febrero de 2010, el Magistrado Dr. CARLOS E. PARRA MONTOYA ordenó iniciar investigación preliminar y oír en declaración al quejoso y a los médicos disciplinados.

El 4 de mayo de 2011 se llevó a cabo la declaración bajo juramento del Dr. O.C.T., sin estar acompañado por apoderado.

El 20 de junio de 2011 el tribunal seccional resolvió declarar que las conductas denunciadas por el quejoso (Sr. L.A.O.) no son constitutivas de infracción ética médica, abstenerse de abrir investigación y archivar la diligencia.

El 29 de junio de 2011 se recibió en el Tribunal seccional comunicación de Sr. Luis A.U.O. por medio de la cual interpone el recurso de apelación, recurso que fue otorgado por el Dr. Carlos Eduardo Parra Montoya, Presidente del Tribunal seccional el 12 de julio de 2011.

El expediente fue enviado al Tribunal Nacional, donde fue recibido el 18 de julio de 2011.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

El Tribunal Nacional de Ética Médica encuentra que al médico disciplinado, Dr. O.C.T, en la investigación preliminar se le tomó declara-

ción juramentada en vez de versión libre y espontánea y considera que este acto irregular en principio debería producir la nulidad de todo lo actuado.

Pero de conformidad con la reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, es una realidad que no toda irregularidad produce nulidad, porque dentro de los principios que rigen las nulidades se encuentra el de trascendencia, según el cual para que una irregularidad constituya nulidad, debe haber ocasionado un perjuicio a uno cualquiera de los sujetos procesales, en este caso al disciplinado.

Como es una realidad que en este caso la irregularidad no le ocasionó al disciplinado doctor O.C.T, ningún perjuicio la Sala no declarará la nulidad del proceso, pese a lo cual hará algunas consideraciones en referencia al debido proceso y algunas de las garantías que lo integran, una de las cuales es la libertad que tiene el imputado para declarar en el proceso, que le garantiza que su versión sea rendida con la garantía al derecho a la defensa y sin coacción de ninguna naturaleza, y es evidente que el juramento constituye una coacción moral y legal.

“El debido proceso está constituido por todas las garantías de las cuales deben estar revestidas las personas que acuden al proceso, sin discriminación de ninguna especie, es decir, la garantía del demandante y el demandado, de la mujer y el hombre, etc.” (Fernando Guzmán Mora, Eduardo Franco Delgadillo, Edgar Saavedra Rojas: *Derecho Médico Colombiano. Elementos Básicos. Responsabilidad Ética Médica Disciplinaria. Tomo III El Debido Proceso* pp 2089-2093, Bogotá 2006.)

La Diligencia de Versión Libre y Espontánea (Fernando Guzmán Mora, Eduardo Franco Delgadillo, Edgar Saavedra Rojas: *Derecho Médico Colombiano. Elementos Básicos. Responsabilidad Ética Médica Disciplinaria. Tomo III El Debido Proceso* pp 2057-2158, Bogotá 2006.)

“La diligencia de versión libre y espontánea en el Proceso Ético Disciplinario es el equivalente penal de una preindagatoria y es la facultad que tiene una persona de rendir versión libre sobre un hecho punible.

La versión libre debe cumplir varias condiciones

1. No se realiza bajo la gravedad del juramento.
2. Debe asistir con apoderado o defensor.
3. No es obligado el que rinde la versión libre y espontánea, de autoincriminarse.
4. Son diligencias reservadas, pero una vez rendida la diligencia, puede ser conocida por el imputado y obtener copias con el defensor.

El Estado Social de Derecho tiene como fundamento el respeto a la dignidad humana y la doctrina agrega que además al libre desarrollo de la personalidad. Este artículo envuelve el principio rector en el ámbito disciplinario y penal y se tiene que dar en todo el desarrollo de las etapas procesales..

La presunción de inocencia consiste en que a nadie se le considera responsable hasta que se le demuestre.

En la diligencia se advierte al declarante que no se encuentra bajo la gravedad del juramento y se procede a interrogar de acuerdo con la versión planteada por el denunciante.”

El Tribunal Nacional de Ética Médica encuentra además que la primera diligencia del proceso, se llevó a cabo 9 meses después de haber sido recibida la queja y la segunda, a los dos años.

Basa su inconformidad el quejoso para solicitar la apelación en el hecho que él no es diabético, en que no fuma 60 cigarrillos al día, y sugiere que esa información es falsa; razona además que varios médicos de la Clínica San José, donde fue atendido para la amputación de los dedos, “reprocharon el procedimiento practicado y la conducta médica seguida” y agrega que “el médico no puede confiarse con la supuesta autorización que todo paciente concede, porque es el médico quién conoce los riesgos de toda intervención y no el paciente, quién necesitado del restablecimiento de su salud, autoriza todo procedimiento, desde que se presenta al centro de salud”

El Tribunal Nacional de Ética Médica encuentra que el Tribunal seccional, no llevó a cabo las diligencias de versión libre de los otros dos

médicos disciplinados, no solicitó la historia clínica de la institución hospitalaria donde se produjo la amputación de los dedos y no solicitó las declaraciones de los médicos que supuestamente “reprocharon” el procedimiento y por lo tanto el Tribunal Nacional estima que la investigación se debe ampliar para tomar una determinación con mayores fundamentos.

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

RESUELVA

Artículo Primero: Revocar, como en efecto revoca la resolución inhibitoria del Tribunal de Norte de Santander y ordena iniciar una investigación formal. **Artículo Segundo:** Devolver éste expediente al Tribunal de origen para lo pertinente. **artículo tercero:** Contra esta providencia no procede recurso alguno. **COMUNIQUESE Y CUMPLASE**

FDO. GERMÁN PEÑA QUIÑONES, Presidente- Magistrado Ponente; LUIS ALBERTO BLANCO RUBIO, Magistrado; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado; EFRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado y MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO. Secretaria.

Bogotá, febrero tres (03) del año dos mil once (2012).

**SALA PLENA SESIÓN No. 1118 DEL TRES (03) DE
FEBRERO DEL AÑO DOS MIL DOCE (2012)**

Ref: Proceso 623 Del Tribunal De Ética Médica De Caldas

Contra: Dr. F.A.P.

Denunciante: Sr. J.I.R.M.

Asunto: Apelación

Magistrado Ponente: Dr. Germán Peña Quiñones

Providencia No. 08-2012

VISTOS

El Tribunal seccional de Ética Médica de Caldas en Sala Plena del 14 de junio de 2011 resolvió por mayoría no aceptar los descargos del Dr. F.A.P. y sancionarlo con amonestación privada, de conformidad por lo establecido en el artículo 83 literal a) de la Ley 23 de 1981, concordante con los artículos 48 y 53 del Decreto Reglamentario 3380 de 1981, por violación de la Ley 23 de 1981, Título II Práctica profesional, Capítulo I De las Relaciones del Médico con el Paciente en sus artículos 10 y 15. Con salvamento de voto de los magistrados Hermann Rodríguez Hoffman y Jorge Vargas Gónima.

El 18 de julio de 2011 se recibió en el Tribunal seccional comunicación del Dr. ABELARDO BENJUMEA HURTADO. en su condición de defensor del Dr. F.A.P. por medio del cual interpone recurso de reposición y en subsidio de apelación contra el fallo de fondo proferido el día 14 de junio de 2011.

El Tribunal de Ética Médica de Caldas en Sala Plena del 22 de Noviembre de 2011 resolvió no revocar ni reponer el fallo de fondo proferido por el tribunal el 14 de junio de 2011, ratificó la sanción impuesta al Dr. F.A.P. y concedió el recurso de apelación ante el Tribunal Nacional de Ética Médica por lo que el expediente fue enviado a éste Tribunal, donde fue recibido el 14 de diciembre de 2011.

El Tribunal Nacional de Ética Médica suspendió los términos de los procesos desde el 19 de diciembre de 2011 hasta el 13 de enero de 2012 por vacaciones colectivas. El expediente fue repartido en Sala Plena del Tribunal Nacional de Ética Médica del 17 de enero de 2012 y le correspondió por sorteo a Germán Peña Quiñones.

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

HECHOS:

El Sr. J.I.R.M. acudió a Urgencias de la CLÍNICA VILLA PILAR RITA ARANGO ÁLVAREZ DEL PINO el 26 de septiembre de 2007, le tomaron radiografías de los miembros inferiores en la Clínica San Rafael y lo volvieron a llevar a la Clínica Villa Pilar; le dijeron que tenía heridas por arma de fuego en las extremidades inferiores y el 28 de septiembre de 2007 fue llevado a cirugía para researle un cuerpo extraño de la rodilla; al despertar le pidió al cirujano que le mostrara el cuerpo extraño y él le respondió que no lo había podido sacar porque “se había movido de lugar”. Al día siguiente, 29 de septiembre fue trasladado a la Clínica de la Policía, le tomaron otras radiografías “y en ese momento nos dimos cuenta que en la Clínica Rita Arango me habían operado la pierna izquierda la cual no había necesidad de operar”. En la Clínica de la Policía procedieron a operarle la pierna derecha, donde se encontraba el objeto extraño. El quejoso aduce que la cirugía de la rodilla equivocada le dificultó la recuperación y le había dejado una cicatriz de 15 centímetros en la rodilla izquierda y tuvo “corrientazos” en esa pierna.

Posteriormente se estableció que el cirujano que había practicado la cirugía, motivo de la queja fue el Dr. F.A.P. quién en su versión libre afirmó que al evaluar al paciente encontró que tenía múltiples heridas en ambos miembros inferiores y que le había dicho que no podía mover el miembro inferior izquierdo, que podía mover la rodilla derecha y que antes de la cirugía el paciente le había dicho que la rodilla que iba a operar era la izquierda, que era la que no podía mover y que las radiografías no estaban marcadas, que el paciente tenía esquirlas en ambos miembros inferiores y que en el consentimiento informado el paciente había informado que era la rodilla izquierda la que se iba a operar (folio 80).

LA ACTUACIÓN

El 8 de febrero de 2008 se recibió en el Tribunal de Ética Médica de Caldas la queja del Sr. J.I.R.M. en contra del Dr. O.j.p. por la atención dada por el médico al quejoso en la Clínica Villa Pilar. En Sala Plena del 8 de febrero de 2008, el Tribunal de Caldas designó al Dr. JORGE VARGAS GÓNIMA como Magistrado Instructor y se ordenó la apertura de Instrucción.

En Sala Plena del Tribunal seccional del 19 de febrero de 2008, el Magistrado J.A.R.M. se declaró impedido para conocer los procesos ético disciplinarios en contra del Dr. O. J. P, por poseer una sociedad con él, impedimento que fue aceptado y se solicitó al Tribunal Nacional el nombramiento de Magistrado que lo reemplazara.

El 4 de marzo de 2008 se recibió en el Tribunal seccional comunicación del Dr. O.J.P. informando al Tribunal que el día de la cirugía del quejoso, él no estuvo trabajando en la Clínica Rita Álvarez del Pino y que en el informe quirúrgico se puede leer que el cirujano fue el Dr. F.A..

El Tribunal Nacional de Ética Médica nombró a la Dra. LUZ EMILIA RESTREPO MARÍN como magistrada para actuar en el proceso 623 para suplir al Dr. JAIME ALBERTO RESTREPO MANOTAS quién se posesionó el 31 de marzo de 2008 ante el Presidente del Tribunal.

El 21 de mayo de 2008 se llevó a cabo en el Tribunal seccional la diligencia de ampliación y ratificación de la queja por el Sr. J.I.R.M. y el 3 de julio de 2008 se llevó a cabo la diligencia de versión libre del Dr. F.A.P. quién estuvo acompañado por su apoderado Dr. ABELARDO BENJUMEA HINCAPIÉ.

El 24 de septiembre de 2008 se llevó a cabo la diligencia de declaración juramentada de la Dra. M.Y.L.L. con asistencia de la Dra. ANA MARÍA CHICA, abogada suplente del Dr. F.A.P. .

El 9 de septiembre de 2010 se llevó a cabo la declaración bajo juramento del Dr. J.M.M. con la presencia del Dr. Abelardo Benjumea, Apoderado del Dr. Á.

El 26 de octubre de 2010 se incluyó en el expediente el informe de conclusiones y el mismo día el Tribunal seccional resolvió que existía mérito para formular pliego de cargos al Dr. F.A.P. por violación de la Ley 23 de 1981 y su Decreto Reglamentario 3380/81 en su Título II Práctica Profesional, Capítulo I De las Relaciones del Médico con el Paciente en sus artículos 10 y 15.

El 25 de enero de 2011 el Tribunal seccional en sala Plena llevó a cabo la diligencia de descargos del Dr. F.A.P. en compañía de su apoderado el Dr. Abelardo Benjumea en la que el médico disciplinado leyó su defensa al pliego de cargos y su apoderado arrima como prueba documental un escrito denominado Auditoría Médica del 16 de noviembre de 2007 y solicita que el Tribunal se sirva citar y oír en declaración juramentada a los profesionales J.A.V., J.E.G y A.J. quienes forman parte de la auditoría cuyo documento se aportó.

El Tribunal seccional en Sala Plena del 1 de febrero de 2011 resolvió llamar a declarar a los doctores A.J, Ortopedista, J.A.V, Auditor de la Policía y J. E.G, Auditor Médico y tener como material probatorio el documento de análisis de proceso de Atención en Unidad Hospitalaria de Villapilar respecto al caso del paciente J.I.R.M.

El 30 de marzo de 2011, se llevó a cabo la diligencia de declaración bajo la gravedad del juramento del Dr. Á.J, con la presencia del Dr. Abelardo Benjumea, apoderado del Dr. F.A. y el mismo día la diligencia de declaración bajo juramento del Dr. J.A.V., también con la presencia del Dr. Benjumea.

El 4 de abril de 2011 se llevó a cabo la diligencia de declaración bajo la gravedad del juramento del Dr. J.E.G., también con la presencia del Dr. Benjumea.

El Tribunal seccional en Sala Plena del 17 de mayo de 2011 decidió aceptar que el informe complementario de conclusiones entregado por el Dr. JORGE VARGAS GÓNIMA sea tenido como salvamento de voto y haga parte integral del fallo de fondo y facultar a la Dra. LUZ EMILIA RESTREPO MARÍN para que se desempeñe como Magistrada Ponente y sustente el fallo de fondo en contra del Dr. F.A.P. .

En el expediente en folios 192 a 197 inclusive, aparece el Formato Único de Informe Complementario de Conclusiones firmado por la Dra. Luz Emilia Restrepo, en folios 198 y 199 el salvamento de voto del Magistrado, Dr. Hermann Rodríguez Hoffman y en el folio 200 aparece el salvamento de voto del Magistrado Dr. Jorge Vargas Gónima.

El Tribunal seccional de Ética Médica de Caldas en Sala Plena del 14 de junio de 2011 resolvió por mayoría No aceptar los descargos del Dr. F.A.P. y sancionarlo con amonestación privada, de conformidad por lo establecido en el artículo 83 literal a) de la Ley 23 de 1981, concordante con los artículos 48 y 53 del Decreto Reglamentario 3380 de 1981, por violación de la Ley 23 de 1981, Título II Práctica profesional, Capítulo I De las Relaciones del Médico con el Paciente en sus artículos 10 y 15. Con salvamento de voto de los magistrados Hermann Rodríguez Hoffman y Jorge Vargas Gónima.

El 18 de julio de 2011 se recibió en el Tribunal seccional comunicación del Dr. Abelardo Benjumea Hincapié. en su condición de defensor del Dr. F.A.P. por medio del cual interpone recurso de reposición y en subsidio de apelación contra el fallo de fondo proferido el día 14 de junio de 2011.

En folios 225 a 228 inclusive aparece el Informe Complementario de Conclusiones de la Magistrada LUZ EMILIA RESTREPO MARÍN.

El Tribunal de Ética Médica de Caldas en Sala Plena del 22 de Noviembre de 2011 resolvió no revocar ni reponer el fallo de fondo proferido por el tribunal el 14 de junio de 2011, ratificó la sanción impuesta al Dr. F.A.P. y concedió el recurso de apelación ante el Tribunal Nacional de Ética Médica por lo que el expediente fue enviado a éste Tribunal, donde fue recibido el 14 de diciembre de 2012.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

Argumenta el apoderado del Dr. F.A.P. que el médico disciplinado sí le dedicó el tiempo necesario a su paciente el Sr. J.I.R.M. (Artículo 10) porque tanto los registros de la historia clínica como las declaraciones testimoniales evidencian que se le realizó la intervención quirúrgica después de dos evaluaciones previas, el 26 y el 28 de septiembre de 2007 y que esas evaluaciones motivaron la conducta asumida y cuestiona la decisión del Tribunal en ese sentido afirmando que ésta decisión no se acompañó de una prueba idónea que determine el “porque dicho profesional no cumplió con tal deber”.

Igualmente cuestiona al Tribunal seccional, en cuanto a violación del artículo 15 de la Ley 23 de 1981, “el paciente se sometió a un riesgo injustificado” “porque no hay una sola prueba científica, ya sea pericial documental o testimonial que llegue a esa conclusión y se evidencia que los argumentos vertidos en el fallo son producto de elucubraciones y apreciaciones personales de los Magistrados y no del resultado de la valoración de elementos materiales probatorios y la aplicación de los principios de la sana crítica” que considera imperativos de utilizar y acatar para los funcionarios cuando emiten juicios, y se apoya en los argumentos de los magistrados que salvaron voto aduciendo que el médico disciplinado “tenía sustentos tanto clínicos como científicos para intervenir la rodilla izquierda porque clínicamente allí se eviden-

ciaba la existencia de una lesión que debía ser intervenida quirúrgicamente” y que el hecho de que no se hubiera encontrado el proyectil en la rodilla izquierda “no puede ser ahora utilizado como un argumento para sancionar, porque debe recordarse que los análisis de los funcionarios que adelantan procesos sancionatorios deben ser ex ante y no ex post” y agrega que las pruebas arrimadas al proceso demuestran que había suficientes razones para intervenir la rodilla izquierda y que no se respetó la presunción de inocencia que es un derecho fundamental. (Artículo 29 inciso 4 de la Constitución Nacional), que no admite excepción alguna e impone la práctica del debido proceso y que “La presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico, adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud del cual, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente. Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal (por denuncia, querrela o de oficio), hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, más allá de la duda razonable, basada en el material probatorio que establezca que elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado” y agrega que si hay duda se debe aplicar el principio de in dubio pro reo.

El Tribunal seccional al analizar los argumentos del recurrente afirma que el médico disciplinado en su evaluación inicial del paciente y las posteriores, hace una pobre descripción de los hallazgos físicos lo que impide tener claridad respecto a las lesiones encontradas lo que indica que le dedicó un tiempo insuficiente y cuestiona la conducta asumida por el médico de no explorar la otra rodilla sin justificación en la descripción quirúrgica para tomar esa conducta, con la cual sometió al paciente a un mayor riesgo.

El Tribunal Nacional de Ética Médica a analizar el proceso y los argumentos del recurrente opina que no desvirtúa los cargos y está de acuerdo con lo apreciado por el Tribunal seccional en cuanto a que el médico disciplinado no le dedicó tiempo suficiente al paciente porque

en sus evaluaciones, hace una descripción muy pobre de las lesiones y no evaluó apropiadamente las radiografías, documentos donde claramente, se observa la marquilla con la identificación del paciente en la parte inferior derecha de la placa y a la izquierda del observador, costumbre aceptada universalmente por los radiólogos, indicando que el proyectil se encontraba alojado en la rodilla derecha; el hecho que el paciente tuviera más dolor y limitación en la rodilla izquierda no necesariamente indicaba que esa rodilla tuviera alojado el proyectil.

Igualmente opina el Tribunal Nacional que la historia clínica del paciente y las placas de radiografía son documentos en los cuales se demuestra violación al artículo 10 de la Ley 23 de 1981 y son pruebas idóneas.

En cuanto a la violación del artículo 15 de la Ley 23 de 1981, argumenta el recurrente que no hay una sola prueba científica, ya sea pericial documental o testimonial que llegue a esa conclusión y se evidencia que los argumentos vertidos en el fallo son producto de elucubraciones y apreciaciones personales de los Magistrados y no del resultado de la valoración de elementos materiales probatorios y la aplicación de los principios de la sana crítica. El Tribunal Nacional tiene la convicción que ese cargo se produjo por los hallazgos en la historia clínica específicamente en la descripción quirúrgica y en la decisión de no intervenir la rodilla contralateral ni tomar una placa de radiografía para comprobar la posición del cuerpo extraño; el Tribunal Nacional afirma sin lugar a duda que estas no son “elucubraciones de los Magistrados” sino interpretación lógica de los hechos, tal como aparecen registrados en la Historia Clínica, que es el documento sobre el que se basa la decisión del Tribunal.

En cuanto al argumento del recurrente de que no se respetó la presunción de inocencia que es un derecho fundamental, el Tribunal Nacional de Ética Médica, encuentra que el apoderado del médico disciplinado, no aporta ninguna razón para sostener esta afirmación y sostiene que no hubo violación del debido proceso y que los argumentos esgrimidos por el Tribunal seccional para elevar los cargos y sancionar al Dr. F.A.P. no dan lugar a dudas para aplicar el principio de in dubio pro reo.

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

RESUELVA

Artículo Primero. Confirmar como en efecto confirma, la resolución expedida por el Tribunal Seccional de sancionar al Dr. F.A.P. con amonestación privada, de conformidad por lo establecido en el artículo 83 literal a) de la Ley 23 de 1981, concordante con los artículos 48 y 53 del Decreto Reglamentario 3380 de 1981, por violación de la Ley 23 de 1981, Título II Práctica profesional, Capítulo I De las Relaciones del Médico con el Paciente en sus artículos 10 y 15. **Artículo Segundo:** Devolver éste expediente al Tribunal de origen para lo pertinente. **Artículo Tercero:** Contra esta resolución no procede recurso alguno. **COMUNIQUESE Y CUMPLASE.**

FDO. FERNANDO GUZMÁN MORA Magistrado–Presidente;
GERMÁN PEÑA QUIÑONES, Magistrado Ponente; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado y MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, noviembre primero (01) del año dos mil cinco (2005).

**SALA PLENA SESIÓN No.848 DEL PRIMERO
(01) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL CINCO
(2005).**

REF: Proceso No. 659 del Tribunal de Etica Médica de Antioquia

Denunciante: Sr. R.A.A.M

Contra el doctor F.M.M.

Magistrado Ponente: Dr. Juan Miguel Estrada Grueso

Providencia No. 52 -2005

VISTOS

Mediante providencia del 5 de febrero del 2005 el Tribunal de Etica Médica de Antioquia formuló pliego de cargos en contra del doctor F.M.M. por presunta infracción de normas de la Ley 23 de 1981.

Los hechos ocurrieron el día 22 de abril de 2.002, cuando el señor **R.A.A.M** acude a la Institución COLMÉDICOS S.A.-; para realizarse un examen médico, el cual es requerido en su lugar de trabajo –Quala S.A-; dicho examen fue efectuado por el doctor **W.V.A.** quién certificó que el señor **R.A.A.M.** , tenía un problema en su columna y por tanto, no podía levantar objetos con un peso mayor a veinte (20) kilogramos.

Descontento con el diagnóstico dado por el doctor **V.A.**, el paciente acude de nuevo, el día 24 de abril de 2.002, a la misma entidad, con el fin de realizarse un nuevo examen, en esta oportunidad fue atendido por el doctor **S.F.M.M.**, quién certificó que el señor **R.A.A.M.** era

apto para laborar pero con algunas restricciones debido a su estado de salud, concepto acorde con primera valoración realizada.

El día 29 de abril de 2.002, el doctor **S.F.M.M.** envía a la empresa Quala S.A. el certificado médico expedido por el Doctor **W.V.A.** y el cual contenía el estado de salud del señor **R.A.A.M.** .

El paciente se queja del doctor **S.F.M.M.** por considerar que él ha vulnerado la reserva sobre su estado de salud, al enviar un certificado médico a la empresa Quala S.A., situación esta que le resulta contraria a la ética médica.

El Tribunal de Etica Medica de Antioquia y con ponencia del magistrado Ramón Córdoba Palacio y hechas todas las consideraciones del caso Resuelve :

PRIMERO: FORMULAR PLIEGO DE CARGOS al doctor **S.F.M.M.**, de notas civiles y personales ya conocidas, por la vulneración de los artículos 1º numeral 4, 37, 38 de la ley 23 de 1.981 y artículos 10 y 12 del decreto 3380 de 1.981, de conformidad con lo mencionado en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Contra la presente providencia proceden los recursos ordinarios de la ley.

El apoderado del médico disciplinado interpuso los recursos de reposición y en subsidio el de apelación, el primero de los cuales fue negado por providencia de esa corporación del 23 junio de 2005, concediéndose el recurso subsidiariamente interpuesto.

La Corporación procede a resolver lo pertinente mediante los siguientes:

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

Está corporación de manera reiterada ha venido sosteniendo en su jurisprudencia que el auto de formulación de cargos no es apelable y es así como en reciente providencia (No.25-2004) recoge el sentido de las jurisprudencias mencionadas al sostener:

“...Lo anterior, porque se deduce de la voluntad del legislador, que impuso unos términos perentorios para que una vez formulada la acusación se escuche al médico disciplinado en diligencia de descargos, brevedad de los términos que hace virtualmente imposible que se pudiera dar trámite al recurso de apelación. El artículo que regula este aspecto del proceso establece en el artículo 80 lo siguiente:

ARTICULO 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 formular cargos por violación de la ética médica, en contra del profesional acusado.
- b. Declarar que existe mérito para formular cargos por violación de la ética médica, caso en el cual, por escrito se la 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.

PARAGRAFO: *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.* (Lo destacado no lo es en el texto).-

Pero además del argumento precedente debe tenerse en cuenta que si el Tribunal Nacional de Ética Médica se pronuncia sobre el fondo del asunto al confirmar o revocar el pliego de cargos, es evidente que todos y cada uno de sus integrantes habrá comprometido su criterio en uno u otro sentido, y en tales circunstancias cualquier participación posterior dentro del mismo proceso estará signado de manera necesaria por el criterio inicialmente expuesto.-

En reciente pronunciamiento en relación con el mismo tema esta Corporación sostuvo: (Providencia 20-2004de la que fue ponente el Dr. Fernando Guzmán)

“...Si bien de manera general los autos interlocutorios admiten el recurso de apelación, lo cierto es que hay algunos en que por propia disposición de la ley se les niega la posibilidad de éste recurso, o que jurisprudencialmente se deduce su inapelabilidad, por ser ilógica la segunda instancia para determinados casos, por ser contrarios al sistema procesal imperante o porque se considera que en determinados casos la segunda instancia en lugar de favorecer perjudica a los intereses de los recurrentes.-

Es así como en providencia del 5 de junio de 1995 en relación con ésta temática se sostuvo:

“ Ha sido doctrina reiterada de esta superioridad que el pliego de cargos no admite recurso de apelación, como se deduce de la letra y el espíritu del artículo 80, literal b), de la Ley 23 de 1981. En varias oportunidades este Tribunal, con relación al recurso de alzada al pliego de cargos ha sostenido lo siguiente:

“ En efecto, si leemos detenidamente el artículo 80, literal b), de la ley 23 de 1981, nos percataremos que al enterar por escrito al profesional inculcado de los actos que se le imputan se le señalará fecha y hora para que el Tribunal en pleno lo escuche en diligencia de descargos ”.-

“ Esta norma es incompatible con cualquier recurso, pues su trámite haría inoficioso tal señalamiento.

“ Además, el implicado al sustentar los recursos, de una vez está respondiendo los cargos, con lo que se desconocerá la letra y el espíritu de la norma citada que quiere que los descargos sean rendidos ante el Tribunal en pleno.-

“ Si los recursos no le prosperan, y por tanto se confirman los cargos, la diligencia de descargos se volverá inoficiosa, pues el acusado se limitará a repetir los argumentos que ya le fueron rechazados al decidirle los recursos.-

“ Al concederle recursos al pliego de cargos, quien los decide está prejuzgando, pues si los confirma y, por lo mismo, hace un gran

esfuerzo dialéctico para ese efecto, le va a quedar muy difícil proferir posteriormente una decisión absolutoria ”.-

“ Esta afirmación aparece particularmente válida con relación al Tribunal de segunda instancia, pues si confirma los cargos prácticamente está condenado anticipadamente, pues el inferior, salvo que aparezcan pruebas contundentes en la etapa de juzgamiento, quedará atado por el criterio del superior y éste a su vez en el fallo definitivo se limitará a repetir los argumentos con los cuales confirmó tal proveído de cargos ”.-

“ Uno de los criterios buscados por el Constituyente de 1991, al establecer la Fiscalía General de la Nación, fue el de consagrar el sistema acusatorio, separando claramente las funciones acusatoria y decisoria, es decir, que quien formula el pliego de cargos no sea el mismo que juzga y decide, para evitar que en una misma persona o entidad se confundan las calidades de juez y de parte acusadora ”.-

“ Desde luego que la justicia ético-disciplinaria está aún lejos de este ideal, pero por lo menos en tratándose del Tribunal Nacional o Tribunal de Segunda Instancia, es preciso quitarle la facultad, que la costumbre y no la ley le atribuyó, de decidir sobre el pliego de cargos, pues, reiteramos, será acusador y juez y, por lo mismo, perderá la imparcialidad necesaria para juzgar, cuando se apela el fallo definitivo ”.-

“ Todo ser humano tiene derecho a ser juzgado con absoluta imparcialidad, la que solo se logra cuando quien adelanta la investigación y formula los cargos no es el mismo que juzga y decide. Y aunque tal principio aún no lo podemos aplicar con relación a los tribunales seccionales, si es posible con relación al Tribunal Nacional, máxime si se tiene en cuenta que de la propia letra del artículo 80 se deduce que el legislador no quiso darle recursos al tan mentado pliego ”.-

“ A lo anterior debemos agregar, que en los sistemas procesales modernos, la acusación, como la defensa, son atribuciones de la parte, en tanto que la decisión es potestativa del juez. Dentro de la lógica del proceso lo único que puede ser recurrible, como es obvio, son

las decisiones judiciales. Por lo mismo, si la acusación es facultad de la parte no debe ser recurrible, pues resulta un contrasentido el que existan acusadores de primera y de segunda instancia.-

“ Además, en los procedimientos disciplinarios no se ha consagrado el recurso de alzada para el pliego de cargos...”

Esta jurisprudencia ha sido reiterada posteriormente en varias decisiones como la que se produjo el 4 de septiembre de 1995.- Si no se han producido desde aquella época cambios constitucionales ni legislativos que hagan cambiar el criterio de la Corporación, necesario es concluir que se ha de mantener la jurisprudencia de manera inalterada, y todavía con mayor razón, cuando las consideraciones que allí se hacen son precisamente a favor de los intereses del acusado, para efectos de garantizarle una mayor imparcialidad de la segunda instancia y para efectos de tutelar de manera efectiva su derecho a la defensa...”

En consecuencia esta sala, en uso de las atribuciones que le confiere la Ley.

RESUELVE:

Artículo Primero: INHIBIRSE de conocer de la apelación interpuesta por las razones previamente reseñadas. **Artículo Segundo:** Una vez en firme la presente providencia devolver el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia. **NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

FDO. EFRAÍM OTERO RUÍZ, Presidente (E.); JUAN MIGUEL ESTRADA GRUESO, Magistrado Ponente; MIGUEL OTERO CADENA, Magistrado; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, septiembre veintisiete (27) del año dos mil cinco (2005).

**SALA PLENA SESIÓN No.844 DEL VEINTISIETE
(27) DE SEPTIEMBRE DEL AÑO DOS MIL CINCO
(2005).**

REF : Proceso No. 858 del Tribunal de Etica Médica de Antioquia.

Denunciante : A. de J.V.L.

Contra los Doctores: C.P. y P.A.R.

Magistrado Ponente: Doctor JUAN MIGUEL ESTRADA GRUESO

Providencia No. 48 -2005

VISTOS

El señor A. de J. V.L. , interpone recurso de apelación contra la providencia de fecha 2 de Mayo de 2005, por medio de la cual el Tribunal de Ética Médica de Antioquia profiere resolución inhibitoria a favor de los doctores C.P. y P.A.R. , absteniéndose de abrir proceso disciplinario en su contra por queja presentada por él mismo ante la personería de Puerto Berrío y radicada con el No. 858

Se ha interpuesto ante esta corporación por el denunciante, dentro de los términos legales el recurso de apelación, razón por la cual el presente proceso se encuentra para fallo resolviéndose así la segunda instancia.

El cuadernillo que contiene las diligencias del proceso en referencia fue recibido en este Tribunal Nacional de Etica Médica el día 22 del mes de Agosto del 2005 y puesto para reparto en sala plena del 23 de

Agosto del 2005, le correspondió por sorteo al Magistrado Juan Miguel Estrada Grueso.

Cumplidos los términos legales se procede a resolver con los siguientes:

HECHOS

El día 27 de Noviembre de 2003 el señor **A. De J.V.L.**, fue atendido en la E.S.E. Hospital La Cruz por un accidente que sufrió al caer de una bicicleta, ocasionándole una lesión en el miembro inferior izquierdo arriba de la rodilla, fue atendido por el doctor **C.P.**, quien le cogió tres (3) puntos y le dio de alta. A los 5 días acudió para que le retiraran los puntos, quejándose que había quedado con un imperfecto superficial y con un impedimento para subir y bajar escalas y áreas pendientes. Por lo anterior acudió donde un médico particular, quien le manifestó que le habían “unido el músculo a la piel y debido a eso eran los impedimentos que se me presentaron”. Con motivo de esto regresó a los 10 días al Hospital para comentarle al doctor **C.P.** lo antes mencionado, y este habló con el ortopedista y ambos le manifestaron que debía hacer ejercicio. Afirma en su queja, el señor **V. L** que fue donde el Coordinador Médico y el Gerente del Hospital, Doctor R., a poner en conocimiento el caso, “quien no le dio importancia al caso y no lo quiso atender”.

Ante esta queja el personero municipal de Puerto Berrío el día 19 de Enero de 2004, según folio 5 del proceso solicita al Instituto de Medicina Legal un reconocimiento médico legal para allegar a diligencias disciplinarias que adelanta su despacho.

INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES. REGIONAL NOROCCIDENTE. SECCIONAL ANTIOQUIA. UNIDAD LOCAL DE PUERTO BERRIO mediante reconocimiento No. RL-2004.20, da respuesta a la solicitud así:

“El 26 de Enero de 2004 a las 09:50 horas, el suscrito médico legista, bajo la gravedad del juramento que tiene prestado. EXPONE: En

la fecha fue reconocido(a) por primera vez quien refiere: “Un médico me cogió unos puntos mal en la rodilla”. Al examen físico consciente, orientado, con cicatriz deprimida, no ostensible en tercio distal y anterior de muslo izquierdo. Sin limitación de los movimientos de rodilla izquierda ni miembro inferior izquierdo. Según historia clínica número 12146 del hospital la Cruz de Puerto Berrío con nombre de A. de J.V.L., fue atendido el 26 de Noviembre de 2004 a las 19:40 al ser atropellado por una moto cuando conducía una bicicleta presentando trauma de rodilla, trauma de tejidos blandos y TEC leve, fue suturado por una herida de 1 cm en la rodilla izquierda. Por lo anterior concluyo que no hay lesiones personales por lo cual no fijo incapacidad médico legal ni secuelas ” (folio 6).

RESULTANDOS

En el Tribunal de Etica Medica de Antioquia en sesión del 2 de mayo del 2005 se presenta la ponencia por el magistrado instructor, en la cual una vez relatados los hechos en cuestión y con base a las consideraciones y según las pruebas aportadas junto con la queja, por parte de la personería de Puerto Berrío, se observa que el señor A. de J. V.L. no presenta ningún tipo de lesión ni secuela, lo cual está consagrado en el dictamen de medicina legal de la siguiente manera:

“...Al examen físico consciente, orientado, con cicatriz deprimida, no ostensible en tercio distal y anterior de muslo izquierdo. Sin limitación de los movimientos de rodilla izquierda ni miembro inferior izquierdo... Por lo anterior concluyo que no hay lesiones personales por lo cual no fijo incapacidad médico legal ni secuelas ...” (folio 6).

Así mismo obra en el expediente que al señor V. L. “se le brindo la atención médica que requería en el momento “.

De conformidad con lo anterior, el tribunal concluye que por parte del Dr. C.P. , “ no se evidenció una conducta contraria a la ley 23 de 1981, en la atención dada al señor A. de J. V.L. como quiera que realizó un

procedimiento médico acorde con lo que requería el paciente en el momento, e incluso solicitó concepto a un colega especialista en ortopedia. De igual manera no se observa una vulneración de los deberes ético normativos por parte del Dr. R., gerente de la ESE Hospital La Cruz “.

Como resultado de ello y por las consideraciones presentadas, que el Tribunal de Etica Medica de Antioquia resuelve: “ Proferir resolución inhibitoria a favor del Doctor C.P. y el Dr. R. por NO evidenciar una conducta contraria a la ley 23 de 1981 durante la atención dada al Señor A. de J.V.L. dentro de la investigación radicada bajo el número 858.

Dentro de los términos legales, el denunciante interpone el recurso de apelación contra la providencia y lo sustenta, razón por la cual el Tribunal se lo concede y el proceso pasa al Tribunal Nacional de Etica Medica.

La sustentación del recurso se fundamenta básicamente en considerar no válido como prueba el reconocimiento médico legal realizado por el perito del Instituto de Medicina Legal, dada la sintomatología referida como secuela del tratamiento instaurado por el doctor C.P. al suturar una herida en el miembro inferior izquierdo por encima de la rodilla y por “ venir precisamente de persona que labora en el mismo Hospital La Cruz de Puerto Berrío, donde lo hace el médico endilgado de haber cometido el error que me causó la secuela que actualmente padezco, y además que por el mismo colega no sería capaz de involucrarlo en el caso ”.

CONSIDERANDOS

En el caso que nos ocupa el señor V.L. centra su queja en un resultado adverso por la atención de urgencia, prestada por el Dr. C.P. al suturar una herida en el miembro inferior izquierdo algunos centímetros arriba de la rodilla, quedando como secuela dolor en la cicatriz y limitación funcional de la rodilla, situación claramente desvirtuada en la

evaluación de reconocimiento realizado por el Doctor J. O., perito del Instituto de Medicina Legal

y ciencias forenses unidad local de puerto Berrío quien hechas las consideraciones y evaluación clínica concluye “ no hay lesiones personales, por lo cual no fijo incapacidad médico-legal...”.

Como lo ha sostenido reiteradamente este Tribunal pueden deducirse responsabilidades a un médico que atienda en Colombia a un enfermo en dos clases de razones: la una , por que haya obrado en contra de la lex artis ad Hoc, entendida como aquello que en las mismas circunstancias hubiera hecho, para el beneficio del paciente, un médico hábil y de las mejores calidades científicas y éticas; la otra por que su conducta pueda encuadrarse de manera inequívoca como violación de alguno de los artículos de la ley 23 de 1.981 y sus decretos reglamentarios.

Igualmente se ha insistido en que, por el contrario es procedente la resolución inhibitoria siempre que en las diligencias preliminares quede claro, sin lugar a duda que no se produjo una falta contra la ética medica o que el médico acusado no es autor de los hechos presuntamente antiéticos sobre los que se basa la queja.

En este caso y analizadas las fuentes documentales y los conceptos rendidos por especialistas y peritos, muestran sin lugar a duda que la actuación medica se presto de la forma mas adecuada para las circunstancias de modo tiempo y lugar.

No es función de esta instancia ni de este Tribunal Nacional, entrar a dirimir la duda presentada por el quejoso en su sustentación y que hace referencia al dictamen de Medicina Legal expedido por la autoridad competente para estos casos en el lugar de los hechos. En su argumentación en Señor A. De J.V.L. hace una acusación contra la ética Medica, por demás calumniosa mientras no se demuestre lo contrario, contra el Doctor J. O. G. perito del Instituto Nacional de Medicina Legal y ciencias Forenses, Regional Nor-Occidente, Seccional Antioquia, Unidad local de Puerto Berrío al manifestar: “...La providencia es apoyada, con fundamentación en el dictamen de Medicina Legal de

este Municipio, luego de que fuera auscultado por el galeno de turno. Pero considero que el dictamen no debe tenerse en cuenta probatoriamente, por venir precisamente de una persona que labora en el mismo Hospital La Cruz de Puerto Berrio, donde lo hace el médico endilgado de haber cometido el error que me causo la secuela que actualmente padezco, y además que por el mismo “colegaje” no sería capaz de involucrarlo en el caso. Es por ello que debe tildarse de sospechoso dicho dictamen...”

La actuación de esta Corporación en el caso se limita exclusivamente al recurso invocado ante la providencia del Tribunal Seccional.

A la luz de los hechos y documentos, no se evidencia ninguna falta en el accionar médico, en contra de la ética o violatoria de los preceptos de la ley 23 de 1981, por parte de los Doctores C.P. y P.A.R. Jiménez en la atención prestada al señor A. de J. V.L. .

Son suficientes las consideraciones y en virtud de lo expuesto anteriormente, el Tribunal Nacional de Etica Médica:

RESUELVE

Artículo Primero: Confirmar el auto inhibitorio que es motivo de revisión en virtud de la interposición del recurso de apelación. **Artículo Segundo:** Devolver el expediente al Tribunal de Etica Medica de Antioquia para lo de su cargo. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

FDO: JUAN MENDOZA VEGA, Presidente ; JUAN MIGUEL ESTRADA GRUESO, Magistrado Ponente; MIGUEL OTERO CADENA, Magistrado; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado; EFRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado y MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, junio ocho (8) del año dos mil diez (2010).

SALA PLENA SESIÓN No.1046 DEL OCHO (8) DE JUNIO DEL AÑO DOS MIL DIEZ (2010).

REF: Proceso No. 657, Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta

Contra: Doctores C.R.H y J.E.G.P.

Denunciante: Señora H.M.P

Asunto: Recurso de Apelación

Magistrado ponente: Doctor Juan Mendoza Vega. M.D.

Providencia No. 49-2010

VISTOS:

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta, en Sala Plena del 4 de Marzo de 2010, resolvió ordenar el archivo de la queja presentada por la señora H.M.P. , contra los doctores C.R.H. y J.E.G.P. , por considerar que los hechos denunciados no constituyeron violación a las disposiciones de la ética médica ni de la *Lex Artis ad hoc*.

La decisión del tribunal de primera instancia fue recurrida por la quejosa, en escrito sin fecha, recibido en el tribunal seccional el 11 de Marzo de 2010. En Sala Plena del 22 de Abril de 2010, el tribunal negó la reposición y concedió la apelación impetrada, en el efecto suspensivo, por lo que remitió las diligencias a este Tribunal Nacional para lo de competencia.

Recibido el cuaderno que contiene la actuación el 28 de Mayo de 2010, fue puesto para reparto en Sala Plena del 1 de Junio, y asignado por

sorteo al magistrado Juan Mendoza-Vega.

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

HECHOS:

En escrito fechado el 8 de Julio de 2008, la señora H.M.P. presentó ante el Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta, queja contra los médicos C.R.H. y J.E.G.P. , por presuntas fallas en la atención que le prestaron a la niña D.E.E.P., hija de la quejosa, a partir del 12 de Marzo de 2008, cuando ella fue llevada al servicio de urgencias del Hospital Departamental de Villavicencio por haber sufrido traumatismo en su pie izquierdo durante la práctica de un deporte en el colegio donde estudiaba.

Según afirma la señora P., ... su hija fue examinada por el ortopedista doctor G. P., quien observó dolor y edema en el tobillo y le ordenó radiografía de la zona afectada, la cual se le practicó sin demora; tras analizar el estudio radiográfico, el doctor G. le explicó que se trataba solamente de un esguince en el tobillo, le dio salida y “me recomendó mandarla a sobar”, como afirma que hizo luego. Sin embargo, el dolor y la inflamación no mejoraron, por lo que volvió con la niña tres días mas tarde, el 15 de Marzo, al centro asistencial donde fue atendida por la doctora C. C. quien, tras examinarla, le ordenó anti-inflamatorio no esteroide, aplicación local de hielo y de nuevo la envió a su casa sugiriendo consultar al centro de salud si en los días siguientes continuaban los síntomas porque en su sentir no era necesario nada más por el momento. Como en efecto persistió el dolor y la inflamación, trajo la enfermita por tercera vez al hospital el 19 de Marzo y el médico que la atendió, cuyo nombre dice no recordar, encontró signos de infección local y ordenó hospitalización para exámenes y tratamiento; desde ese momento la niña Diana Edith padeció un proceso de enfermedad infecciosa que llegó a requerir tratamiento en la Unidad de Cuidado Intensivo de la Clínica Meta, además de avenamiento quirúrgico y

limpiezas reiteradas de colección purulenta en el tobillo izquierdo. En la fecha de la queja, la niña continuaba recluida en el servicio de Pediatría del Hospital Departamental y la señora Pardo consideró que los médicos G. y C. le habían causado daños dignos de sanción ética.

El tribunal de primera instancia, tras analizar las historias clínicas de las entidades donde fue atendida la pequeña paciente, así como la queja, su ampliación bajo juramento, las declaraciones no juramentadas de los médicos acusados, concluyó que la actuación de los doctores G.P. y C. fue la adecuada para el caso, cumplió los protocolos habituales de atención para un esguince de tobillo y no infringió la ética médica ni la *Lex Artis ad hoc*, que por consiguiente no ha lugar la queja y que era del caso ordenar el archivo de la queja.

La providencia fue recurrida para reposición y en subsidio apelación por la quejosa, dentro de los términos legales. El tribunal analizó la sustentación de los recursos y resolvió que, al no encontrar argumentos en contrario, era necesario negar la reposición pero concedió la apelación, que se resuelve en el presente fallo.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS:

La calidad de médicos de los disciplinados y los detalles de su participación en la atención a la niña D.E.E.P. se hallan debidamente probados en el informativo.

La quejosa sustenta su apelación en dos argumentos principales:

1. Que el tribunal de primera instancia no tuvo en cuenta sino los argumentos favorables a los médicos acusados por ella, y pasó por alto la negligencia con que actuó el doctor G.P. cuando diagnosticó solamente un esguince de tobillo y no internó la niña en el hospital para mejor tratamiento.
2. Que la niña D.E. no padeció enfermedad sino accidente y que la grave infección que se le diagnosticó días después fue causada por

fallas en la atención inicial que le dieron los doctores G.y C., lo cual en su sentir demuestra la negligencia y “falta de ética” en tal atención.

Sobre el punto primero, debe señalarse que el tribunal de primera instancia estudió de manera completa y juiciosa todo el material probatorio allegado al expediente, incluyendo como era indispensable las historias clínicas que del caso llevaron las dos instituciones asistenciales en las que se dio atención a la paciente; en la parte motiva de la providencia adoptada el 4 de Marzo de 2010, se hace detallado análisis de los actos realizados en el momento de la primera consulta de urgencias y se anota cómo en ese momento el ortopedista G. P., con el buen juicio y conocimientos de su especialidad, al considerar los signos clínicos juzgó necesaria la ayuda de un examen radiológico, después del cual pudo descartar lesiones mayores como alguna fractura del tobillo y consolidó su diagnóstico de esguince, el que evidentemente no requería hospitalización ni medidas distintas de la inmovilización y los medicamentos que inmediatamente le ordenó. En cuanto a la doctora C. , el examen por ella practicado y que anotó debidamente en la historia clínica tampoco mostró los signos de infección que sí fueron aparentes cuatro días después de su consulta. La señora P., por razones obvias y como la mayoría de las personas que no tienen formación profesional en Medicina o Enfermería, no sabe que el proceso de diagnóstico médico está muy lejos de ser una adivinación afortunada y es el análisis de los datos que el profesional recoge cuando examina a su paciente, datos que pueden aparecer después de su examen sin que por ello se le pueda hacer reproche alguno. No es de recibo, entonces, este argumento del recurso.

Al punto segundo, debe responderse que la aparición de un foco infeccioso grave en los tejidos maltratados por un accidente, como ocurrió en el caso que se examina, es complicación impredecible que puede ocurrir en tiempo variable después del accidente, sin que sea achacable tal complicación a los actos de los médicos que dieron la atención inicial; se trató de un evento que los médicos no podían prevenir, entre

otras cosas porque ocurre con poca frecuencia, en el que no les cabe responsabilidad. Tampoco puede prosperar con este argumento la apelación impetrada, frente a la cual no se han presentado hechos nuevos que lleven a reabrir la queja archivada.

Será entonces necesario confirmar la decisión de primera instancia, en todas sus partes.

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

RESUELVA:

Artículo Primero. Confirmar, como en efecto confirma, la decisión del Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta, de archivar la queja presentada por la señora H.M.P. contra los doctores C.C.H y J.E.G.P., por las razones contenidas en la parte motiva de esta providencia. **Artículo Segundo.-** Devolver el expediente al tribunal de origen para su archivo. **NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

FDO. FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado–Presidente; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado Ponente; GERMAN PEÑA QUIÑONES, Magistrado; EFRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado LUIS ALBERTO BLANCO RUBIO, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, agosto 24 del año 2004

**SALA PLENA SESIÓN No.796 DEL VEINTICUATRO
DE AGOSTO DEL AÑO 2004**

Proceso No. 413, Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas

Contra: El Doctor A.S.G.

Asunto: Apelación de Resolución Inhibitoria

Ponente: Dr. Juan Mendoza-Vega

Providencia No. 42-2004

VISTOS:

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas, en sesión de Sala Plena del día 22 de Junio de 2004, resolvió no reponer la providencia por la cual se inhibió de abrir investigación formal contra el doctor A.S.G. , por los hechos contenidos en la queja presentada por la señora N.P.A. y concedió apelación que no fue interpuesta por la quejosa.

El cuaderno que contiene las diligencias respectivas fue recibido en este Tribunal Nacional el día 14 de Julio de 2004; puesto el asunto para reparto en Sala Plena del 26 de Julio, correspondió por sorteo al Magistrado Juan Mendoza-Vega.

Dentro de los términos legales, se procede a decidir de acuerdo con los siguientes

HECHOS:

El 31 de Octubre de 2003, el Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas resolvió abrir investigación previa contra el doctor A.S.G. , teniendo en cuenta la queja presentada por escrito sin fecha por la señora N.P.A., recibida el 28 de Octubre de 2003 y relacionada con la atención que se le prestó a la señora madre de la quejosa, V.A.de P.

Según dicha queja, la señora A de P. fue sometida el día 9 de Septiembre de 2003 a examen clínico por el doctor A.S.G. , quien se desempeñó como médico de los servicios de la entidad Salud Total en la ciudad de Manizales; la enferma había sido llevada a la consulta por dolor abdominal, dolor en la cadera izquierda en la cual dos años antes había tenido fractura que fue tratada quirúrgicamente, incapacidad para caminar y malestar general. En el curso del examen, el doctor S. levantó la pierna derecha de la señora A. de P. “tomándola de los dedos” del pie, según manifiesta en su declaración jurada una hermana de la quejosa que estuvo presente en la consulta aludida, la señora M.N., N.P.A. (folio 269 recto); la examinada se quejó de dolor y consideró “brusca” la maniobra, pero el examen continuó y terminó sin otros incidentes y el doctor S. formuló medicamentos y remitió la paciente a consulta de Ortopedia para que se valorara el problema de caderas y la consiguiente inmovilidad forzada. Como el dolor no cesó, la paciente fue vista de urgencia por el ortopedista doctor O. P., quien diagnosticó fractura de cadera derecha comprobada luego por radiografías, las que también mostraron fractura de los elementos de osteosíntesis en la cadera izquierda y acentuada osteoporosis, a la cual atribuyó el doctor P. las lesiones observadas; dispuso él la hospitalización de la señora A. de P. para tratamiento quirúrgico de la cadera derecha, el cual se realizó con éxito el 19 de Septiembre de 2003; infortunadamente, la enferma presentaba serios problemas cardiovasculares de larga data y falleció el día 23 de Septiembre al parecer como consecuencia de ellos, ya que la recuperación de la cirugía era hasta ese momento muy satisfactoria. La quejosa considera que el responsable de la muerte de su señora madre es el médico A.S.G. , porque si él no le hubiera fracturado la cadera

derecha al examinarla, no habría sido necesaria la cirugía ni se habría presentado la complicación final.

El Tribunal seccional procedió a la investigación preliminar, en el curso de la cual escuchó a la señora N.P.A. en ratificación y ampliación de su queja, estudió las historias clínicas de la señora A. de P. suministradas por Salud Total y por la Clínica de la Presentación, en la cual se realizaron los procedimientos quirúrgicos, recibió testimonios juramentados del ortopedista doctor P. y de quien acompañó a la enferma durante la consulta con el disciplinado, la señora M.N.P., y escuchó en versión libre al doctor A.S. Del acervo probatorio así reunido, surgió la duda razonable sobre la causa de la fractura patológica en la cadera derecha de la señora A. de P., pues la acentuada osteoporosis que ella sufría daba pie para considerar que la lesión, si bien habría podido producirse en las circunstancias dichas por la quejosa, también podría ser consecuencia de cualquiera otro trauma menor y ni siquiera fue posible tener idea precisa de la fecha en que tal cosa ocurrió.

. En consecuencia, el Tribunal seccional procedió a dictar resolución inhibitoria, en sala plena del 18 de Mayo de 2004.

Surtidas las notificaciones de ley, la quejosa presentó por escrito fechado el 31 de Mayo de 2004, recurso de reposición contra la resolución inhibitoria; el tribunal seccional resolvió negar la reposición por considerar que los argumentos presentados para sustentar el recurso no fueron adecuados y no se presentaron cambios en los fundamentos y medios probatorios que motivaron la resolución recurrida; concedió en cambio según las disposiciones constitucionales la apelación y remitió las diligencias al Tribunal Nacional de Ética Médica para lo de competencia.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

En el escrito presentado por la quejosa ante el tribunal seccional y que aparece a folios 284 a 286 rectos del expediente, como sustentación

para pedir reposición de la resolución inhibitoria, se arguye que no se tomaron declaraciones a otras dos personas que estuvieron presentes en la consulta del doctor S. cuando se habría producido la fractura de la cadera derecha, hermana y sobrina de la quejosa; que el doctor P. les habría dado a entender a ella y a sus parientes que el doctor S.z tendría algo que ver con la ya mencionada fractura; que hay errores en algunas afirmaciones recogidas en las historias clínicas y analizadas por el tribunal seccional; que el disciplinado no remitió la paciente a consulta de Ortopedia y que “no tiene ética profesional... ni genio para examinar” por lo que trata a las personas de la tercera edad como si fueran jóvenes y con brusquedad.

Al resolver el recurso, el tribunal seccional puntualizó que el doctor P., al ser preguntado concretamente en el curso de su declaración juramentada si podía determinar el origen de la tantas veces mencionada fractura, dio solamente varias posibilidades y manifestó concretamente que la familia N.P.A. no le hizo comentario alguno sobre esa causa. Aclaró que las declaraciones aludidas no se consideraron necesarias por cuanto había ya claridad suficiente sobre lo ocurrido en la consulta, hasta donde podía observarlo un testigo presencial; que las anotaciones consignadas en las historias clínicas deben considerarse ciertas mientras no haya claros motivos para decir lo contrario, pues se trata de documentos legalmente válidos; y que persiste la duda sobre la causa de la fractura, de modo que no se puede endilgar culpabilidad al doctor S. por ese motivo. Con tales consideraciones, negó la reposición solicitada.

Los recursos de reposición y apelación pueden ser interpuestos separada o conjuntamente¹², pero si solo se interpone el recurso de repo-

12 ARTICULO 194. SUSTENTACION EN PRIMERA INSTANCIA DEL RECURSO DE APELACION. Cuando se haya interpuesto como único el recurso de apelación, vencido el término para recurrir, el secretario, previa constancia, dejará el expediente a disposición de quienes apelaron, por el término de cuatro (4) días, para la sustentación respectiva. Precluido el término anterior, correrá traslado común a los no recurrentes por el término de cuatro (4) días.

Cuando no se sustente el recurso se declarará desierto, mediante providencia de sustanciación contra la cual procede el recurso de reposición.

sición como principal y único, es claro que el funcionario de primera instancia no puede oficiosamente conceder el recurso de apelación que no ha sido interpuesto ¹³.-

Los recursos son potestativos de los sujetos procesales y el funcionario que dicta la providencia impugnada se debe limitar a estudiar si el que los interpone tiene interés jurídico en el recurso para hacerlo ¹⁴; si se trata de decisiones contra las que es posible interponer el recurso de reposición de conformidad con las previsiones del artículo 189 del C.

Si fuese viable se concederá en forma inmediata mediante providencia de sustanciación en que se indique el efecto en que se concede.

Cuando se interponga como principal el recurso de reposición y subsidiario el de apelación, negada la reposición y concedida la apelación, el proceso quedará a disposición de los sujetos procesales en traslado común por el término de tres (3) días, para que, si lo consideran conveniente, adicionen los argumentos presentados, vencidos los cuales se enviará en forma inmediata la actuación al superior.

Cuando se interponga el recurso de apelación en audiencia o diligencia se sustentará oralmente dentro de la misma y de ser viable se concederá, estableciendo el efecto y se remitirá en forma inmediata al superior.

13 ARTICULO 189. REPOSICION. Salvo las excepciones legales, el recurso de reposición procede contra las providencias de sustanciación que deban notificarse, contra las interlocutorias de primera o única instancia y contra las que declaran la prescripción de la acción o de la pena en segunda instancia cuando ello no fuere objeto del recurso.

Cuando el recurso de reposición se formule por escrito y como único, vencido el término para impugnar la decisión, el secretario, previa constancia, dejará el expediente a disposición del recurrente por el término de dos (2) días para la sustentación respectiva. Vencido este término, la solicitud se mantendrá en secretaría por dos (2) días en traslado a los sujetos procesales, de lo que se dejará constancia. Surtido el traslado se decidirá el recurso dentro de los tres (3) días siguientes.

La reposición interpuesta en audiencia o diligencia se decidirá allí mismo, una vez oídos los demás sujetos procesales.

14 ARTICULO 186. LEGITIMIDAD Y OPORTUNIDAD PARA INTERPONERLOS. Salvo los casos en que la impugnación deba hacerse en estrados, los recursos ordinarios podrán interponerse por quien tenga interés jurídico, desde la fecha en que se haya proferido la providencia, hasta cuando hayan transcurrido tres (3) días, contados a partir de la última notificación.

En los procesos por delitos contra la Administración Pública el denunciante podrá impugnar, por sí o por intermedio de apoderado, las decisiones de preclusión de investigación, cesación de procedimiento y sentencia absolutoria. Para el efecto se le notificará tales decisiones.

de P. P.¹⁵; o si es de aquellos contra los que es posible interponer el recurso de apelación¹⁶.-

El único grado jurisdiccional que se impone por disposición de la ley y no por la voluntad de los sujetos procesales es el llamado “consulta”, que aparece mencionado en el artículo 31 de la Carta¹⁷ y que hoy solo existe para decisiones de no declaratoria de extinción de dominio, de conformidad con las previsiones del artículo 13, numeral 10 de la Ley 793 de 2002¹⁸.-

15 Ver cita Nro. 2.-

16 ARTICULO 191. PROCEDENCIA DE LA APELACION. Salvo disposición en contrario, el recurso de apelación procede contra la sentencia y las providencias interlocutorias de primera instancia.

<Jurisprudencia Vigencia>

Corte Constitucional

- El texto de este artículo corresponde al texto del artículo 202261 del Decreto-Ley 2700 de 1991, sobre el cual la Corte Constitucional se pronunció declarando EXEQUIBLE el texto subrayado, mediante Sentencia C-142-93262 de 20 de abril de 1993, Magistrado Ponente Dr. Jorge Arango Mejía.

17 ARTICULO 31. Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.

El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.

<Jurisprudencia Concordante>On Off

Corte Constitucional

Sentencias de control de constitucionalidad:

C-541-921883; C-543-921884; C-1708-20001885; C-252-20011886; C-581-20011887; C-650-20011888; C-1149-20011889; C-1287-20011890

Sentencias de Unificación de Tutela:

SU-1299-20011891; SU-1553-20021892; SU-1722-20021893

Sentencias de Tutela:

T-006-921894; T-413-921895; T-419-931896; T-436-921897; T-442-921898; T-474-921899; T-490-921900; T-496-921901; T-503-921902; T-550-921903; T-141-20001904; T-708-20001905; T-741-20001906; T-814-20001907; T-852-20001908; T-873-20001909; T-961-20001910; T-1483-20001911; T-1574-20001912; T-063-20011913; T-157-20011914; T-310-20011915; T-393-20011916; T-533-20011917; T-873-20011918; T-1306-20011919; T-033-20021920; T-082-20021921

18 Artículo 13. *Del procedimiento.* El trámite de la acción de extinción de dominio se cumplirá de conformidad con las siguientes reglas:

1. El fiscal que inicie el trámite, dictará resolución de sustanciación en la que propondrá los hechos en que se funda la identificación de los bienes que

se persiguen y las pruebas directas o indiciarias conducentes. Contra esta resolución no procederá recurso alguno. Si aun no se ha hecho en la fase inicial, el fiscal decretará las medidas cautelares, o podrá solicitar al juez competente, la adopción de las mismas, según corresponda, las cuales se ordenarán y ejecutarán antes de notificada la resolución de inicio a los afectados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior.

2. La resolución de inicio se comunicará al agente del Ministerio Público y se notificará, dentro de los cinco (5) días siguientes, a las personas afectadas cuya dirección se conozca. Si la notificación personal no pudiere hacerse en la primera ocasión que se intenta, se dejará en la dirección de la persona por notificar noticia suficiente de la acción que se ha iniciado y del derecho que le asiste a presentarse al proceso.

3. Cinco (5) días después de libradas las comunicaciones pertinentes, se dispondrá el emplazamiento de quienes figuren como titulares de derechos reales principales o accesorios según el certificado de registro correspondiente, y de las demás personas que se sientan con interés legítimo en el proceso, para que comparezcan a hacer valer sus derechos.

4. El emplazamiento se surtirá por edicto, que permanecerá fijado en la Secretaría por el término de cinco (5) días y se publicará por una vez, dentro de dicho término, en un periódico de amplia circulación nacional y en una radiodifusora con cobertura en la localidad donde se encuentren los bienes. Si el emplazado o los emplazados no se presentaren dentro de los tres (3) días siguientes al vencimiento del término de fijación del edicto, el proceso continuará con la intervención del curador ad litem, quien velará por el cumplimiento de las reglas del debido proceso a favor del afectado, y empezará a contar el término de que trata el artículo 10 de la presente ley.

5. Dentro de los cinco (5) días siguientes al término de su comparecencia, los intervinientes podrán solicitar las pruebas que estimen conducentes y eficaces para fundar su oposición, y para explicar el origen de los bienes a partir de actividades lícitas demostrables.

6. Transcurrido el término anterior, se decretarán, las pruebas solicitadas que se consideren conducentes y las que oficiosamente considere oportunas el investigador, las que se practicarán en un término de treinta (30) días, que no será prorrogable.

El fiscal del conocimiento podrá decretar pruebas de oficio, decisión que no será susceptible de recurso alguno.

7. Concluido el término probatorio, se surtirá traslado por Secretaría por el término común de cinco (5) días, durante los cuales los intervinientes alegarán de conclusión.

8. Transcurrido el término anterior, durante los quince (15) días siguientes el fiscal dictará una resolución en la cual decidirá respecto de la procedencia o improcedencia de la extinción de dominio.

9. El fiscal remitirá al día siguiente de la expedición de la resolución de que trata el numeral anterior, el expediente completo al juez competente, quien dará traslado de la resolución a los intervinientes por el término de cinco (5)

La consulta es un nuevo grado jurisdiccional, que opera por mandato de la ley y ésta debe señalar de manera taxativa, a qué providencias les cabe, de modo que si de manera precisa no se determina que una providencia tiene el grado de consulta, es obvio que no puede tramitarse.-

Cuando una providencia no es recurrida por ninguno de los sujetos procesales y está sometida a este nuevo grado jurisdiccional de la consulta, el funcionario que la dictó, de manera oficiosa y por disposición de la ley, debe proceder a enviar el expediente al superior para que sea revisada por éste.-

Actualmente ni en el proceso penal, ni en el procedimiento de ética médica existe el grado de consulta y en tales condiciones debe concluirse que si la denunciante se limitó, como en efecto lo hizo, a interponer el recurso de reposición, sólo éste ha debido ser tramitado y por tanto actuó de manera equivocada el Tribunal de primera instancia al determinar remitir el expediente a ésta superioridad.-

días, para que puedan controvertirla. Vencido el término anterior, dictará la respectiva sentencia que declarará la extinción de dominio, o se abstendrá de hacerlo, de acuerdo con lo alegado y probado, dentro de los quince (15) días siguientes. La sentencia que se profiera tendrá efectos erga omnes.

10. En contra de la sentencia que decreta la extinción de dominio sólo procederá el recurso de apelación, interpuesto por las partes o por el Ministerio Público, que será resuelto por el superior dentro de los treinta (30) días siguientes a aquel en que el expediente llegue a su despacho. **LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA QUE NIEGUE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO Y QUE NO SEA APELADA, SE SOMETERÁ EN TODO CASO AL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA.**

11. Cuando se decreta la improcedencia sobre un bien de un tercero de buena fe, el fiscal deberá someter la decisión al grado jurisdiccional de consulta. En los demás casos, será el Juez quien decida sobre la extinción o no del dominio, incluida la improcedencia que dicte el fiscal sobre bienes distintos a los mencionados en este numeral. En todo caso, se desestimarán de plano cualquier incidente que los interesados propongan con esa finalidad.

Los términos establecidos en el presente artículo son improrrogables y de obligatorio cumplimiento, y su desconocimiento se constituirá en falta disciplinaria gravísima. (Lo destacado no lo es en el texto).-

En las circunstancias precedentes, al no haberse interpuesto el recurso de apelación de manera subsidiaria, esta Corporación debe abstenerse de dar trámite a un recurso que no ha sido interpuesto.-

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

RESUELVA:

Artículo Primero.- Abstenerse de dar trámite a la segunda instancia, porque la recurrente solo interpuso de manera única el recurso de reposición. Artículo Segundo.- Devolver el expediente al tribunal de origen para su archivo. NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

FDO. JUAN MENDOZA-VEGA, Presidente-Magistrado Ponente; DIEGO ANDRES ROSSELLI COCK, Magistrado; CARLOS ALBERTO GAVIRIA NEIRA, Magistrado; FERNANDO GUZMAN MORA, Magistrado; EFRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, octubre veintiséis (26) del año dos mil diez (2010).

**SALA PLENA SESIÓN No.1063 DEL VEINTISEIS (26)
DE OCTUBRE DEL AÑO DOS MIL DIEZ (2010)**

REF: Proceso Número 3056, Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá

Contra: Dr. A.D.S.

Denunciante: Señora C.A.R.M.

Asunto: Recurso de Apelación

Magistrado ponente. Juan Mendoza-Vega M.D

Providencia No.94 -2010

VISTOS:

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá, en sala plena del 5 de Mayo de 2010, resolvió imponer al doctor A.D.S. , sanción de Censura Escrita y Pública, dentro del proceso iniciado por queja presentada por la señora A.R.M..

En escrito fechado el 10 de Junio de 2010, recibido en el tribunal seccional el día 11 del mismo mes, el abogado Husshein Aguas González en su condición de defensor del disciplinado, presentó recursos de reposición y en subsidio de apelación contra la providencia mencionada.

El tribunal seccional, en providencia adoptada en Sala Plena del 22 de Septiembre de 2010, resolvió no reponer su decisión y concedió la apelación para ante el Tribunal Nacional de Ética Médica.

El cuaderno que contiene el expediente se recibió en el Tribunal Nacional el día 15 de Octubre de 2010; puesto para reparto en la sala plena del 19 de Octubre de 2010, correspondió por sorteo al Magistrado Juan Mendoza-Vega.

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

HECHOS:

En escrito fechado el 25 de Enero de 2007, la señora A.R.M., presentó ante el Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá queja contra el ortopedista doctor A.D.S. , quien el 19 de Octubre de 2006, en la Clínica de la Fundación Abood Shaio de esta ciudad de Bogotá, intervino quirúrgicamente a la señora A.M.R porque ella había sufrido el día anterior fractura de cadera izquierda al caerse desde su propia altura, para lo cual procedió a implantarle una prótesis de cadera, al parecer sin complicaciones; sin embargo, la señora M. de R. se quejó el día 24 de Octubre de dolor intenso en la zona operada, fue vista por otro médico quien sospechó luxación de la prótesis y ordenó radiografías de control, pero al día siguiente, 25 de Octubre, el doctor A.D.S. le autorizó la salida de la clínica con prescripción de acetaminofen para el dolor y control en 8 días, porque en su concepto no había la complicación mencionada.

Como el dolor no cedió, la familia de la señora M. de R. intentó obtener cita para control pero la consiguió solamente para el 1 de Noviembre, día en el cual el doctor A.D.S. la examinó y conceptuó que la evolución era satisfactoria, por lo que retiró los puntos de la herida quirúrgica y aconsejó nueva consulta de control el 22 de Noviembre siguiente; según el escrito de queja, ese mismo día 1 de Noviembre le fueron entregadas a la familia las radiografías de control que se habían tomado el día de la salida, pero no fueron observadas por el ortopedista. Como persistió el dolor y dificultad para los movimientos del miembro inferior izquierdo a pesar de sesiones de fisioterapia, la seño-

ra M.R. fue llevada a otra institución asistencial donde la examinaron, le encontraron signos de infección y le tomaron nuevas radiografías, las cuales mostraron luxación de la prótesis, la misma que según el escrito de queja aparece ya en las radiografías tomadas antes del egreso de la Clínica Shaio.

El tribunal de primera instancia aceptó la queja, realizó averiguación preliminar durante la cual examinó copia de la historia clínica correspondiente a la señora M. de R., recibió ratificación juramentada de la queja por parte del esposo de la paciente, señor J.H.R.C. y oyó en declaración sin juramento al disciplinado; analizado el material probatorio así reunido, ese tribunal aceptó en su totalidad el informe de conclusiones del magistrado investigador y decidió elevar pliego de cargos contra el doctor A.D.S. por posibles faltas contra el artículo 10 de la Ley 23 de 1981, señalándole fecha para la respectiva diligencia de descargos. Como en los descargos, rendidos por el disciplinado con asistencia de su abogado defensor ante la Sala Plena del tribunal seccional el 9 de Septiembre de 2009, el doctor A.D.S. no desvirtuó las acusaciones planteadas, el tribunal de Bogotá decidió imponerle la sanción de Censura Escrita y Pública; la providencia respectiva, debidamente notificada, fue recurrida dentro de términos para reposición y en subsidio apelación; el tribunal de primera instancia negó la reposición y concedió la apelación subsidiaria, por lo que el proceso fue enviado a este Tribunal Nacional para lo de competencia.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

Al sustentar el recurso de apelación interpuesto dentro de los términos, el abogado Husshein Aguas González, apoderado del doctor A.D.S. , funda su inconformidad en dos puntos principales:

1. El tribunal seccional no tuvo en cuenta, al valorar la evidencia que obra en el proceso, que el disciplinado cometió un error al no diagnosticar oportunamente la luxación y desplazamiento de la prótesis que él mismo había colocado a la señora A.M. de R., pero lo

hizo movido por los datos clínicos que encontró al examinarla el día 25 de Octubre de 2006 y por la radiografía que le mostró en ese momento un médico residente que lo asistía, radiografía en la que no se documentaba desplazamiento de la prótesis pero que no era la tomada ese día sino al parecer una anterior; ante esos datos, el error de diagnóstico “no fue producto de inobservancia de la Ética Médica, de falta de conocimiento o de falta de interés al atender a la paciente” sino, por el contrario, fue “producto de un evento adverso entendible”.

2. El tribunal seccional tasó la pena en forma inadecuada, porque no tuvo en cuenta las calidades personales y profesionales del disciplinado, ni los factores atenuantes que existen en el caso que se analiza.

Al analizar el punto 1, es necesario traer a cuento lo que se espera de un médico adecuadamente formado y actualizado, en las circunstancias del caso que se examina: la persona cuya cadera encontró fracturada unos días antes y a la cual implantó una prótesis en cirugía que no tuvo complicaciones, presenta dolor y aparente acortamiento del miembro operado, lo cual es comprobado y anotado por un médico ortopedista del mismo servicio al que pertenece el disciplinado, médico que además solicita la radiografía de control correspondiente; al proceder con las debidas prudencia, pericia y diligencia, debería el profesional realizar cuidadoso examen clínico para comprobar los datos señalados por su colega y revisar las radiografías de control, empezando por la elemental precaución de mirar si ellas corresponden a la persona examinada y si son las tomadas en la fecha, datos ambos que figuran claramente en toda placa radiográfica porque son parte de la rutina que los técnicos respectivos siguen para tales exámenes. Al no tomar tan elementales precauciones, cayó el disciplinado en el error que se le reprocha y permitió la salida de la paciente hacia su casa cuando debería haber corregido antes la anormalidad que ella sufría. La pretensión de la defensa en el sentido de que el error se cometió porque el doctor A.D.S. actuó con la autonomía debida, no puede ser

de recibo porque tal autonomía profesional no incluye el ignorar o dejar de lado los datos semiológicos que sobre la paciente encontraron y anotaron en la historia clínica el día anterior al de los hechos otros profesionales, médicos, enfermeras y fisioterapeutas; estos datos, por el contrario, debieron suscitar en el disciplinado la urgencia de comprobarlos y valorar su congruencia con las placas radiográficas que tenía en las manos, lo cual sin duda lo habría llevado a ver la fecha de tales placas y darse cuenta de que no eran las que debía estar considerando. El evento adverso de equivocación por parte del médico residente no era, pues, inevitable sino todo lo contrario, se habría evitado si el disciplinado hubiera cumplido bien con el deber de cuidado que está, como lo señala muy claramente el tribunal de primera instancia, implícito en el artículo 10 de la Ley 23 de 1981.

En cuanto al segundo punto, este Tribunal Nacional considera que la pena fue tasada teniendo en cuenta precisamente las calidades del médico implicado y los factores atenuantes existentes; aunque la gravedad de lo sucedido es mayor por la destacada posición profesional y la experiencia del disciplinado, cosas ambas que lo obligaban a ser todavía más cuidadoso y prudente en su actuación, se le aplicó apenas una sanción de censura, que es de las menores previstas en la Ley 23 de 1981, obviamente no la menor porque la señora M.R fue puesta en grave riesgo injustificado, imposible de negar. En consecuencia, no se accederá a la solicitud de disminuir tal sanción.

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

RESUELVA:

Artículo Primero - Confirmar, como en efecto confirma, la decisión por la cual el Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá impuso sanción de Censura Escrita y Pública al doctor A.D.S., de las condiciones personales y profesionales conocidas en el informativo, dentro del

proceso 3056 adelantado con base en la queja presentada por la señora Alicia Reyes Montejo, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. **Artículo Segundo-** Devolver el expediente al tribunal de origen, para su archivo. **NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

FDO. FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado- Presidente (E.); JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado Ponente; LUIS ALBERTO BLANCO RUBIO, Magistrado; GERMÁN PEÑA QUIÑONES, Magistrado, EDGAR SAAVEDRA ROJAS; Asesor Jurídico y MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, marzo catorce (14) del año dos mil seis (2006).

**SALA PLENA-SESIÓN No. 863 DEL CATORCE (14)
DE MARZO DEL AÑO DOS MIL SEIS (2006).**

REF: Proceso No. 468 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas

Contra: Doctora M.C.A.P.

Denunciante: Señora L.E.D.J.

Asunto: Recurso de Apelación

Ponente: Dr. Juan Mendoza-Vega M.D.

Providencia No. 10-2006

VISTOS:

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas, en sala plena del 6 de Diciembre de 2005, resolvió no aceptar los descargos presentados por la doctora M.C.A.P. e imponerle en cambio sanción de Censura Escrita y Pública, por los hechos investigados en el proceso 468 de ese tribunal seccional.

En escrito fechado el 31 de Enero de 2006, recibido en el tribunal seccional ese mismo día, la abogada defensora de la disciplinada, doctora Ana María Chica Ríos, presentó recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra la providencia mencionada.

Mediante providencia del 7 de Febrero de 2006, el tribunal seccional se negó a reponer o revocar la providencia mencionada y concedió la apelación impetrada, por lo que remitió las diligencias al Tribunal

Nacional de Ética Médica. El cuaderno que contiene el expediente se recibió en el Tribunal Nacional el día 28 de Febrero de 2006; puesto para reparto en la sala plena del 7 de Marzo, correspondió por sorteo al Magistrado Juan Mendoza-Vega.

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

HECHOS:

El 25 de Mayo de 2005, la señora L.E.D.J. fue sometida en la Clínica Villapilar de Manizales, a intervención quirúrgica en la mano derecha por la doctora M.C.A.P. , con diagnóstico de “dedo pulgar en gatillo”. De acuerdo con la queja que por escrito y con fecha 1 de Junio de 2005 presentó la señora L.E.D.J. al Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas, la cirujana mencionada “me la hizo equivocadamente por estar discutiendo con la secretaria”, lo cual corrigió pocas horas después la misma doctora M.C.A.P. , quien hizo llamar a la paciente que ya estaba en su casa, le explicó que había ocurrido un error y la llevó nuevamente al quirófano para practicar entonces sí el procedimiento que la señora requería y para el cual había sido programada. Recibida la queja, el tribunal seccional la aceptó y ordenó abrir averiguación preliminar sobre lo sucedido.

Como resultado de dicha averiguación preliminar, el tribunal de primera instancia resolvió, en Sala Plena del 13 de Septiembre de 2005, formular pliego de cargos a la profesional disciplinada por la violación de los artículos 10 y 15 de la Ley 23 de 1981 y el artículo 12 del decreto reglamentario 3380 de 1981.

La diligencia de descargos se llevó a cabo con las formalidades de ley el 18 de Octubre de 2005; la disciplinada fue asistida por su abogada defensora, doctora Ana María Chica Ríos y además de presentar argumentos por escrito, respondió a las preguntas que le formularon los magistrados. La doctora Á. admitió haber intervenido a la señora

L.E.D.J. en forma equivocada, atribuyó el hecho a “confusión” pero se declaró inocente e insistió en que, al darse cuenta de lo ocurrido, se apresuró a reconocerlo ante la propia afectada y a reintervenirla para corregir el error.

El tribunal seccional, tras recaudar las pruebas solicitadas por la defensa y estudiar el expediente, consideró que los descargos no lograban desvirtuar las imputaciones que se le hicieron a la disciplinada, y en consecuencia resolvió aplicarle sanción de Censura Escrita y Pública. Contra esta providencia se presentó oportunamente el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, los cuales fueron resueltos por el tribunal seccional negando el primero y concediendo el segundo, por lo que remitió a este Tribunal Nacional el cuaderno con las diligencias respectivas.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

El error cometido por la doctora M.C.A.P. , de las condiciones personales y profesionales conocidas en el expediente, se halla debidamente probado tanto por la confesión de ella misma como por las anotaciones realizadas en la historia clínica que custodia la institución Clínica Villapilar de Manizales, y las declaraciones de la enfermera encargada de la programación quirúrgica y de la secretaria que actuó en el caso, visibles a folios 97, 98 y 99 rectos del expediente. Se trató concretamente de haber practicado descompresión del túnel del carpo en la mano derecha de la paciente, cuando estaba programada para liberación tendinosa por “dedo pulgar en gatillo” de la misma mano. Igualmente está probado que la doctora Á., tan pronto como se dio cuenta de su equivocación, hizo llamar a su casa a la paciente y le pidió retornar a la clínica, le explicó que había ocurrido un error y la reintervino de inmediato. Interrogada al respecto, la disciplinada dice no explicarse las razones para esa equivocación, pero no aclara si al recibir dentro del quirófano a la paciente leyó los documentos de historia clínica que llegaron con ella según se acostumbra en la institución donde ocurrieron los hechos; parece evidente entonces, y así lo consideró el tribu-

nal seccional, que hubo negligencia al no comprobar adecuadamente la identidad de la paciente y el procedimiento para el cual ingresaba al quirófano; la situación así probada configura además intervención quirúrgica para la cual no se tenía el consentimiento informado de la paciente y que constituía un riesgo injustificado para ella.

Los argumentos que presenta la defensa para sustentar su apelación pueden concretarse en los siguientes puntos:

1. La sanción impuesta es excesiva, no se tuvieron en cuenta circunstancias atenuantes como el hecho de que la profesional disciplinada reconoció la falta y procedió a corregirla, y que dicha profesional no tiene antecedente de sanción ético-disciplinaria a lo largo de su ejercicio.
2. La paciente no “ha sufrido daño alguno con el error acaecido” ni se ha “demostrado que ella hubiese quedado en su miembro superior con algún tipo de limitación tanto funcional como estéticamente” (sic).
3. No se “concibe el enrostramiento de una falta, cuando no se analiza la vulneración al bien jurídico tutelado por la ley”.

La gravedad implícita en los argumentos 2 y 3 hacen necesario considerarlos en primer término, ya que parecen contener la afirmación de que una conducta debe valorarse, en el ámbito ético, por los resultados que con ella se produzcan; que si no hay daño orgánico para el cual se pruebe relación causal con el actuar del profesional, éste debe considerarse éticamente correcto; deducción correlativa a este supuesto, sería la de afirmar que el médico debe tener siempre resultados “buenos” porque los de otra clase marcarían la posibilidad de actuaciones antiéticas. Frente a tal posición, es necesario recordar la reiterada y bien fundada afirmación de que el ejercicio de la Medicina trae consigo un compromiso “de medios” y no “de resultados”, en el cual se compromete el profesional a poner al servicio de la persona que solicita su atención sus conocimientos actualizados, sus habilidades y destrezas permanentemente afinadas, su prudencia, pericia y diligencia, con la

expresa voluntad de obrar bien para ofrecer la mejor calidad posible, pero por supuesto sin ofrecer la certeza de resultado alguno porque todo lo que él hace obtendrá solamente las respuestas totalmente individuales de la persona tratada, cuyos mecanismos orgánicos y mentales son únicos, diferentes de los de cualquiera otro ser humano, imposibles de calcular con certeza matemática y predecibles solo como probabilidades estadísticas

En el actuar humano, la calificación de ético o antiético es consecuencia de un juicio de valor en el cual se sopesan el acto u omisión en sus circunstancias concretas junto con los principios y normas éticas y bioéticas, las normas de la sociedad en que se actúa y, por supuesto, las convicciones personales; por ninguna parte aparecen allí los resultados, entre otras cosas porque el juicio de valor es anterior al obrar mismo y tiene por finalidad fundamental permitir que el posible actor ejerza su libertad de manera ajustada al sentido de su vida. Cuando la valoración ética se hace “*a posteriori*”, debe versar también sobre la acción u omisión en sí misma y no es admisible justificación basada en la falta de consecuencias perjudiciales, pues tales consecuencias o la ausencia de ellas forman parte de la respuesta individual a la acción u omisión del médico y no están, por lo mismo, bajo el control de éste.

En cuanto al bien jurídico que tutela un estatuto ético-disciplinario médico, debe este Tribunal Nacional insistir en que se trata del recto y correcto ejercicio de una profesión que se ocupa de algo tan trascendental para todos los seres humanos como la vida y la salud. Ese bien jurídico es la base indispensable para la confianza que el médico necesita, de parte de los enfermos que lo consultan y de la sociedad en la cual ejerce; atentar contra él causa daños graves que van mucho más allá de los perjuicios a personas concretas, porque la desconfianza recae inevitablemente en alguna medida sobre la profesión y no sólo sobre el médico que actúa mal. En el proceso ético-disciplinario el quejoso no es admitido como sujeto procesal ni puede pedir para sí indemnización o reparación, porque las partes son de un lado el profesional a quien se acusa y del otro la sociedad que le reclama por

su acción y que está representada por el tribunal respectivo; así se entienden los juiciosos razonamientos planteados en este proceso por el tribunal seccional.

Debe recordarse a la defensa que en materia penal hay una clasificación de los delitos: de resultado y de mera conducta; los primeros son aquellos donde como consecuencia de la conducta del sujeto activo se debe presentar resultado fenomenológico como es el caso del homicidio donde si no se produce la muerte de un ser humano como consecuencia de la acción o de la omisión del sujeto activo no se podrá predicar la consumación de este delito; y en los de mera conducta, como sería el caso del concierto para delinquir, no es necesario que como consecuencia del concierto se cometan efectivamente los delitos concertados ni que se produzca cualquier tipo de daño, puesto que para efectos de entender por consumado este tipo de delitos basta con el concurso de voluntades de las personas que se conciertan para cometer delitos.

En el ámbito disciplinario la mayoría de las faltas son de mera conducta, lo que quiere decir que para que una determinada acción u omisión pueda ser objeto de reproche no es necesario que la misma haya ocasionado un daño o perjuicio material. Por las condiciones dogmáticas anteriores es imposible aceptar los planteamientos de la defensa en tal sentido.

Por lo que hace a la dosimetría de la pena, considera este Tribunal Nacional que el *a-quo* sí tuvo en cuenta las circunstancias atenuantes que se dan en el caso y aplicó la menor pena posible para la gravedad de la falta, sin caer en peligrosas debilidades que podrían hacer irrisoria la sanción. Desvirtuados así los argumentos del recurso, será necesario, entonces, confirmar la providencia recurrida.

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

RESUELVA:

Artículo Primero. - Confirmar, como en efecto confirma, la sanción de Censura Escrita y Pública impuesta por el Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas a la doctora M.C.A.P. , de las circunstancias personales y profesionales conocidas en este informativo, por los hechos investigados en el proceso 468 de dicho tribunal. **Artículo Segundo.** - Devolver el expediente al tribunal de origen, para lo de su competencia. **NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

FDO. JUAN MENDOZA VEGA, Presidente-Magistrado Ponente; EFRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado, FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado; JUAN MIGUEL ESTRADA GRUESO, Magistrado; MIGUEL OTERO CADENA, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria:

Bogotá, mayo veintidós (22) del año dos mil doce (2012).

**SALA PLENA SESIÓN No. 1131 DEL VEINTIDOS
(22) DE MAYO DEL AÑO DOS MIL DOCE (2012)**

REF: Proceso: 3235 Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá

Contra: Doctor C.A.H.P.

Denunciante: Sres. C.A.P.S. y M.G.R.L.

Asunto: Apelación

Providencia No. 37-2012

Magistrado Ponente: Dr. Juan Mendoza Vega.

VISTOS:

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá, en Sala Plena del 15 de Diciembre de 2010, dentro del proceso 3235 resolvió imponer al doctor C.A.H.P. la sanción de suspensión en el ejercicio profesional por el término de un (1) mes. El abogado defensor del disciplinado presentó, en escrito sin fecha recibido en el tribunal seccional el 28 de Marzo de 2011, los recursos de reposición y en subsidio apelación contra la providencia mencionada.

Por decisión de Sala Plena del 8 de Marzo de 2012, el tribunal de primera instancia resolvió no reponer su decisión y concedió en cambio la apelación impetrada, por lo que remitió las diligencias a este Tribunal Nacional de Ética Médica para lo de competencia. Recibido el cuaderno que contiene tales diligencias el 2 de Mayo de 2012, fue puesto para reparto en Sala Plena del 8 de Mayo y correspondió por sorteo al Magistrado Juan Mendoza-Vega.

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

HECHOS:

El 23 de Julio de 2007 se recibió en el Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá el escrito de queja suscrito por los señores M.G.R.L. y CA.P.S contra los médicos que, en la Clínica Navarra de la ciudad de Bogotá, atendieron el 21 de Junio de 2007 a la niña S.G.P.R., quien fue llevada de urgencia por haber sido atropellada por un vehículo automotor hacia las doce y media del día. Según la queja, la niña fue recibida en la mencionada clínica, donde fue examinada por médicos, le practicaron examen radiográfico del miembro inferior derecho que mostró fractura de tibia y peroné cerca del tobillo y fue sometida a un procedimiento, después del cual le colocaron bota de yeso para inmovilización y le dieron salida con tratamiento, advirtiendo además a los padres sobre los signos de peligro que debían indicar nueva consulta médica urgente si llegaban a presentarse. Unos días mas tarde, como la niña parecía estar mal y se quejaba de dolor intenso, fue llevada por sus padres al Hospital de Suba donde le encontraron infección avanzada que no cedió al tratamiento e hizo necesario amputar el miembro inferior derecho por encima de la rodilla; el postoperatorio de dicha intervención fue seguido en el Hospital Simón Bolívar, por remisión que hicieron los médicos del Hospital de Suba, y al parecer no surgieron nuevas complicaciones. Los quejosos consideraron que en la atención dada en la Clínica Navarra hubo fallas graves que desembocaron en la gravísima complicación y consiguiente amputación.

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá aceptó la queja, realizó averiguación preliminar y con base en ella decidió iniciar investigación formal, identificando a los médicos que hubieran intervenido en la atención a la niña S.G.P.R y concretando las actuaciones de cada uno. En cuanto a los profesionales de la Clínica Navarra, no se hallaron indicios de actuaciones lesivas de sus obligaciones éticas y científicas en la única ocasión en que atendieron a la pequeña, inmediatamente

después del accidente, porque sus padres no volvieron a llevarla allí; se circunscribió entonces la actuación a lo ocurrido en el Hospital de Suba y a lo que allí hicieron los doctores M.R.G., C.A.H.P., C.A.R.C. y M.A.G.R.; vale la pena anotar que para el tribunal de primera instancia fue muy difícil esa etapa del proceso, por gran desorden en los registros de turnos médicos y otros documentos, como consecuencia de problemas internos de la institución hospitalaria.

Examinada la historia clínica del caso y recibidos los testimonios pertinentes, solo tuvieron indicios de posibles faltas las actuaciones de los médicos ortopedistas C.A.H.P. y M.A.G.R., a quienes se planteó pliego de cargos el 16 de Junio de 2010 y se les fijó fecha para presentar los descargos respectivos. Cumplidas tales diligencias con las formalidades legales, el tribunal de primera instancia decidió aceptar los descargos presentados por el doctor G.R y declarar que no incurrió en falta contra las disposiciones legales vigentes ni contra la *lex artis ad hoc*. En cuanto al doctor C.A.H.P. , consideró que sus argumentos no desvirtuaban el pliego de cargos y en consecuencia le aplicó la sanción de suspensión en el ejercicio profesional por el término de un (1) mes. Contra esta decisión se presentó el recurso de reposición, que fue negado, y el subsidiario de apelación que se resuelve mediante la presente providencia.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS.

El médico ortopedista C.A.H.P. atendió a la niña S.G.R.R. s el día 23 de Junio de 2007, cuando cumplía su turno como especialista en el Hospital de Suba y fue llamado por el servicio de Pediatría para valorar la evolución y resolver la conducta inmediata para la pequeña paciente. Atendió el llamado en compañía de un médico no identificado, al parecer médico general, quien le refirió los detalles del caso y lo que había encontrado ese médico en el examen clínico, base sobre la cual decidió sugerir que se le diera salida con tratamiento e instrucciones sobre señales de alarma, las cuales deberían llevar a nueva consulta

urgente en el hospital; de esta consulta solamente queda la nota de historia sistematizada visible a folio 61 verso, fechada 23/06/2007 hora 15:00, en la cual se lee “no dolor” y luego “inmovilización en buen estado, neurovascular distal normal, adecuada movilidad de artejos” pero en el plan no se menciona advertencia de riesgos o signos de alarma sino solamente “salida con control por consulta externa”; en la siguiente nota de tal historia (folio 62 recto) la pediatra Denise Camacho anota a las 00:07 horas del 24 de Junio de 2007 que “persiste dolor intenso en MID” y hubo episodios de vómito, por lo que se decidió continuar la hospitalización.

El recurrente, tras numerosas consideraciones sobre el proceso, la atención que se dio a la niña herida en las instituciones donde fue llevada, el dolor como síntoma, las deficiencias administrativas que dice encontrar en las historias clínicas, el síndrome compartimental, las notas de enfermería, alega finalmente que el doctor C.A.H.P. sí dedicó a la enferma el tiempo necesario porque, en su condición de especialista, “debía corroborar los datos suministrados por los médicos especialistas y/o (sic) generales que antecedieron su participación” (sic), hecho lo cual tomó conducta “acorde con los hallazgos”; a manera de apoyo, afirma luego que a la niña P. R. se le dio atención oportuna y adecuada, se le realizaron los exámenes paraclínicos indicados que fueron oportunamente tenidos en cuenta, “se le realizó el examen físico en presencia de la familia” y fue “evolucionado (sic) durante todo el tiempo de su estadía por los médicos y el personal de enfermería”; que el cuadro clínico cuando la valoró el doctor C.A.H.P. no permitía diagnosticar síndrome compartimental ni fascitis necrotizante y por lo mismo las decisiones que él tomó no contravienen las normas de los artículos 10, 15 y 16 de la Ley 23 de 1981 ni se le puede endilgar culpa por el lamentable resultado de la amputación, que fue la única manera de contrarrestar el cuadro de infección gravísima y necrosis de tejidos blandos encontrado con claridad el 24 de Junio de 2007.

Para este Tribunal Nacional, es claro que no se juzga como un todo la atención que se dio a la niña S.G.P.R. por parte de varios médicos

y personal de enfermería sino, específicamente, la actuación del ortopedista disciplinado en las pocas horas de su turno del 23 de Junio de 2007, cuando se le reprocha no haber dado la importancia debida al dolor que sufría la pequeña a pesar de que se le administraban analgésicos parenterales, no haber examinado con mayor atención la extremidad lesionada, no haber tenido en cuenta la posibilidad del síndrome compartimental ni de la fascitis necrotizante aunque el mecanismo del trauma había sido fuerte golpe al ser atropellada por un vehículo, de manera que era lógico pensar que los tejidos afectados no habían sido exclusivamente los extremos óseos distales de tibia y peroné; la abundante argumentación del recurso no desvirtúa estos reproches, contra los cuales además no puede ponerse la muy sumaria nota de la historia clínica que dictó el doctor C.A.H.P. y que refleja la actitud de un especialista que oye la presentación del caso que le hace el médico general pero luego no presta suficiente atención al enfermo mismo y toma una conducta desacertada, sometiendo a la niña a los graves riesgos que infortunadamente se materializaron en las veinticuatro horas siguientes a la actuación del disciplinado; son éstas razones suficientes para no acceder a las peticiones del recurso.

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

RESUELVA:

Artículo Primero. - Confirmar, como en efecto confirma, la decisión del Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá en el proceso 3235, por la cual impuso al doctor C.A.H.P. , debidamente identificado en el expediente, la sanción de Suspensión en el Ejercicio Profesional por el término de un (1) mes, por las razones expresadas en la parte motiva de esta providencia. **Artículo Segundo.** - Devolver el expediente al tribunal de origen para su archivo. **Artículo Tercero.** - Contra la presente providencia no procede recurso alguno. **COMUNIQUESE Y CÚMPLASE.**

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

Bogotá, junio ocho (8) del año dos mil diez (2010).

SALA PLENA SESIÓN No.1046 DEL OCHO (8) DE JUNIO DEL AÑO DOS MIL DIEZ (2010).

REF: Proceso número No. 722 del Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta

Contra: doctor N.A.M.L.

Denunciante: Señor L.P.L.

Asunto: Recurso de Apelación

Magistrado Ponente: Dr Luis Alberto Blanco Rubio

Providencia No. 50-2010

VISTOS:

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta, en sala plena del 18 de Marzo de 2010, resolvió abstenerse de abrir investigación y ordenar el archivo de la queja presentada por el señor **L.P.L.** .

En escrito con fecha de 9 de abril de 2010, recibido en el tribunal seccional el 9 de abril del mismo año, el quejoso señor **P.** presentó recurso de apelación contra la providencia mencionada.

Mediante providencia del 6 de mayo de 2010, el tribunal seccional resolvió conceder la apelación impetrada, por lo que remitió las diligencias al Tribunal Nacional de Ética Médica. Los cuadernos que contienen el expediente se recibieron en el Tribunal Nacional el día 31 de mayo de 2010; puesto para reparto en la sala plena 1 de junio de 2010, correspondió por sorteo al Magistrado Luis Alberto Blanco Rubio

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

HECHOS:

En escrito con fecha abril 6 de 2009, recibido en el Tribunal Seccional de Ética Médica del Meta en abril 13 de 2009, el señor **L.P.L.** presentó ante dicho Tribunal Seccional, queja contra el doctor **N.A.M.L.**, con quien tenía cita para una consulta de fisioterapia. El día de la consulta hubo una demora en el horario de la atención, pues estaba citado a la una de la tarde y ya siendo las dos y quince minutos el paciente presentó una queja ante un el señor “que atiende el almacén de los ortopédicos”, funcionario que se encontraba en la recepción. El paciente se sienta en una silla cerca de la puerta del consultorio “para que cuando saliera el médico preguntarle por qué no lo habían atendido”. El médico sale y le exige que tiene que sentarse en los asientos de abajo. El paciente sigue protestando y a las dos y cuarenta y cinco según el quejoso, el médico sale, le entrega los papeles y le dice según al paciente “que no va a atenderlo”. Según la versión del doctor **N.A.M.L.**, Cajacopi le había solicitado atender a unos pacientes que estaban atrasados por falta de fondos, ante lo cual el médico decide atenderlos intercaladamente con los pacientes citados con antelación. La consulta se retrasó pero, el quejoso señor P., comenzó a tener actitudes que el doctor **M.**, **considera** como no propios para un consultorio, por lo cual a las dos y cuarenta y cinco salió a la sala de espera y le dijo al paciente que “si no podía tener paciencia fuera a su entidad de salud para que lo remitieran a otra institución”. El paciente sale de allí y presenta la queja.

El Tribunal Seccional aceptó la queja e inició averiguación preliminar, en el curso de la cual revisó la historia clínica del señor **L.P.L.**, se oyó en ratificación y ampliación de la queja al señor Paez y se identificó al doctor **N.A.M.L.** como el médico que tenía citado al quejoso para la consulta de fisioterapia. El Doctor M., fue oído en declaración sin juramento, en la cual explicó sus actuaciones.

Resolvió el tribunal de primera instancia que no hay méritos para abrir investigación formal, por cuanto considera dicho tribunal que el doctor N.A.M.L. no incurrió en violación de la ley 23 de 1981 y por lo tanto la conducta no constituye infracción ética.

El quejoso presentó dentro de términos el recurso de apelación contra el fallo y lo sustentó por escrito; el tribunal de primera instancia concedió ese recurso y envió las diligencias al Tribunal Nacional de Ética Médica, para lo de competencia.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

El tribunal seccional del Meta basa su decisión de ratificar el archivo de la diligencia con el siguiente argumento:

El señor L.P.L. sustenta su recurso manifestando entre otras cosas, que la indisposición con el médico radicó en la información que este recibió de la persona que atiende el almacén de ortopédicos, quien fue la persona que le recibió los documentos y le transmitió al médico su inconformidad por la atención demorada, que fue humillado y agredido verbalmente por el doctor N.M., negándose a atenderlo en consulta, que se enteró por la declaración del médico que CAJACOPI había dicho que era problemático y necesita saber cuál fue el funcionario que hizo esta manifestación, igualmente procede a realizar manifestaciones varias que no tienen nada que ver con la queja que nos corresponde investigar.

CONSIDERACIONES

El quejoso manifiesta su inconformidad basado en hechos similares a los presentados en su queja, sin aportar ningún elemento nuevo que pueda servir de base para reconsiderar la decisión aquí tomada. Sus argumentos se resumen a repetir la situación en la cual fue atendido, según él de manera poco diligente y desconsiderada por parte del doc-

tor N.M.. Pretende aclarar que quien lo indispuso con el médico fue el señor que atiende el almacén, que ocasionó la reacción del profesional que lo humilló y no lo atendió, lo que motivó la queja que en este proceso se le ha dado el curso legal para determinar si hubo violación del código de ética médica. Por lo tanto, al no encontrarse con un hecho nuevo que pueda variar la decisión ante una situación que evidencia que el paciente no entiende que en ocasiones por la cantidad de personas por atender es necesario tener paciencia y soportar los turnos que correspondan para obtener atención de parte del médico, quien entre otras no es el responsable de esto, sino más bien culpa de un defecto de forma que siempre ha aquejado a nuestro sistema de salud.

Por todas las razones varias que todos conocemos, queda muy claro para esta Sala que no existe prueba suficiente para concluir que el doctor N.A.M.L. faltó a la ética médica y sí se nota una gran intolerancia y resentimiento hacia los servicios de salud por parte del quejoso, que seguramente nublan su buen juicio al ser sometido a la presión de la espera y al manejo de los turnos que toda persona debe soportar, que lo llevan a presentar este tipo de quejas sin peso probatorio, que en un momento permitan sancionar a los profesionales que se vean acusados, motivos por los cuales no se ha de reponer la providencia atacada.

El Tribunal Nacional de Ética Médica está de acuerdo con el Tribunal seccional en que al sustentar el recurso de apelación, el señor L.P.L. tras hacer nuevo recuento detallado de lo ocurrido con su cita en fisioterapia, funda su inconformidad en el retraso de su horario de consulta y en que supuestamente el médico no quiso atenderlo pero, que no existen pruebas suficientes para concluir que el doctor N.A.M.L. haya violado la ley 23 de 1981. Sin embargo, El Tribunal hace énfasis en el derecho que tienen los pacientes de reclamar a las entidades o al médico por una atención oportuna. No es justo que se califique como problemático a un paciente porque reclama el cumplimiento en los horarios de las consultas. Es deber de las entidades de salud y del médico si ocurre un retraso involuntario en los procesos, explicarles la causa del mismo.

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

RESUELVA:

Artículo Primero. – Confirmar como en efecto confirma el fallo de fecha 18 de Marzo de 2010 impugnado por el señor L.P.L. , en el cual el Tribunal seccional del Meta se abstuvo de abrir investigación formal y ordenó el archivo de la queja presentada por el mismo señor P. **Artículo Segundo.** - Devolver el expediente al tribunal de origen, para lo de su competencia. NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

FDO. FERNANDO GUZMAN MORA, Magistrado –Presidente; LUIS ALBERTO BLANCO RUBIO, Magistrado Ponente; GERMAN PEÑA QUIÑONES, Magistrado; EFRAÍM OTERO RUÍZ , Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, mayo dieciocho (18) del año dos mil diez (2010).

**SALA PLENA SESIÓN No. 1043 DE dieciocho (18)
DE MAYO DEL AÑO DOS MIL DIEZ (2010).**

REF: Proceso número No.2676 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá

Contra: DR. J.E.M.I.

Denunciante: Señor S.W.L.

Asunto: Recurso de Apelación

Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Blanco Rubio

Providencia No. 44-2010

VISTOS:

Procedió el Tribunal Nacional de Ética Médica de Bogotá, a ejecutar el recurso de apelación interpuesto contra la providencia de fondo dictada por dicho Tribunal de la decisión de fecha 3 de marzo de 2010, mediante el cual resolvió sancionar al Doctor J.E.M.I., identificado con Cédula de Ciudadanía No. de (...) y Registro Médico No..... de la Secretaría Distrital de Salud con CENSURA ESCRITA Y PÚBLICA según el Artículo 83 literal b) numeral 2) de la Ley 23 de 1981.

HECHOS:

Fueron puestos en conocimiento por el Señor S.W.L., quien informó que su hijo C.A.W. con 17 años de edad, fue atendido por primera vez

por el servicio de Ortopedia de Columna del HOSPITAL MILITAR CENTRAL, el 27 de noviembre de 2001, al ser remitido por presentar escoliosis derecha, que para el momento era considerada como leve con deformidad de 14°.

Ante dicho cuadro, se decidió hacer un manejo expectante, durante los años siguientes y hasta el año 2005, tuvo citas periódicas de control en las que se evidenció progreso de la enfermedad.

El 26 de octubre de 2004, el paciente fue valorado por el cirujano de columna, Doctor J.E.M.I., quien confirmó el diagnóstico de escoliosis, posiblemente por enfermedad de Scheuermann; en la historia clínica aparece nota de evolución que a la letra reza: “Se explica al paciente la opción de cirugía. Se firma consentimiento informado y se programa para el 9 de Diciembrej04. “

Por petición del paciente, el 17 de noviembre de 2004, se aplazó la cirugía para junio del 2005. Posteriormente en mayo 10 de 2005 es visto nuevamente en Ortopedia de Columna, programándose nuevamente cirugía, previa valoración del servicio de anestesia.

El paciente ingresó a hospitalización el 1 de junio de 2005 para el procedimiento programado al día siguiente; sin embargo en los exámenes prequirúrgicos, se encontró prolongación de los tiempos de coagulación, por lo que ortopedia y anestesia decidieron en conjunto, por seguridad del paciente, aplazar la intervención.

El joven C.A.W. fue entonces dado de alta para estudiar la etiología del alargamiento de los tiempos de coagulación, reingresando nuevamente para cirugía, la cual se practicó el 30 de junio de 2005, procedimiento que duró 7 horas, sin que se presentaran complicaciones intraoperatorias. El paciente ingresó a la unidad de cuidado intensivo postquirúrgico sin hallazgos patológicos en el examen neurológico de las extremidades. A las 5 horas de su ingreso a la UCI se encontró un déficit motor incompleto con nivel sensitivo L1, por lo que se decidió llevarlo a cirugía nuevamente para el retiro del material de osteosíntesis con diagnóstico de isquemia medular por posible elongación. Tras el retiro

del material de osteosíntesis el paciente no recuperó el movimiento de las extremidades inferiores y cuando fue posible ingresó en el programa de rehabilitación.

RESULTANDOS

Con fundamento en la documentación presentada ante este Tribunal, en Sala Plena, sesión número quinientos cuarenta (540) de fecha diciembre seis (6) de dos mil cinco (2005), se aceptó la queja presentada por el Señor S.W.L. en contra del Doctor J.E.M.I. y se declaró abierta la correspondiente investigación preliminar, designándose como Magistrado Instructor al Doctor J.F.V.V. Posteriormente se efectuó nuevo reparto, siendo asignado el proceso al Magistrado Doctor JOSÉ NEL CARREÑO RODRÍGUEZ.

Mediante auto calendarado el 16 de mayo de 2007, se procedió a declarar abierta la instrucción.

Sobre las pruebas decretadas y practicadas por el Despacho, el Magistrado Instructor, presentó su informe de conclusiones, con base en el cual en Sala Plena del Tribunal, reunida el 13 de febrero de 2008, formuló resolución de cargos contra el Doctor J.E.M.I., por posible violación de los Artículos 15 y 16 de la Ley 23 de 1981, concordante éste último con el 12 del Decreto 3380 del mismo año. Estos cargos fueron debidamente sustentados y justificados en su momento y con fundamento en ellos, el día 22 de octubre de 2008, presentó el médico sus descargos.

Oído el Doctor J.E.M.I. en audiencia descargos, mediante fallo de fondo del 3 de marzo de 2010, se pronunció la Corporación, resolviendo sancionar al disciplinado con CENSURA ESCRITA Y PÚBLICA, por considerar que con su conducta, violó el contenido de los Artículos 15 -en su parte pertinente- y 16 de la Ley 23 de 1981, concordante éste último con el Artículo 12 del Decreto 3380 del mismo año.

Artículo 15. El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados.

Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.

Artículo 16. La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto. El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados.” Concordante con el Artículo 12 del Decreto 3380/81 que señala: “El médico dejará constancia en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto o de la imposibilidad de hacerla.

EL RECURSO DE IMPUGNACION

Mediante escrito presentado ante este Tribunal, la abogada defensora del Doctor J.E.M.I., interpuso dentro del término legal RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO APELACIÓN, contra el fallo sancionatorio.

Señala la profesional del derecho en su escrito, que la decisión del Tribunal, dista radicalmente de la verdad procesal, entendida como la reconstrucción de los hechos realizada en la etapa de investigación, con los medios probatorios debidamente aportados al proceso. En este sentido, señala que en la declaración del paciente hay manifestaciones que interpretadas objetivamente desvirtúan tanto la formulación de cargos como el fallo de primera instancia. Al respecto, indica que el joven C.A.W., manifestó que los médicos le explicaron la opción de cirugía y de los riesgos que implicaba someterse a esta, al señalar lo siguiente:

“Ellos me explicaron que me daban más o menos un 95% de posibilidades de que la cirugía salía bien. Me dijeron que los riesgos más que todo eran muerte como toda cirugía, me dijeron que las barras que a mí me iban a colocar en la columna se podían romper de alguna forma, me explicaron sobre las infecciones que podía adquirir después de la cirugía, pero cuando yo les pregunté sobre el riesgo de quedar en una silla de ruedas después de la cirugía, me dijeron que no había problema, que ellos tenían muchos años de experiencia y que en todos los casos que ellos habían operado nunca se había presentado nada.” (FI 263, c.l.)

Igualmente agrega que el paciente anotó:

“Yo al Doctor M. yo le pregunté que si existía la posibilidad de que yo quedara en silla de ruedas después de la cirugía de columna y él me dijo que no, que yo salía bien...” (FI. 264, c.l.)

En este orden señala la abogada, que la declaración no fue tenida en cuenta en su aspecto más importante: explicación amplia y detallada de los riesgos, indicando que el material probatorio genera certeza absoluta para afirmar que el paciente estaba debidamente informado. Esto, aunado al hecho de que el consentimiento informado aparece registrado en la historia clínica; concluye la defensora, son pruebas idóneas para demostrar que al paciente se le informó sobre la opción de cirugía, sobre el procedimiento a realizar y las posibles complicaciones, aclarando sus dudas en cuanto a los posibles riesgos neurológicos, tal como lo ha afirmado el disciplinado.

Igualmente señala que según la experiencia, entendida como el conocimiento adquirido por el Doctor M.I. en su tiempo de trabajo como especialista en cirugía, es improbable que hubiera intervenido a un paciente sin antes llevar a cabo el consentimiento informado.

Así mismo afirmó que en el Artículo 11 de la Ley 23 de 1981, el profesional de la salud a de tener una actitud de apoyo, evitando todo comentario que darse teniendo un tacto especial, escogiendo cuidadosamente que se le dice al paciente, siempre de una forma personalizada y clara, evitando en todo momento alterar al paciente.

Manifestó enfáticamente la profesional del derecho, que el hecho de que no esté demostrado en el expediente que no se respondió puntualmente acerca del riesgo de paraplejia, no puede interpretarse como que su prohijado no le haya dado una respuesta al paciente, o no haya tenido disposición para hacerlo, estando a criterio del médico cómo responder las preguntas realizadas con el objetivo único de brindar tranquilidad y no alarmar al paciente siempre y cuando los conceptos queden comprendidos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Pasó, entonces la Corporación, a analizar los argumentos expuestos por la apoderada del disciplinado para sustentar el recurso de reposición impetrado.

Como ya lo ha dicho en reiteradas ocasiones esta Corporación, el consentimiento informado es la piedra angular sobre la cual se sustenta una buena relación médico-paciente; es un proceso continuo en el que el médico suministra al enfermo una información razonable, precisa y suficiente sobre la naturaleza de su dolencia y el tratamiento médico a realizar según su criterio, así como posibles alternativas terapéuticas, y riesgos y molestias que se puedan derivar de la ejecución del tratamiento propuesto, para que la persona con conocimiento, tome una decisión válida y auténtica, que se ajuste a su sistema de valores. El consentimiento informado es un acto clínico, forma parte indisoluble del acto médico, debiendo como tal quedar oportuna y adecuadamente descrito en la historia clínica.

Efectivamente, en el presente caso concluyó la Corporación que el Doctor J.E.M.I., no había informado adecuada y suficientemente al paciente, sobre los riesgos de una paraplejia, asociados al procedimiento quirúrgico propuesto al joven C.A.W.

Frente a esta decisión, señala la defensa en el escrito impugnatorio, que el Tribunal no valoró apropiadamente las pruebas, siendo la declaración

del paciente completamente ilustrativa sobre cómo fue informado adecuadamente al respecto. Sobre este punto se debe indicar que es precisamente lo afirmado por el paciente, aunado a la ausencia de registros sobre un proceso comunicativo claro y suficiente, lo que permitió achacarle la responsabilidad ético-disciplinaria al Doctor M.I., por la violación de los Artículos 15 y 16 de la Ley 23 de 1981, concordante con el Artículo 12 del Decreto 3380 del mismo año. Muy claramente manifestó el joven C.A.W., que al interrogar al Doctor M.I. sobre los riesgos de quedar en una silla de ruedas, se le contestó que “ellos tenían muchos años de experiencia y que en todos los casos que ellos habían operado nunca se había presentado nada”. Pretender darle una interpretación diferente a lo dicho por el paciente y plantear a raíz de dicha manifestación un proceso informativo suficiente y adecuado, es alejarse de la realidad procesal. Así mismo es desatinado, atribuirle a una proforma de autorización institucional para intervenciones quirúrgicas, genérica, carente de mayor información sobre el paciente y el procedimiento a realizar, y cuyos fines son a todas luces eminentemente administrativos y defensivos, el carácter de prueba concluyente de un proceso adecuado para la obtención del consentimiento informado del paciente.

Lo cierto es que ha sido insistente este Despacho, en señalar que la información que debe recibir el paciente sobre los riesgos inherentes a un procedimiento, depende de su materialidad; y que un riesgo es material si es muy grave, aunque sea poco frecuente o si es muy frecuente cuando sea muy poco grave. Pudiéndose calificar entonces de grave, el riesgo que implica la posibilidad de dañar irreversiblemente el desarrollo y/o funcionamiento normal de las capacidades psicológicas, biológicas, o sociales del individuo, incluyendo dentro de éstas, las de muerte, ceguera, hemiplejia, paraplejia, tetraplejia, pérdida de actividad sexual o mutilaciones físicas o funcionales. Es claro entonces, que en cuanto mayor es la materialidad del riesgo, es obvio que dicha información desearía conocerla un persona razonable, siendo por lo tanto mayor la obligación de comunicarlo al paciente.

Es así como en el presente caso, por la gravedad del riesgo, el riesgo de paraplejia debió ser abordado por el médico de una manera prudente explícita y clara, despejando las dudas del joven W.C., cerciorándose de que el paciente hubiera entendido adecuadamente la información y la trascendencia de someterse al procedimiento propuesto, en aras de respetar la autonomía del enfermo.

Por las anteriores consideraciones, ese Despacho confirmó el fallo impugnado mediante el cual sancionó al Doctor J.M.I., con CENSURA ESCRITA Y PÚBLICA.

EN MÉRITO DE' LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SECCIONAL DE ÉTICA MÉDICA DE BOGOTÁ, EN USO DE SUS FACULTADES LEGALES

RESOLVIÓ

PRIMERO: NO REPONER la providencia impugnada, mediante la cual ese Tribunal decidió sancionar al Doctor J.E.M.I. con CENSURA ESCRITA Y PÚBLICA según el Artículo 83 literal b) numeral 2) de la Ley 23 de 1981.

SEGUNDO: CONCEDER el Recurso de apelación interpuesto como subsidiario y para tal fin disponer el envío del expediente al Tribunal Nacional de Ética Médica.

TERCERO: Notifíquese esta providencia en la forma establecida en la Ley 23 de 1981.

EL TRIBUNAL NACIONAL DE ETICA MÉDICA para resolver el recurso de apelación manifiesta que está de acuerdo con el análisis y las conclusiones del TRIBUNAL DE ÉTICA MÉDICA DE BOGOTÁ expuestas en el recurso de reposición y en el análisis realizado con respecto al fallo por el cual no se aceptaron los descargos y sanciona al Doctor J.E.M.I..

Comparte las apreciaciones del Tribunal Seccional respecto al consentimiento informado porque, todo paciente tiene derecho a que el profesional le de la información necesaria y suficiente para que pueda tener una idea objetiva y correcta de su estado de salud, y tenga la capacidad de decidir sobre los procedimientos propuestos por el médico. El consentimiento informado es un derecho que obliga a informar al paciente de todo aquello que pueda serle relevante en su proceso de toma de decisiones. En ocasiones esto puede no ser tan fácil, porque ¿qué se entiende por información relevante? ¿Supone decirle al paciente todo lo que el médico sabe, o leerle todo un tratado de la enfermedad que padece con su tratamiento? Además, para un paciente puede ser relevante algo que para otro no lo es y al contrario. Lo que sí es claro es que el médico debe informar siempre todo aquello que el mismo paciente pregunte y considere necesario para la toma de su decisión. El joven C.A.W. solicitó, específicamente, que se le de informara sobre la posibilidad de “quedar en silla de ruedas después de la cirugía; me dijeron que no había problema que ellos tenían muchos años de experiencia nunca se les había presentado nada” (folio 264). Es decir estaba preguntando sobre la posibilidad de una paraplejia o de una lesión medular, riesgo que ha debido el cirujano advertir de una manera prudente pero comprensible para el paciente.

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

RESUELVA:

Artículo Primero: Confirmar como en efecto confirma la sanción impuesta por el Tribunal de Etica Médica de Bogotá al DOCTOR J.E.M.I. con CENSURA ESCRITA Y PÚBLICA según el Artículo 83 literal b) numeral 2) de la Ley 23 de 1981. **Artículo Segundo.** Una vez en firme la presente providencia devolver el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. **NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.**

FDO. FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado –Presidente; LUIS ALBERTO BLANCO RUBIO, Magistrado Ponente; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; EFRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado; GERMAN PEÑA QUIÑONES, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaria.

Bogotá, marzo veintisiete (27) del año dos mil doce (2012).

**SALA PLENA SESIÓN No. 1125 DEL VENTISIETE
(27) DE MARZO DEL AÑO DOS MIL DOCE (2012)**

Ref: Proceso 1235 del Tribunal Seccional de Etica Medica de
Antioquia

Denunciante: O.H.Q.C.

Denunciado: J.C.A.G.

Asunto: Evaluacion de conducta con sancion superior a seis meses.

Providencia No. 30-2012

Magistrada Ponente: Dra. Lilian Torregrosa Almonacid

VISTOS

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia decidió, en sesión de Sala Plena del 14 de febrero de 2012, que el doctor J.C.A.G., identificado con y Registro Médico, incurrió en violación de los artículos 1 numerales 1 y 4, artículo 2 y artículo 9 de la ley 23 de 1981 concordando este último con el artículo 6 del decreto reglamentario 3380 de 1981, por hechos ocurridos el 30 de junio de 2007 en la persona del paciente EFV.R.

En consecuencia condenó al doctor J.C.A.G. a sanción consistente en suspensión mayor de seis meses en el ejercicio de la medicina, por lo que, de acuerdo con el artículo 84 de la Ley 23 de 1981, remitió el expediente al Tribunal Nacional de Ética Médica para la imposición de la sanción.

El proceso fue sometido a reparto, correspondiendo por sorteo a la Magistrada Lilian Torregrosa Almonacid.

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

HECHOS

El día 30 de Junio de 2007, el joven E.F.V.R. de 16 años de edad, consultó al Hospital San Rafael de Itagüí, por haber presentado trauma del brazo derecho al nivel del codo ocasionado por una caída; se le realizó una radiografía que mostró una fractura epitroclear desplazada y fue evaluado por el ortopedista J.C.A.G. quien lo programó para osteosíntesis de codo con tornillos. En el quirófano y en el momento del acto quirúrgico, la auxiliar del quirófano M. Del C.M.S. pudo ver que el cirujano, doctor J.C.A.G. estaba manipulándole el pene al paciente y luego pudo apreciar que la sábana que cubría al mismo, estaba llena de sangre; llamó la atención de la instrumentadora J.L.Z.S. y le señaló lo que estaba ocurriendo. Luego de terminada la cirugía, la auxiliar de enfermería, señora M.S., le comentó lo sucedido al anestesiólogo, doctor L.F.O.S. recibiendo como recomendación de éste, hacer extensiva la información sobre lo ocurrido a las directivas del Hospital.

En escrito fechado el 24 de julio de 2007, el señor O.H.Q.C., en calidad de Gerente del Hospital San Rafael de Itagüí, presentó ante el Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia, queja sobre la conducta del doctor J.C.A.G. quien a pesar de no ser un funcionario público de la entidad, pertenecía a la cooperativa TOACCOOP que le prestaba servicios asistenciales en el área de ortopedia. El gerente de la entidad adjuntó copia de la queja formal presentada por la señora M. del C. M.S., auxiliar de enfermería, quien refería lo siguiente: “ El día 30 de junio de 2007 a las 23:30 sucedió un caso muy delicado cuando me encontraba dentro del quirófano N° 4 de la sede N° 1 de la ESE Hospital San Rafael al estar desempeñando las labores como auxiliar de

enfermería...Se encontraba realizando una osteosíntesis de húmero el ortopedista de turno, doctor J.C.A.G. cuando noté, al estar sentada a un lado de la mesa, en la camilla de cirugía, que el doctor estaba manoseando los genitales del paciente por encima de la ropa estéril. ... le hago señas a la instrumentadora J.A. para que ella también observara lo que estaba sucediendo, a lo que ella quedo anonadada o asustada... Posteriormente, al estar terminando la cirugía se desesperó aún más tocándole con insistencia los genitales al paciente que aún permanecía dormido... y al salir éste ortopedista del quirófano, se llamó al anestesiólogo de turno doctor L.F.O.S., que había salido para montar un bloqueo, con el fin de contarle lo sucedido. Se le mostró los genitales del paciente donde se observó erección del pene.” Posteriormente refiere la auxiliar que el anestesiólogo mencionó que él no había visto nada, pero que aconsejaba comentar el caso con las directivas de la institución.

El Tribunal Seccional aceptó la queja e inició averiguación preliminar, en el curso de la cual revisó la historia clínica del joven E.F.V.R., en la cual figuran los datos médicos completos referentes a la cirugía llevada a cabo el día 30 de Junio de 2007.

Recibió también la declaración jurada de las señoras J.L.Z.S. y M. del C.M.S.. La primera, quien era instrumentadora del Hospital San Rafael en la fecha de los hechos denunciados, y quien manifestó (folios 10 y 11) que evidentemente recordaba el asunto, que durante la cirugía del joven V., ... el ortopedista había manipulado el pene del paciente y tanto ella como la auxiliar de la sala habían presenciado el hecho así como la erección del paciente una vez se retiró la sábana después de la intervención.

La señora M. del C.M.S. quien era auxiliar de enfermería del Hospital San Rafael en la fecha de los hechos denunciados, manifestó (folios 37,38,39) que durante la cirugía el doctor J.C.A.G. manipuló el pene del joven paciente por encima de la ropa estéril, la cual se encontraba visiblemente manchada de sangre, así como lo estaba el guante del ortopedista. Este hecho ocurrió en momentos en que utilizaba el in-

tensificador (el cual manejaba a través de un pedal y sus manos quedaban libres), cuando la instrumentadora irrigaba con solución salina y al final del procedimiento principalmente en el momento en que se terminó la cirugía, “al quitarse la bata quirúrgica no se la retiró del todo porque tenía la otra mano sobre el pene del joven por encima de la sábana, en ningún momento él metió la mano por debajo...”. Aclaró la señora M., que el paciente se encontraba en decúbito supino con el miembro superior derecho estirado y a lado y lado del mismo el ortopedista y la instrumentadora. Ella se encontraba a la izquierda del paciente, y sentada en una camilla de transporte, cuando presencié los hechos.

Así mismo, recibió el Tribunal la declaración jurada de el doctor L.F.O.S., quien era anestesiólogo del Hospital San Rafael en la fecha de los hechos denunciados, y quien manifestó (folio 20) que la auxiliar de la sala le comentó “que el ortopedista al retirarle el torniquete al paciente le tocó los genitales.” Ante lo cual le preguntó si estaba segura y “ella lo afirmó, y le dijo a la otra auxiliar que me confirmara, ella dijo que sí, que le pareció, muy raro...” Cuando se interrogó acerca de la supuesta erección del paciente al terminar la cirugía, manifestó: “Yo no recuerdo que cuando terminó la cirugía si tenía erección; aunque a veces es frecuente que se presente durante la cirugía asociada a manipulación sobre el pene.” y manifestó tampoco recordar si la auxiliar le había mostrado la erección del paciente cuando le comentó sobre los hechos.

Rindió declaración el doctor J.C.A.G. , quien asistió con su apoderado e hizo un recuento de sus labores asistenciales durante el turno en que intervino al joven V., para posteriormente manifestar que no tenía claridad sobre los eventos relatados por el personal paramédico en la queja, pues debido a la organización del equipo quirúrgico y el instrumental alrededor del paciente, era difícil un contacto como el descrito por la auxiliar. Al referirse a los momentos donde supuestamente se había presentado la manipulación, mencionó lo siguiente: “Para yo estar en contacto con el paciente al tomar las imágenes, no se pudie-

ron haber realizado, siempre estuve al frente con la instrumentadora y sería la primera persona en notar mi conducta, no la auxiliar...”, hizo referencia al cubrimiento del paciente con una serie de elementos una cobija, una lona de caucho, y dos sábanas estériles “que hacen difícil esa manipulación”, “ se dijo que en el momento de retirar el torniquete se hizo tal manipulación, lo cual es sabido que para retirar este se necesitan las dos manos , tanto para retirar el vendaje que se encuentra anudado, como el manguito neumático...” también hablaron sobre el momento de retirar la bata de cirugía, lo cual es sabido que esta tiene tres nudos, uno anterior que es fácil de retirar y dos posteriores que necesitan o las dos manos o generalmente la ayuda de la auxiliar.”

Sobre el posible contacto con la zona genital del paciente en algún momento de la cirugía menciona que tanto durante el paso del paciente de la camilla a la mesa de cirugía o “en el momento de la ubicación de los tornillos, porque mi miembro superior izquierdo para estabilizar la fractura, tiene que estar sobre el abdomen inferior del paciente.”

El tribunal seccional consideró que había méritos para formular pliego de cargos al disciplinado, por presunta violación de los artículos 1 numerales 1 y 4, artículo 2 y artículo 9 de la ley 23 de 1981 concordando este último con el artículo 6 del decreto reglamentario 3380 de 1981.

Así lo hizo en providencia del 12 de Marzo de 2010 y fijó la fecha para las diligencias de descargos.

El abogado del Dr. J.C.A.G. Dr. HAROLD MAURICIO HERNÁNDEZ BELTRÁN en la audiencia de descargos solicitó la nulidad desde el momento previo a la providencia de cargos por haberse tomado esa decisión sin obrar en el expediente el Informe de Conclusiones.

Manifestó en su calidad de defensor, que contra la decisión tomada por el Tribunal de Ética de Antioquia en esa Sala, interponía como único, el recurso de Apelación para que fuera resuelta la petición de nulidad por el Tribunal Nacional de Ética Médica

La Sala en pleno concedió el recurso de apelación en el efecto suspensivo y envió el proceso al Tribunal Nacional de Ética Médica, el cual en Sala Plena de agosto 31 de 2010, (con salvamento de voto del Dr Juan Mendoza Vega), resolvió declarar la nulidad de lo actuado en el presente proceso a partir del informe de conclusiones del magistrado instructor y devolver el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia.

Dando cumplimiento a lo ordenado en esta Providencia, el 24 de noviembre de 2010, el magistrado instructor doctor Juan Guillermo Duque Jiménez, anexó al expediente el informe de conclusiones que fue presentado en sesión de Sala Plena el día 15 de marzo de 2011 y discutido en Sala Plena del 22 de marzo del mismo año.

El tribunal seccional consideró que había méritos para formular pliego de cargos al disciplinado, por presunta violación de los artículos 1 numerales 1 y 4, artículo 2 y artículo 9 de la ley 23 de 1981 concordando este último con el artículo 6 del decreto reglamentario 3380 de 1981.

Así lo hizo en providencia del 29 de Marzo de 2011 y fijó la fecha para la diligencias de descargos el 31 de mayo del mismo año, fecha en la cual asistió el abogado defensor Juan José Correa Alcaraz y manifestó que el doctor J.C.A.G. no se haría presente debido a que se encontraba fuera del país en una pasantía; y posteriormente allegó certificados del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires donde constaba que el Dr. J.C.A.G. se encontraba realizando una especialización en ortopedia pediátrica en el Hospital Interzonal de Agudos especializado en pediatría “ Superiora Sor Maria Ludovica” de La Plata Argentina entre el 5 de abril de 2011 y el 5 de abril de 2012.

Se programó entonces nuevamente la audiencia, para diciembre 6 de 2011, pero se solicitó nuevo aplazamiento debido a que el Doctor J.C.A.G. debía atender citación relacionada con sus trámites de solicitud de residencia y convalidación del título en Argentina.

En providencia del 13 de diciembre de 2011, el Tribunal de Ética Médica de Antioquia, señala para el 20 de enero de 2012 la diligencia de

descargos, advirtiéndole que en caso de no asistir el médico, “deberá enviar los descargos por escrito, ello como quiera que esta se ha fijado en varias ocasiones y no se ha hecho presente.” A la audiencia se presentó el abogado defensor Juan José Correa Alcaraz, quien allegó un escrito en el cual la defensa consideraba que la formulación de cargos se basó en testimonios “contradictorios en aspectos esenciales”, y solicitó que ante la duda probatoria respecto de las acusaciones, se absolviera al doctor J.C.A.G. .

El Tribunal de Ética Médica de Antioquia consideró que no se había desvirtuado el pliego de cargos y encontró que había certeza de que el doctor durante la cirugía, estuvo tocando los genitales del paciente que estaba interviniendo, quien para la fecha era un menor de edad y además se encontraba bajo los efectos de la anestesia general; con lo cual el profesional de la medicina vulneró los artículos 1 numerales 1 y 4, artículo 2 y artículo 9 de la ley 23 de 1981 concordando este último con el artículo 6 del decreto reglamentario 3380 de 1981.

ARTÍCULO 1°. – La siguiente declaración de principios constituye el fundamento esencial para el desarrollo de las normas sobre Ética Médica.

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

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

ARTÍCULO 2°. – Para los efectos de la presente ley, adoptándose

los términos contenidos en el juramento aprobado por la Convención de Ginebra de la Asociación Médica Mundial, con la adición consagrada en el presente texto.

El método deberá conocer y jurar cumplir con lealtad y honor el siguiente

JURAMENTO MÉDICO

Prometo solemnemente:

Consagrar mi vida al servicio de la humanidad.

Otorgar a mis maestros el respeto, gratitud y consideración que merecen;

Enseñar mis conocimientos médicos con estricta sujeción a la verdad científica a los más puros dictados de la ética;

Ejercer mi profesión dignamente y a conciencia;

Velar solícitamente y ante todo, por la salud de mi paciente;

Guardar y respetar los secretos a mí confiados;

Mantener incólumes por todos los medios a mi alcance, el honor y las nobles tradiciones de la profesión médica;

Considerar como hermanos a mis colegas;

Hacer caso omiso de las diferencias de credos políticos y religiosos, de nacionalidad, raza, rangos sociales, evitando que éstos se interpongan entre mis servicios profesionales y mi paciente.

Velar con sumo interés y respeto por la vida humana; desde el momento de la concepción y, aún bajo amenaza, no emplear mis conocimientos médicos para contravenir las leyes humanas.

Solemne y espontáneamente, bajo mi palabra de honor, prometo cumplir lo antes dicho

ARTÍCULO 9°. – El médico mantendrá su consultorio con el decoro y la responsabilidad que requiere el ejercicio profesional. En él puede recibir y tratar a todo paciente que lo solicite.

Conc. D 3380/81. Art. 6°. – “Entiéndase por consultorio, el sitio donde se puede atender privadamente al paciente y cuyo objetivo sea la consulta o tratamiento ambulatorio”.

En consecuencia, condenó al doctor J.C.A.G. a sanción consistente en suspensión mayor de seis meses en el ejercicio de la medicina, por lo que, de acuerdo con el artículo 84 de la Ley 23 de 1981, remitió el expediente a esta superioridad para la imposición de la sanción.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

Después de realizar una cuidadosa revisión y análisis del acervo probatorio, esta superioridad debe aceptar que el tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia ha hecho una descripción detallada, objetiva, específica y muy clara de los motivos de su decisión y está de acuerdo en que no existe contradicción en las pruebas testimoniales de las personas que presenciaron el acto señalado dentro del proceso.

Por el contrario, la gran contradicción se presenta entre las afirmaciones del Dr. J.C.A.G. respecto a la imposibilidad de la instrumentadora y auxiliar de enfermería para visualizar la manipulación de los genitales del paciente, generada por su ubicación dentro del quirófano; y el dibujo que él mismo anexa al expediente, donde se ilustra la distribución de la sala de cirugía el día del incidente, y se observa una inconsistencia que ubica al personal rodeando el brazo izquierdo del enfermo, cuando la cirugía efectivamente se realizó en el miembro superior derecho del menor.

No aparece demostrada ninguna circunstancia que indique un interés de perjudicar al médico o una falsificación del hecho indiciario, o un acuerdo entre las quejas para mentir en detrimento del médico dis-

ciplinado. De esta manera estarían descartados los hechos que podrían restarle mérito a la fuerza probatoria del indicio.

Es claro desde el punto de vista probatorio, que con su conducta el investigado, no siguió los parámetros de responsabilidad, cuidado y respeto por la dignidad del paciente.

La “dignidad humana” es un concepto preceptivo fundamental y sustantivo, el sustrato normativo de la igual dignidad de cada ser humano que los derechos del hombre precisan con más detalle y que progresivamente ha alcanzado un papel manifiesto en la administración de la justicia.

A partir de él, los derechos humanos pueden ser deducidos mediante la especificación de las condiciones en que son vulnerados, la Dignidad Humana, para Jürgen Habermas constituye la “fuente” moral de la que todos los derechos fundamentales derivan su sustento y es por esto que El artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, inicia con la siguiente afirmación: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

La dignidad humana es el fundamento de diversos derechos fundamentales, entre estos la intimidad, el buen nombre y la honra. Y es precisamente la protección a la dignidad la que ha dado lugar a la consagración expresa en nuestro ordenamiento jurídico de derechos autónomos que buscan garantizar la tutela de aspectos específicos que han cobrado tal importancia que merecen un amparo independiente¹⁹.

Inclusive una decisión justificada en casos difíciles suele ser posible únicamente si se apela a una violación de la dignidad humana, cuya validez absoluta fundamenta la prioridad de una de las exigencias sobre la otra. En el discurso judicial, menciona Habermas, “la dignidad

¹⁹ *El alcance del derecho a la intimidad en la sociedad actual. Xiomara Lorena Romero Pérez. Revista Derecho del Estado n.º 21, diciembre de 2008*

humana desempeña la función de un sismógrafo que registra lo que es constitutivo de un orden democrático legal, a saber: precisamente aquellos derechos que los ciudadanos de una comunidad política deben concederse a sí mismos si son capaces de respetarse entre sí, como miembros de una asociación voluntaria entre personas libres e iguales. A pesar de su contenido exclusivamente moral, los derechos humanos tienen la forma de derechos subjetivos exigibles que conceden libertades y pretensiones específicas. Han sido diseñados para ser traducidos en términos concretos en la legislación; para ser especificados, caso por caso, en las decisiones judiciales, y para hacerlos valer en casos de violación”²⁰.

La violencia sexual configura una de las más aberrantes ofensas contra la dignidad humana y el desconocimiento de los derechos fundamentales de todas las personas, en especial cuando es cometido contra menores de edad. El inciso segundo del artículo 44 de la Constitución, es enfático en señalar que “la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”. La obligación, pues, en este supuesto no depende de ninguna condición; es categórica: al niño se le debe asistir y proteger: “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

El derecho a la intimidad de las víctimas de actos contra su corporalidad desnuda y desvalida, constituye un valor superior que debe ser respetado por encima de cualquier otra consideración, y adquiere mayores dimensiones cuando la víctima se encuentra en circunstancias que condicionan una total indefensión como lo es la anestesia general; donde el personal de salud debe asegurar que se den las condiciones óptimas para que el paciente mantenga su pleno bienestar físico, pero también psíquico y moral.

En cuanto a la comisión de actos o atentados contra el pudor sexual, en pronunciamientos previos de este Tribunal se ha hecho referencia a

20 JÜRGEN HABERMAS. *Diánoia*, vol. LV, no. 64 (mayo 2010) pp. 3–25.

lo que el tratado sobre Responsabilidad Etica Médica Disciplinaria de Guzmán, Delgadillo y Saavedra sostiene : “El médico en la realización del acto médico se encuentra en situación de supremacía psicológica respecto del paciente, quien llega confiado a la espera de un tratamiento científico que lo debe mejorar y es obvio que no espera bajo ninguna circunstancia que abusivamente se aproveche de un acto tan trascendental y digno para que el galeno dé rienda suelta a sus más bajas pasiones. Este tipo de conductas afectan gravemente la dignidad de la persona humana en lo más profundo de sus sentimientos, pero igualmente causa grave deterioro a la profesión médica, porque es claro que con este tipo de actuaciones, la comunidad pierde confianza en sus médicos y la dignidad, seriedad y moralidad de la profesión quedan por tierra... Una de las situaciones más delicadas y denigrantes para la profesión médica es la producida cuando un profesional, abusando de su posición de autoridad y dominancia sobre un paciente, resquebraja la confianza del mismo y manipula su cuerpo y su mente para obtener alguna forma de acercamiento sexual con quien se encuentra en franca posición de desventaja frente a su agresor, en este caso un médico delincuente”. (Pag.1436)

El Tribunal Nacional de Ética Médica comparte de manera integral las apreciaciones del Tribunal de Ética Médica de Antioquia consignadas en precedencia, y por lo tanto, habrá de concluir que al doctor J.C.A.G. le es atribuible responsabilidad disciplinaria por haber infringido los artículos 1 numerales 1 y 4, artículo 2 y artículo 9 de la ley 23 de 1981 concordando este último con el artículo 6 del decreto reglamentario 3380 de 1981.

Son suficientes las consideraciones anteriores para que el TRIBUNAL NACIONAL DE ETICA MEDICA, en uso de las facultades que le confiere la ley.

RESUELVA:

Artículo Primero. Imponer al doctor J.C.A.G., identificado con cédula de ciudadanía No...de ..y Registro Médico..., suspensión en el ejercicio profesional de la medicina por espacio de dos (02) años, por violación a los artículos 1 numerales 1 y 4, artículo 2 y artículo 9 de la ley 23 de 1981 concordando este último con el artículo 6 del decreto reglamentario 3380 de 1981. **Artículo Segundo:** En contra de esta resolución son procedentes los recursos de reposición para ante el Tribunal Nacional, dentro de los treinta días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la sanción, o el subsidiario de apelación para ante el Ministerio de la Protección Social, dentro del mismo término. **Artículo Tercero.-** Una vez en firme la presente providencia, comuníquese el contenido de esta decisión al Ministerio de la Protección Social, a los Tribunales de Ética Médica y a la Federación Médica Colombiana para que sea fijada en lugares visibles de conformidad con lo establecido en el artículo 53 del decreto 3380 de 1981. **NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.**

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

LA INQUISICIÓN COMO DEGRADACIÓN HISTÓRICA DE LA DIGNIDAD HUMANA

FERNANDO GUZMÁN MORA, MD, MSci

Cirujano Cardiovascular. Asesor Médico Jurídico. Hospital Militar Central
Abogado Magna Cum Laude. Universidad Militar Nueva Granada
Magister en Derecho Penal. U. Libre
Magistrado Tribunal Nacional de Ética Médica
Especialista en Bioética. U. El Bosque
Catedrático de Derecho. Universidad Militar. Universidad Sergio Arboleda

Capitán de Navío Médico SARA E. MORENO MAZO, MD, Msci

Oftalmóloga. Glaucomatóloga. Subdirectora de Servicios Ambulatorios.
Hospital Militar Central
Capitán de Navío. Armada Nacional de Colombia
Especialista en Docencia Universitaria
Magister en Bioética. U. El Bosque
Docente AH. Universidad Militar Nueva Granada

INTRODUCCIÓN

Inquisición significa investigación, indagación, examen cuidadoso de alguna materia o asunto. Con este nombre se bautizó al tribunales eclesiástico europeo cuyo objetivo fué el de buscar y perseguir la herejía, dondequiera que ella se encontrase, a través de uno sistema articulado con capacidad de interrogar, torturar, juzgar y condenar personas acusadas de apartarse de las enseñanzas ortodoxas de la Iglesia Católica Romana.

Hacia el siglo XIII la religión católica ya se encontraba suficientemente madura, tanto por sus conceptos filosóficos, como por su tiempo de evolución. De Roma había heredado el criterio de Cultura y Norma Social; de los bárbaros, el concepto de unidad familiar y la idea de libertad individual; de la jerarquía clerical, el ordenamiento partiendo del poder papal.

De acuerdo con el filósofo Bertrand Russell, la filosofía católica de los primeros siglos descansa en tres elementos fundamentales: Los conceptos filosóficos de Platón y los Estoicos, la doctrina moral de los judíos, y el concepto de salvación, basado en creencias del cercano Oriente.

LA HEREJIA

La palabra griega Hairesis, significa elección. La Iglesia de los primeros tiempos hacía referencia a “elección de doctrinas diferentes a la católica”, y herejía pasó a ser un término despectivo que se asimiló a “error”.

Existieron en la Edad Media varias formas de herejía:

1. Académica: consistente con divergencias intelectuales, algunas de tal sofisticación que solamente podían ser evaluadas por teólogos de gran prestancia.
2. Institucional, dirigida a presionar reformas dentro de la Iglesia
3. Anárquica, cuyo objetivo era demostrar la falsedad del establecimiento religioso, por considerarlo indigno de respeto y contrario a la verdad.

La primera vez que en la Edad Media se condenó la herejía como un proceso criminal susceptible de castigo fué en el año 1022, cuando algunos clérigos de Orleans fueron acusados y condenados a la hoguera por el rey de Francia Roberto el Piadoso, en presencia del Obispo de Beauvais. Seis años después el Obispo Ariberto de Milán empujó a los habitantes de su ciudad a linchar a algunos herejes en el castillo de Monforte. Esta última acción la repitió el Obispo de Soissons en 1114.

La unión Iglesia-Estado para represión de la herejía la instituyó el papa Lucio III, quien en 1184 escribió la bula “Ad abolendam”, con la concurrencia del emperador Federico Barbarroja. A partir de entonces, los obispos fueron autorizados para visitar las comunidades, buscar y juzgar a los herejes; cuando eran hallados culpables, se entregaban a la autoridad civil (brazo secular), para el respectivo castigo. Este, con el impulso y respaldo de la bula “Vergentis in senium”, incluía la confiscación y pérdida de los bienes.

ORIGEN DE LA INQUISICIÓN

El período medieval de la Inquisición europea fué establecido por el papa Gregorio IX, aunque había visto numerosos antecedentes, entre ellos el del Tercer Concilio de Letrán (1179), auspiciado por el papa Alejandro III, quien incita a los jefes de estado a aplastar la herejía, utilizando toda la fuerza necesaria.

La Iglesia, que había mostrado tolerancia en los previos doscientos años, cambió su actitud a partir de la ya mencionada bula de 1184 (Ad

abolendam), del papa Lucio III, el mismo que redactó la Constitución del Concilio de Verona, en donde se plantea que todo poder temporal está obligado a respaldar a la iglesia en su lucha contra la herejía. A este siguió Alejandro III, quien plantea: "...por la fuerza reducir a su más mínima expresión a los herejes que ponen en peligro la unidad de la Santa Madre Iglesia Católica, incluyendo la confiscación de bienes, la cárcel, la tortura, la ignominia familiar y la muerte..."

En 1198 llegan la herejía a su máximo apogeo. Tiene lugar en 1200 el Concilio de Avignon, en donde se decreta la creación de una comisión de un presbítero y dos laicos, con el fin de denunciar a los herejes y sus cómplices. Cabe mencionar la actitud de Inocencio III, quien en una de sus bulas escribe: "...los papas estamos llamados mandar sobre todos los reinos y pueblos del mundo..."

En 1203 el papa le confiere amplios poderes inquisitoriales a la comunidad cisterciense de la abadía de Fontfreda, en cabeza de los monjes Pere de Castellnou y Raoul, quienes no muestran al final unos resultados satisfactorios. Son entonces enviados los sacerdotes Diego de Acevedo y Domingo de Guzmán en apoyo de los frailes. Igualmente, delegados papales llegan a múltiples sitios de Europa para solicitar apoyo en esta campaña en contra de lo que se considera el cáncer de la Iglesia. Se acuden a todo tipo de argumentos, incluida la excomunión, de la cual varios personajes son víctimas, entre otros el Conde de Tolouse, Ramón IV, quien se niega a colaborar con los representantes papales.

Otros eventos ocurren en Europa medieval. En 1212 las tropas españolas de Pedro Y de Cataluña, Alfonso VIII de Castilla y Sancho VII de Navarra vencen a los almohades en la batalla de las Navas de Tolosa.

Tiene lugar entonces el Cuarto Concilio Laterano en Roma (1215), al cual asistieron 400 obispos, 800 abates, delegados de los emperadores occidental y de Constantinopla y de los reyes de Inglaterra, Francia, Aragón, Hungría, Chipre y Jerusalén. Se dictaminan sanciones contra los cátaros y aparece la figura de la entrega de los condenados al brazo secular para las ejecuciones.

La Iglesia y los emperadores católicos impulsaban a los ciudadanos a luchar contra los herejes, con el estímulo de obtener las mismas indulgencias que los cruzados de Tierra Santa. De otro lado, presionaban a quienes rehusaban con la excomunión y la pérdida de los derechos civiles, que incluían la opción de trabajar en empleos públicos, votación en elecciones, testamento y derecho de herencia de los hijos.

El respaldo imperial provino de Federico II, coronado en 1220 y quien incorporó la ley canónica a la ley imperial. En 1224 especificó que normalmente los herejes debían ser quemados y que si por alguna razón sus vidas eran conservadas, su lengua debía ser cortada. Curioso ejemplar este Federico, quien no fué tolerante con los herejes, pero sí lo fué en grado sumo con los sarracenos cuando los cruzados conquistaron Jerusalén. Federico es excomulgado por el papa Gregorio IX en 1227.

Varios monarcas, pensando en el poder unificador de la religión en sus territorios, apoyaron esta medida: El rey Luis VIII de Francia ordenó la confiscación de las tierras heréticas (1226); Blanca de Castilla, regente de Francia por la minoría de edad del futuro San Luis, reafirmó las medidas y apoyó las medidas inquisitoriales en 1229; Raimundo VII de Tolosa ordenó lo propio en el Languedoc en 1233.

El comienzo oficial de la Inquisición es el Tratado de París de 1228, que verá su regulación procesal en 1230, bajo la mirada del canonista Penyafort.

LOS INQUISIDORES

Inicialmente fueron encargados los obispos, quienes declinaron el honor debido al tiempo que demandaba la administración de sus propias tierras. Posteriormente aparecieron oficiales de los gobiernos, que fracasaron debido a sus escasos conocimientos de teología, lo cual los hacía vulnerables en el momento de la discusión y el análisis de las teorías heréticas. Ulteriormente, fueron designados los sacerdotes y párrocos de las diferentes regiones, pero su lealtad local impidió que juzgaran y condenaran en forma “adecuada” a sus feligreses.

La solución la constituyó la presencia de las Ordenes Mendicantes, escogidas por Gregorio IX: Los Dominicos, fundados por Santo Domingo de Guzmán y autorizados como comunidad por Honorio III en 1217; y los Franciscanos, cuyo líder fundador fué San Francisco de Asís, quien obtuvo la licencia papal de Inocencio III.

EL PROCEDIMIENTO INQUISITORIAL

El inquisidor llegaba al pueblo y congregaba a sus habitantes en la iglesia o en la plaza principal, hablando extensamente de la gravedad del pecado de la herejía, e invitando a quien hubiese caído en semejante falta a confesarla en forma espontánea, en la seguridad de recibir únicamente una pena de tipo canónico como castigo. Pasado un tiempo (denominado “período de gracia”), el inquisidor recopilaba denuncias de sospechosos, quienes eran llevados a juicio con el requisito esencial de dos testigos cuyos nombres eran mantenidos siempre en secreto.

Antes del juicio se advertía al acusado que podría ser representado por un abogado, lo cual era utópico, debido al miedo que provocaba en aquellos el hecho de exponer su propia vida al tratar de defender a gentes acusadas de herejía. De hecho, las personas acusadas eran incomunicadas de acuerdo al criterio del inquisidor, cuando este sospechaba que sus declaraciones y descargos no eran sinceros.

Los acusados tenían el derecho de apelar al papa, siempre y cuando dispusieran de un ingreso suficiente para dichos trámites. De lo contrario, quedaban al arbitrio del juez canónico quien, una vez dictaba sentencia, convertía el proceso en inapelable.

Las penas inquisitoriales eran de varios tipos e incluían:

-Ayuno

-Humillación pública

-Prisión, la cual podía a su vez ser de dos tipos:

Murus largus, en la cual la celda poseía ventanas y aireación mínima, con el reo suelto para que pudiera mover un poco los músculos.

Murus strictus, con celda muy pequeña, sin aireación ni sanitario y con el prisionero encadenado.

-Ejecución, generalmente en la hoguera, en cuyo caso la persona era entregada a las autoridades civiles con una hipócrita “recomendación de clemencia”.

-Exhumación, en casos de condenado ya muerto, para demostrar que aún después de la muerte su cuerpo contaminaba y la justicia divina podía llegar incluso a la tumba.

Para la ejecución de la sentencia se montaba toda una parafernalia: El Sermón General, llamado ulteriormente en España el Auto de Fe, destinado a mostrar a todos los asistentes el poder total de la Iglesia. La primera víctima oficialmente ejecutada por la Inquisición, con toda su siniestra pompa, se llamaba Ángela de Labarethe (1274).

RESULTADOS DE LA INQUISICION EUROPEA

El cálculo de muertos nunca será exacto. Varios autores los cuentan por decenas de miles. Fué la agresión institucional más sistemática, despiadada y corrupta que haya conocido la Edad Media. Vergüenza que habría de extenderse por espacio de por lo menos otros seis siglos, especialmente cuando renace en España.

El espíritu humano es indomable. Su ansia de libertad no se puede detener ni siquiera con la muerte. El cuerpo puede ser doblegado a través del dolor y la necesidad, pero la fortaleza de las creencias y los principios trasciende al salvajismo de quienes pretenden acabarla.

La inquisición europea nunca pudo unificar los países en torno a una sola Iglesia. En cambio, mostró una imagen distorsionada de la justicia divina y preparó el camino para la aparición de la Reforma Protestante, con sus consiguientes efectos sociales, políticos, militares e intelectuales en los siglos siguientes.

La crueldad y la intolerancia son elementos comunes a muchas culturas y conglomerados humanos. Sin embargo, el transfondo inquisitorial fué particularmente sombrío, debido a que muchos de sus actores

fueron personas de sofisticada formación intelectual, privilegiada posición social y, en muchos casos, considerados “santos” por la iglesia de su tiempo. Esto sería cierto más tarde, con la aparición de la Inquisición española.

DEGRADACIÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA

LA CONQUISTA ESPAÑOLA DE AMÉRICA

FERNANDO GUZMÁN MORA, MD, MSci

Cirujano Cardiovascular. Asesor Médico Jurídico. Hospital Militar Central
Abogado Magna Cum Laude. Universidad Militar Nueva Granada
Magister en Derecho Penal. U. Libre
Magistrado Tribunal Nacional de Ética Médica
Especialista en Bioética. U. El Bosque
Catedrático de Derecho. Universidad Militar. Universidad Sergio Arboleda

Capitán de Navío Médico SARA E. MORENO MAZO, MD, Msci

Oftalmóloga. Glaucomatóloga. Subdirectora de Servicios Ambulatorios.
Hospital Militar Central
Capitán de Navío. Armada Nacional de Colombia
Especialista en Docencia Universitaria
Magister en Bioética. U. El Bosque
Docente AH. Universidad Militar Nueva Granada

INTRODUCCIÓN

La historia de la conquista española es una historia de violencia, infamia y trauma, la cual golpeó y destruyó gran parte de los cimientos de las culturas indígenas.

Aunque nuestros indios de hace 500 años, no vivían en estado de permanente paz, tuvieron que enfrentar no solamente la avalancha material y espiritual que llegó de Europa a destruirlos, sino una terrible combinación de armas desconocidas para ellos, que hicieron verdaderos estragos en su composición militar y bélica: el caballo y las armas de fuego.

Por que eran los españoles tan violentos? Por que se formaron estos híbridos de Soldado-Monstruo? Que nos llegó de la península ibérica con tanta furia y odio ? Quizás tengamos que darle a las palabras de Miguel de Cervantes un lugar preponderante cuando debemos juzgar lo que vino en los primeros años del proceso, cuando el connotado escritor decía: ***“La Indias son el refugio de la canalla”***.

Los españoles constituyen una curiosa mezcla de razas y pueblos:

Los Fenicios, del Medio Oriente, llegan a sus costas hacia el 1100 AC y fundan las ciudades de Cádiz y Málaga, entre otras.

Los Celtas arriban entre los años 900 y 800 AC, y se repliegan progresivamente hacia el norte, en el país Vasco.

Los Griegos fundan Hemeroscopium y Manake por los años 700 AC y Ampurias y Rosas en la mitad de los años 600 AC.

En 237 AC llegan los Cartagineses y fundan Alicante y Cartagena (Cartago Nova). Y en 218 AC, con el desembarco de Escipión, toman

posesión de la península los Romanos.

En 409 de nuestra era, la España de entonces es invadida por Suevos, Alanos y Vándalos. Luego viene la supremacía de los Visigodos, quienes a su vez son derrotados por las huestes Musulmanas de Yabal Tarik, en la batalla de Guadalete. Conviven en forma pacífica una multitud de Árabes, Cristianos y Judíos por espacio de varios siglos.

Los bárbaros visigodos, convertidos desde hacia siglos al cristianismo, comienzan la resistencia contra los musulmanes y logran liberarla de su dominio en forma definitiva en 1492, justo antes del descubrimiento de América.

En la España de fines del siglo XV tenían efecto eventos históricos de una trascendencia inusitada: La expulsión de los moros por parte de los Reyes Católicos y el descubrimiento de América por su Almirante, Cristóbal Colón, sumado a las herencias múltiples en Europa, llegan a convertir a los Ibéricos en la potencia militar más sofisticada del mundo. Un descendiente de Fernando de Aragón e Isabel de Castilla, Carlos V, hijo de Felipe el Hermoso y de Juana la Loca, esta última hija de los Reyes Católicos, hereda tal cantidad de tierras y estados, que llega a decirse que en su Imperio “Jamás se pone el sol”.

Los conflictos entre los conquistadores Portugueses y Españoles obligan al Papa Alejandro VI a promulgar el tratado de Tordecillas, por el cual se delimitan sus áreas de influencia en la recientemente descubierta América.

Este Papa Alejandro VI, un Borgia, estremece al mundo europeo con sus escándalos familiares y coloca al Vaticano en el lugar más bajo de opinión popular. En su misma época tienen lugar los intentos de anexión de su hijo, Cesar Borgia, a quien Nicolás Maquiavelo intenta inmortalizar en su libro “El Príncipe”.

La reacción al boato de la Iglesia y a su predilección evidente por los bienes terrenales, es causa del movimiento religioso y político de mayor trascendencia en la Historia Moderna: La Reforma Protestante, encabezada por el monje alemán Martín Lutero, quien expone sus tesis en la

Iglesia del Castillo de Wittenberg en 1517. A Lutero lo acompañan en su rebelión hombres de la talla de Zwinglio, Melancton y Calvino.

Cinco años después de la exposición de Lutero, estallan las famosas Guerras Campesinas en Alemania.

La Reforma lleva a extremos el ánimo de los católicos y el fervor protestante, los cuales no se han detenido aun en nuestros días (Léase: Guerras de Religión en Irlanda del Norte). Y ponen de manifiesto las pasiones mas bajas del poder en episodios de psicopatía social tan sangrienta y deplorable como lo que se observa en la Noche de San Bartolomé en 1572 en Francia; en el asesinato de Miguel Servet por parte de Calvino; y, obviamente, en el Tribunal de la Inquisición, la peor vergüenza histórica que la Iglesia Católica haya sufrido.

Prácticamente toda Europa se mancha con la sangre de Protestantes y Católicos y ningún país se ve libre de la influencia de los combatientes. Solamente Felipe II enfrenta durante su vida Ocho Guerras de Religión en el continente .

Desde el punto de vista económico, los pensadores mercantilistas primitivos identificaron riqueza con dinero. Para ellos, lo mas importante era exportar, con el objeto de vender la mayor cantidad de mercancías en el exterior. Para los pensadores económicos del momento, lo único que puede enriquecer al Estado es el Comercio Exterior.

Por lo anterior, recomendaban enfáticamente en vender mas de lo que se compraba, con el objeto de introducir mas metal precioso y dinero en la nación.

Los mercantilistas avanzados, aunque identifican riqueza con dinero, ya no plantean únicamente su acumulación sino su circulación, con el objeto de aumentar aun mas las reservas de Capital. Estos creen, mas que en el balance monetario en el balance comercial.

Ambas escuelas defienden la intervención del Estado en la vida económica del país, con el objeto de asegurar un balance positivo monetario y comercial.

Fueron los primeros en descubrir el efecto de la cantidad de dinero sobre el nivel de precios. Trataron, además, de entender las relaciones entre ahorro, inversión, empleo y renta nacional.

Tratados con desprecio por los pensadores contemporáneos, fueron en realidad los precursores de la economía moderna.

El objetivo esencial era acumular oro, riqueza y ganancias. El oro llega a Europa en enormes cantidades y se vuelve el objeto final de la economía de la nobleza. La cantidad de metales preciosos acumulados en Europa se multiplica ocho veces.

Nace la teoría del Crishedonismo (La felicidad está en el oro). Asimismo, tiene origen la política Bullionista (Bullion=lingote), esencialmente de protección y defensa monetaria. Se colocan todo tipo de trabas y penas, incluyendo la pena de muerte a quien promueva la exportación de metales preciosos.

Se establece el trabajo obligatorio para huérfanos y mendigos, se fijan salarios bajos y se castiga la pereza y la vagancia.

Se consideran trabajos productivos la industria y el comercio. se consideran improductivas todas las carreras liberales, en especial la literatura y la medicina.

Se fomenta el aumento de la población, con el objeto de aumentar la mano de obra y disminuir así los salarios.

El colonialismo tiene un solo objetivo: Enriquecer al conquistador. Se prohíbe por lo tanto la industria colonial y se deja al país conquistado únicamente como proveedor de materia prima. Se aplastan las civilizaciones indígenas y aborígenes de América, Asia y África.

El proteccionismo del Estado se centraba en los productos manufacturados de exportación, a los que favorecía ampliamente. Asimismo, eximía de impuestos a las materias primas importadas. En cambio, gravaba enormemente la exportación de materias primas y la importación de productos manufacturados.

Por otro lado, con el fin de estimular la creación de capitales nacionales, se expropiaron grandes posesiones de tierra y medios de producción, que se concentraron en manos de unos pocos empresarios.

Las circunstancias nacidas en 1.492 con la expulsión de los árabes y judíos, sumada al Descubrimiento de América, provocaron funestas consecuencias económicas en España: Cien mil comerciantes y manufactureros de origen árabe dejaron la península en los siguientes cien años. Miles de campesinos entraron en quiebra y los campos fueron abandonados, originando enormes latifundios. Por otro lado, el enriquecimiento de la nobleza con los metales expoliados al Nuevo Mundo, aplastaron a la naciente burguesía española, que pudo haber sido mucho mas poderosa que la flamenca o la misma francesa. Además, la entrada de esos metales preciosos a la península ibérica, fortaleció las finanzas bancarias de países diferentes a España, los cuales pudieron entonces traficar con el Oriente, desarrollando la economía mercantil y el naciente capitalismo de esas naciones.

La vida se encareció en España. La usura proliferó como nunca. La economía española se vino al suelo.

EL DESCUBRIMIENTO

Los primeros marinos que acompañaron a Colón en sus viajes eran, en esencia, delincuentes, presidiarios, aventureros y sociópatas de toda índole, con las honrosas excepciones de un puñado de botánicos, religiosos y científicos, entre ellos un médico y un cirujano. De hecho, Colón no era muy pulcro en sus actuaciones.

Los españoles de aquella época, que vivían en ciudades amuralladas de un desaseo y hedor patéticos, poco tenían de refinados: el baño publico era mixto y poco utilizado; comían con las manos; coexistían con vacas y ovejas en las casas y vivían infestados de pulgas y piojos en todo el cuerpo.

El objetivo esencial de los conquistadores no era exactamente filantrópico. Los aventureros, comerciantes y fracasados que inicialmente vi-

nieron a las Indias Occidentales traían en mente una idea clara: Poder y riqueza. Y en esto se centraba su actividad.

Desde su punto de vista económico lo encontraban justificado por varias razones. La conquista de los territorios se llevó a cabo mediante el sistema de “Capitulaciones”, es decir, el conquistador conseguía los recursos para venir al Nuevo Mundo, tomaba posesión de las tierras a nombre de los Reyes españoles y la Corona les proveía de títulos y poderes políticos en el territorio conquistado.

Donde llegaban “fundaban” pueblos en los mismos sitios en donde habían funcionado por siglos y milenios las culturas indígenas.

Y el argumento de la “cristianización” aborígen no era para la mayoría sino el pretexto para reducir a los indios a la servidumbre de las Encomiendas, que producían beneficios económicos importantes a quienes se convertían, de la noche a la mañana, **de basura peninsular en clase alta americana** por obra y gracia del despojo americano.

Hasta 1.540 habían llegado a América unos 19.000 españoles embarcados oficialmente; la mayoría pobres y analfabetas. En América vivían entre 50 y 100 millones de indígenas antes de la llegada de los españoles. Las enfermedades que ellos importaron dieron cuenta del 90% del número total. La primera epidemia de viruela tuvo lugar en 1.519.

El solo Valle de Puben, habitado por cien mil personas, se vio reducido a diez mil indígenas en el transcurso de unos pocos años.

Los españoles masacraron a los indígenas. Se recuerdan, entre otros, el episodio genocida de 10.000 hombres a manos de los hombres de Pizarro. No solo los atravesaban con sus lanzas, sino que competían por partirlos por la mitad de un solo tajo. Hay que anotar que el mismo Cristóbal Colón asesinó y ordenó cortar las narices y orejas de varios indios.

No solamente la violencia, sino nuevas enfermedades nos aportó el continente europeo. Tribus enteras fueron barridas por las nuevas bacterias y virus de los bárbaros españoles. Con los españoles llegaron el sarampión, la tosferina, las paperas, la difteria, el tifo, el cólera, la blenorragia y la lepra.

Esa comunidad primitiva indígena, con su comunidad de bienes, igualdad de derechos y obligaciones, y su elemental forma de democracia, dio entonces paso al esclavismo conquistador que acabó con culturas milenarias.

Con el argumento de “evangelizar” estas tierras, los conquistadores sembraron la desolación por doquier. Pero, a diferencia de los colonizadores anglosajones en Norteamérica, que venían escapando de la presión religiosa y buscaban tierra para quedarse, los españoles no pensaron inicialmente en radicarse definitivamente en medio de los nuevos bárbaros. Su sueño fue siempre volver a la madre patria cargados de riquezas. Por eso, mientras los conquistadores anglosajones destruyeron las culturas indígenas por completo, por considerarlas competidoras en la nueva tierra, los españoles doblegaron a los indios, los diezmaron, los humillaron y los aplastaron, pero no los destruyeron: Los dejaron sobrevivir como cultura marginal para poder explotarlos. **Y esta es la causa de nuestros problemas sociales actuales:** La creación de dos historias paralelas, la de los descendientes de los conquistadores y la de los descendientes de los indígenas.

Y los mismos intelectuales de la península justificaban el abuso, como lo prueba un escrito del letrado Don Juan de Castellanos:

“...Con perfecto derecho ejercen los españoles su dominio sobre estos bárbaros del Nuevo Mundo e islas adyacentes, los cuales, en prudencia,, ingenio y todo genero de virtudes y humanos sentimientos, son tan inferiores a los españoles como los niños a loa adultos, las mujeres a los varones, los crueles e inhumanos a los extremadamente mansos, los exageradamente intemperantes a los continentales y moderados, finalmente estoy por decir, los monos a los hombres...”

Todo esto se vio respaldado por medidas como la provisión de Carlos V el 26 de Julio de 1.529, cuando convierte en hidalgos a todos los que habían acompañado a Pizarro en el Perú

LA PERSONALIDAD DE ALGUNOS “CONQUISTADORES”

Muchas teorías se han tejido alrededor de la figura de quien oficialmente “Descubrió” América. **Cristoforo Colombo** es probable que haya nacido en Génova (Italia), en 1.451, hijo del tejedor Domenico Colombo y Susana Fontanarrosa. Adquirió experiencia marina y viajó por varios sitios de Europa incluyendo, posiblemente, Islandia, Irlanda y la Costa Africana.

Colón NO fue el primero que interpretó la forma de la Tierra como esférica. Los griegos Eratóstenes (S III A de C) e Hiparco (S II A de C) ya la habían calculado mas de mil años antes del navegante Genovés. Por otro lado, la idea de llegar a las Indias Orientales navegando por el oeste tampoco fue una idea original de Colón, sino del filósofo florentino Paolo Toscanelli.

Su idea de navegar en una tierra redonda para encontrar nuevos caminos comerciales se la propuso al Rey Juan II de Portugal (Sobrinio de Enrique el Navegante) y fue rechazada. Entonces se dirige a España en 1.485 y vive seis años en la corte. Acerca del apoyo prestado por la Reina Isabel la Católica también debe hacerse claridad: La colonia comercial genovesa en Sevilla, que mantenía relaciones estrechas con los banqueros italianos Spinola y Di Negri, que conocían a Colón, investiga la factibilidad de la empresa de Colón, basándose en los trabajos previos de Toscanelli. El banquero italiano Francesco Pinelli concedió entonces un préstamo de 1.140.000 maravedies al navegante. La visión de la Reina Isabel consistió en apoyar la empresa, dándole a Colón la oportunidad de probar su teoría.

El primero en dar el aviso de “Tierra”, fue Juan Rodríguez Bermeo. De acuerdo a disposiciones reales, tenía derecho a 10.000 maravedies anuales por el resto de su vida. Colón, sin embargo, afirmó haber visto “Una luz” la noche anterior y reclamó para si la recompensa.

El primer atropello de Colón con los indígenas es relatado por el Padre Fray Bartolomé de Las Casas en la siguiente forma:

“...Cuán lejos estaba el Almirante de acertar en el hito y punto del derecho divino y natural...pues tan ligeramente se determinó a decir que los reyes podían llevar todos los indios, que eran vecinos y moradores de aquellas tierras, a Castilla, o tenerlos en la misma tierra captivos...”

Y el mismo De Las Casas, mostrando la naturaleza poco belicosa de los indígenas:

“...todo tomaban y daban de aquello que tenían de muy buena voluntad, mas me pareció que era gente muy pobre de todo...Ellos no traen armas ni las conocen, porque les mostré espadas y las tomaban por el filo, y se cortaban con ignorancia...”

En las subsiguientes exploraciones costeras, llegan a lo que hoy es la República Dominicana y la bautizan “La Española”. Luego del naufragio de la Santa María, el día de Navidad, construyen el primer fuerte (Llamado Puerto de Navidad) y se quedan en él 39 voluntarios al mando de Diego de Arana. Estos sinvergüenzas, que en el curso de las siguientes semanas cometen toda clase de abusos en indígenas de ambos sexos, son posteriormente derrotados y ejecutados por guerreros de varias tribus.

Colón y sus secuaces secuestran un numero de indígenas y los encierran en los barcos. En Bahía Samana atacan con espadas a un grupo de indios, para despojarlos de sus arcos y flechas.

Colón Llega a Barcelona el 20 de Abril de 1.493 con gran pompa y acompañado, entre otros, de los seis indios que lograron sobrevivir al secuestro y viaje del ahora “Don Cristóbal Colón, Almirante del mar Océano, Virrey y Gobernador de las islas que ha descubierto en las Indias”.

En vista de la reclamación del Rey Juan de Portugal, el conflicto entre este país y España es dirimido mediante el Tratado de Tordesillas, sancionado por el Papa Borgia Alejandro VI, de tan ingrata recordación histórica.

Colón ordena construir fuertes en varios puntos de las islas. Se recuerdan los nombres de La Isabela y Santo Tomas. Desde la Isabela, Diego Colón (Hermano del Almirante) encarga de la recolección de oro, entre otros, al truhán Alonso de Ojeda.

El Almirante vuelve a España en 1.496 y parte en su tercer viaje en 1.498. Llega a la costa norte de América del Sur y retorna a Santo Domingo, para luego volver a España con sus hermanos, por orden del funcionario real Francisco de Bobadilla, a explicar el bajo rendimiento obtenido desde el punto de vista económico.

Sus títulos son conservados, pero se le retira la autoridad. En reemplazo de Bobadilla es nombrado Nicolás de Ovando, con treinta barcos y 2.500 hombres, que masacran a la población indígena que los recibe para darles la bienvenida.

A Colón, por su lado, le autorizan el cuarto y último viaje en 1502. Otro fracaso económico, otro cúmulo e crueldades y la vuelta a España con enorme amargura en 1.506.

En lo que respecta a Don **Francisco Pizarro**, su historia, mas que hoja de vida, es un verdadero prontuario. Criador de cerdos en la zona mas pobre de España (Extremadura), vino a estas tierras buscando mejorar su miserable condición social. Luego de numerosas vicisitudes, logra convertirse en empresario de expediciones. A mediados de 1.528 se encuentra en Toledo con Hernán Cortes, quién alienta al ex-criador de cerdos a continuar su empresa. Pizarro se dirige entonces a Trujillo de Extremadura, en donde recluta nuevos “soldados”, entre ellos a sus hermanos Juan, Gonzalo y Hernando Pizarro.

En 1.532, luego de explorar el norte del Perú, se encuentra con los refuerzos de Sebastián de Belalcazar y Hernando de Soto. Poco antes de fundar la ciudad de San Miguel de Piura, la primera “ciudad” española del Perú, hace asesinar al cacique Amotape, con el objeto de intimidar a los indios de la región.

El factor mas importante del éxito de Pizarro fue la división del Imperio Inca y la Guerra civil que lo devastaba desde hacia varios años. El

territorio denominado Tahuantinsuyo, de más de cinco mil kilómetros (Del centro de Chile al sur de Colombia), al mando de Huayna-Capac, en campaña desde hacía varios años para conquistar la zona de la actual Pasto y Popayán, se vistió de luto en 1.526 con la muerte del Inca. La causa de esta muerte, que además diezmo al ejército indígena, es probable que haya sido la epidemia de viruela, triada por los españoles. Dos de los hijos de Huayna-Capac se disputaban el trono: Huascar, gobernador del Cuzco, y Atahualpa, jefe del ejército Imperial de Quito. La mayor parte de la población era leal a Huascar, aunque Atahualpa tenía a su lado el apoyo del poderoso ejército del Norte y la presencia de tres brillantes generales: Chalcuchima, Quizquiz y Ruminavi.

Atahualpa, embriagado por el triunfo de sus tropas, puso poca atención al puñado de invasores del territorio de sus mayores y consintió en salir a su encuentro al encontrar emisarios de Pizarro con el mensaje de amistad que enviaban al gran cacique. Lejos estaba de imaginar la traición española, cuando avanzó desprotegido y con sus súbditos desarmados al encuentro del europeo, quien le garantizó que venía en son de paz.

El 16 de Noviembre de 1532, Pizarro apostó sus hombres en varios edificios de la ciudad de Cajamarca, sitio de encuentro con los indios y envió a un fraile llamado Vicente Valverde, quien le enseñó un breviario de la religión católica, que es tomada por Atahualpa y arrojado sin mucho interés al suelo. A esto, el fraile comienza a dar gritos: “... ***Salid, salid cristianos, y venid a estos perros enemigos, que no quieren las cosas de Dios, que me ha echado aquel cacique en el suelo el libro de nuestra santa ley... Salid a ellos, que yo os absuelvo...***”

Los españoles, montados en sus caballos y totalmente armados, cargan contra los indios al grito de “Santiago” !

Utilizando sus armas de fuego, lanzas y espadas emprenden la matanza, que dura unas dos horas, asesina cada español un promedio de 15 indios, para un gran total de siete mil muertos (!), de acuerdo a las informaciones de los hermanos de Pizarro, de Ruíz de Arce y del propio Atahualpa luego de la carnicería humana.

El Inca es secuestrado y es entonces cuando ofrece su famoso rescate:

“...de oro una sala que tiene 22 pies en largo y 17 en ancho, llena hasta una raya blanca que esta a la mitad del altor de la sala... y que esto cumpliría dentro de dos meses...”

Ocho meses dura Atahualpa cautivo en Cajamarca, sin perder su majestad e imponencia ni por un solo minuto. Se le permite ser visitado por su corte y a través de ellos imparte algunas ordenes reales, entre ellas la orden de ejecución de Huascar y su familia, al ser tomados prisioneros en el Cuzco.

Luego de acumular 6 toneladas de oro y casi 12 toneladas de plata, Atahualpa es condenado a muerte. Su cuerpo estrangulado es quemado en la plaza de Cajamarca. El acto mismo reviste tal infamia, que muchos españoles desaprueban el asesinato, entre ellos el Oidor Gaspar de Espinosa, Gonzalo Fernández de Oviedo, Pascual de Andagoya y Juan Ruíz de Arce.

Como los pecados no vienen solos, las desavenencias entre sicarios debían estallar tarde o temprano. Diego de Almagro, que había fracasado en su conquista de Chile, debido a la resistencia sin par de los indios araucanos, vuelve al Perú e intenta despojar a Pizarro de sus mal habidos bienes, declarándose en guerra con este último.

Luego de varias escaramuzas, Diego de Almagro es capturado y Pizarro ordena su ejecución tras un simulacro de proceso. A su vez, Pizarro es asesinado por el hijo de Diego de Almagro y este muere a manos del capital Vaca de Castro.

Los pizarristas se rebelan contra la Corona y matan al Virrey Blasco Núñez de Vela a la entrada de Quito. El gobierno envía entonces al licenciado De la Gasca, quien en 1.548 derrota a los restos del ejercito rebelde y ordena la ejecución de Gonzalo Pizarro en Xaquixaguana

Al respecto de **Hernán Cortés**, dejemos hablar al Padre De Las Casas, cuando nos dice que Cortes era: ***“..Natural de Medellín (De Extremadura, España), hijo de un escudero que yo cognosci, harto pobre y humilde, aunque cristiano viejo y dicen que hidalgo...”***

Alcanzó a estudiar dos años de Derecho en la Universidad de Salamanca, en donde se caracterizó por ser violento y pendenciero. Llegó a las Indias como polizón en un barco de carga y acompañó a Diego de Velázquez en operaciones de “limpieza” en costas de la recién descubierta Nueva España. Se estableció inicialmente en Santiago de Cuba y explotó en tal forma a los indios, que en corto tiempo se hizo rico. Se casó a la fuerza con Catalina Juárez, luego de haber probado la prisión en la isla y en uno de los buques españoles, de donde también escapó.

Para su primera expedición, se apropia mediante hurto de las provisiones de los habitantes de Santiago de Cuba, para luego apoderarse de un barco cargado de pan que venía a aprovisionar a la población de Xagua. El mismo gobernador, Diego de Velázquez, quien previamente había recibido advertencias respecto de Cortés, en las que lo describen como “...extremeño, mañoso, altivo y amador de honras...”, lo declara criminal y dicta orden de captura en su contra. Cortés escapa con su expedición de 550 hombres, 300 indios y algunos esclavos negros.

Al llegar a México, se hace nombrar por los frailes jerónimos “capitán y descubridor” de esas tierras. Luego, por parte de sus propios secuaces, se eleva al cargo de Alcalde Mayor de la Vera Cruz y Capitán General de México.

Aunque Monctezuma le envió a Cortés y a sus soldados regalos de bienvenida y mensajes de amistad, el español aprovechó el estado de guerra entre los indios mexicanos (En la misma forma en que lo haría luego Pizarro en el Perú). Apeló a todo medio posible. Para comenzar hay que recordar la masacre de Cholula, en donde apoyados por los indios tlaxcaltecas y cempoaltecas, asesinaron sin misericordia a 3.000 indígenas cholultecas y mexicanos, tras lo cual derribaron la imagen del dios Quetzalcoatl.

El genocida llega entonces a ciudad de México, en donde Monctezuma lo recibe como huésped de honor. Tras confusos incidentes creados por el mismo Cortés, apresaa Monctezuma en el palacio de Axayacatl y ordena quemar vivo al cacique Cuauhpopoca, por haberse atrevido a defenderse de los asesinos españoles en Veracruz.

Entretanto, el Gobernador Velázquez, envió un nuevo ejército bajo las ordenes de Pánfilo de Narváez a México a aprehender a Cortés. El malhechor logra seducir a los soldados enemigos con oro y promesas de riqueza. Mientras Cortés obtenía esta “victoria”, su lugarteniente Pedro de Alvarado lleva a cabo otra matanza en una ceremonia religiosa azteca, mas sangrienta aún que la de Cholula, lo que por fin enfurece a los indígenas, que entran en resistencia bajo el comando del hermano de Monctezuma, Cuitlahuac.

Cortés llega de nuevo a México y es sitiado por los aztecas. Intenta convencerlos por todos los medios de sus “buenas intenciones”, pero los indios no dan el brazo a torcer. Entonces el peninsular asesina a Monctezuma e intenta escapar de la ciudad el 30 de Junio de 1.520, en lo que se llamó la “Noche triste”. Los españoles son alcanzados por los indígenas y pulverizados por los ejércitos organizados de los aztecas. Cortés pierde todo: hombres, caballos, armas, tesoros e incluso el valor. Se refugia entre sus aliados los tlaxcaltecas.

Luego de un año y con nuevos refuerzos de aventureros, criminales y condenados llegados a México, sitiando la ciudad, defendida por el valeroso Cuauhtemoc, el 26 de Mayo de 1.521. La batalla es extremadamente sangrienta y Cortés entra en la ciudad, con su armamento mas avanzado, cuando se encuentra en totales ruinas.

Con el objeto de investigar el sitio de los tesoros reales, Cuauhtemoc y otros nobles son sometidos a tormentos tan brutales que varios fallecen durante la tortura, pero sin decir una sola palabra, bajo la mirada aprobadora de soldados españoles, clérigos y letrados peninsulares. Posteriormente, luego de someterlo a toda clase de humillaciones, el cacique es ahorcado por orden de Cortés. Continúa con sus fechorías por varios años, obteniendo del rey el título de Marqués del Valle de Oaxaca, Capitán General de la Nueva España y del Mar del Sur. Vuelve a España y fallece en Castilleja de la Cuesta, cerca de Sevilla, el 2 de Diciembre de 1.547.

Por su parte, **Sebastián de Belalcázar**, también originario de Extremadura, nació en 1.480, hijo de humildes labradores. Se embarca con

Colón y sirve bajo las ordenes de Balboa, para luego ser parte de la expedición al imperio incaico. No se contenta con ser un simple subalterno y envía una expedición al norte al mando de Pedro de Anasco y Juan de Ampudia, a los que luego se une Belalcázar, “fundando” gran cantidad de ciudades en lo que hoy son los departamentos de Nariño, Valle, Cauca, Caldas

El 10 de Marzo recibe del emperador Carlos V, el título de Adelantado y Gobernador vitalicio de Popayán. De aquí en adelante toma posesión de cuanta tierra se pone en su camino. Hostiga a los indios en tal forma que estos se rebelan, le presentan batalla y lo derrotan en el peñón de Tálaga. Por otro lado, se muestra celoso del éxito fundador de su subordinado Jorge Robledo, a quien logra apresar y asesinar el 5 de Octubre de 1.546.

Luego de otra serie de fechorías en serie, Benalcázar es juzgado por el Licenciado Francisco Briceño, quien encuentra tal evidencia de criminalidad, que condena a muerte a Belalcázar. Este apela ante el Consejo de Indias y emprende el camino de regreso a España para su juicio definitivo, falleciendo en el viaje, en la ciudad de Cartagena, en 1.551.

Por último, nuestro querido Don **Gonzalo Jiménez de Quesada**, era originario de Granada, estudio Leyes y se embarcó con Fernández de Lugo hacia América. De este mismo recibe la orden de seguir las márgenes del Magdalena. Llega con sus “soldados” a Hunsa (Tunja), en donde efectúan un saqueo total de la ciudad y apresan al cacique Quemuenchatocha, ya anciano. Continúan hacia Suamoz (Sogamoso), que en la misma forma arrasan, quemando además el Templo del Sol.

Posteriormente, en Bacatá, ataca y asesina al Zipa. Aprovecha la guerra entre los Chibchas y los Panches y derrota a estos últimos en la Batalla de Tocarema. En la celebración del triunfo, que tiene lugar en Bojacá, traiciona a sus aliados y aprisiona a los jefes muiscas, a quienes manda luego colgar. El nuevo príncipe chibcha, Sagipa, es sometido a torturas para revelar los sitios del tesoro real y fallece en el proceso.

Posteriormente, su hermano Hernán Pérez de Quesada, igual o más sanguinario que el Adelantado, ordena la ejecución del cacique Aquiminzaque y de los jefes indígenas de Samacá, Suta, Truequé, Toca, Motavita y Boyacá.

Viejo, cansado, empobrecido, fallece en Mariquita en 1.579.

EL APORTE TRAUMÁTICO DE LOS CONQUISTADORES

El Segundo viaje partió de Cádiz el 25 de Septiembre de 1.493. Llegan de nuevo a Sur América y en la isla de San Martín tiene lugar uno de los centenares de miles de episodios que revelan las verdaderas intenciones de los españoles: A un indio que trató de defenderse de sus captores y quién había sido herido con espada en el abdomen, lo lanzan por la borda de uno de los barcos. el nativo, sosteniéndose los intestinos con la mano, logra llegar a nado a la orilla, de donde lo atrapan de nuevo y lo vuelven a arrojar al agua, esta vez con las manos amarradas. Como el indio logro desatarse, es entonces asesinado a tiros.

El delito de prostitución es establecido por el Mismo Colón. El cacique Guacanagarí, quien había ofrecido su amistad a Colón, comienza a su vez a sentir las consecuencias de haber apoyado a los bárbaros ibéricos. Colón exige que le mande seis indias para descargar sexualmente a su tripulación.

El racismo es oficialmente instaurado por el Descubridor, quien se dedica a cazar a los indios con perros y espadas y los encierra en corrales en La Isabela. Embarca a 500 seres humanos, de los cuales sobreviven el viaje solamente 200, que a su llegada a Sevilla son puestos a la venta en el mercado de esclavos por el Archidíacono Juan de Fonseca.

También se lo debemos a los españoles el **genocidio**. La administración de los hermanos Diego, Bartolomé y Cristóbal Colon, cobra en dos años la suma de casi medio millón de indios asesinados. La cacería continua y en 1.515 ya no queda un solo indio en la isla. La forma preferida de asesinar a los indios era colgándolos con los pies cerca del suelo, para poder quemarlos con madera verde, en grupos de trece, *“En memoria de Nuestro Redentor y sus Doce Apóstoles”*.

Los españoles masacraron a los indígenas. Se recuerdan, entre otros, el episodio genocida de 10.000 hombres a manos de los hombres de Pizarro. No solo los atravesaban con sus lanzas, sino que competían por partirlos por la mitad de un solo tajo. Hay que anotar que el mismo Cristóbal Colón asesinó y ordenó cortar las narices y orejas de varios indios.

De las Casas denuncia las múltiples formas de muerte, incluyendo la de quemar a los indios lentamente en parrillas, tasajear los restos y venderlos a los españoles en paquetes para alimentar a los perros, para entrenarlos enseñándoles el placer de comer carne de indio.

Y, bajo estas premisas, se registraron eventos como los descritos en la “Pacificación de Fusagasugá”:

“...Unos quemando y a otros apedreando y a otros matando de diversas maneras, y a otros echándolos a los perros para que los comiesen y matando otros y haciéndolos tasajos para dar a los perros, y a otros muchos indios cortándoles las narices y las manos...y a las niñas pequeñas forzándolas...”

Todo esto se vio respaldado por medidas como la provisión de Carlos V el 26 de Julio de 1.529, cuando convierte en hidalgos a todos los plebeyos que habían acompañado a Pizarro en la conquista del Perú.

El peculado y la mala administración tienen también su origen en los conquistadores. El Almirante vuelve a España en 1.496 y parte en su tercer viaje en 1.498. Llega a la costa norte de América del Sur y retorna a Santo Domingo, para luego volver a España con sus hermanos, por orden del funcionario real Francisco de Bobadilla, a explicar el bajo rendimiento obtenido desde el punto de vista económico.

No solamente fue el mismo Colón el que arrebató de sus tierras a varios centenares de indígenas para enviarlos a su amo el rey Fernando. El **delito del secuestro** tiene antecedentes muy claros en nuestra historia, pues fue instituido por los españoles mediante la famosa figura del “Rescate”, por medio del cual se exigía un tributo para liberar a los jefes indígenas capturados y en poder de los europeos.

El **delito de extorsión** también fue inventado por los peninsulares al organizar la esclavitud de los indígenas mayores de 14 años, hombres y mujeres, se los presiona a buscar oro para los europeos. Se conceden “Salvoconductos” de tres meses, al cabo de los cuales el indígena debía llegar provisto de una cantidad determinada del metal precioso. A quienes no cumplen, el Señor Almirante da la orden de seccionar las manos. Comienzan entonces a presentarse suicidios masivos de indígenas arawaks.

La usurpación y el robo se inspiraron asimismo en los conquistadores, pues una vez agotados los recursos obtenidos por secuestro y extorsión, simplemente se ocupó la tierra y se colocó a los indígenas a trabajar como esclavos.

Hablando de los **delitos contra el pudor**, hay que mencionar a todos y cada uno de los soldados españoles, quienes conservaban sus armaduras por meses enteros y se desprendían de ella únicamente para cometer toda suerte de atropellos carnales contra unas indias que veían en la relación con el conquistador una salida a su miserable condición, soñando en que el hijo tuviera los mismos rasgos de los “semidioses” peninsulares, para poder tener la posibilidad de un mejor futuro generacional.

Los inolvidables sermones de Fray Antonio de Montesinos (A quien Latinoamérica todavía no ha reconocido su dimensión espiritual y su valor humano), hicieron brotar en toda su dimensión la protesta contra la injusticia española que hoy, cinco siglos después, todavía estamos pagando los colombianos.

Decía Montesinos en su primer discurso:

“...que todos estáis en pecado mortal y en el vivís y morís, por la crueldad y tiranía que usáis con estas gentes inocentes. Decid, con que derecho y con que justicia tenéis tan cruel y horrible servidumbre aquellos indios? Con que autoridad habéis hecho tan detestables guerras a estas gentes que estaban en sus tierras mansas y pacíficas, donde tan infinitas penas, con muerte y estragos nunca oídos, habéis consumido? Como los tenéis tan oprimidos y fatigados, sin dadles de comer ni curadlos en sus enfermedades, que de los

excesivos trabajos que les dais incurren y se os mueren, y por mejor decir, los matáis, por sacar y adquirir oro cada día?

Estos no son hombres? No tienen ánimas racionales? No sois obligados a amarlos como a vosotros mismos? Esto no entendéis? Esto no sentís? Como estáis en tanta profundidad de sueño tan letárgico dormidos? Tened por cierto, que en el estado que estáis no os podéis mas salvar que los moros o turcos que carecen y no quieren la fe de Jesucristo...”

Al finalizar la misa, la turba que poblaba La Española, se dirigió a la casa de quien entonces los dirigía, Diego Colón. Este, a la cabeza de sus maleantes, se dirigió al Convento y exigió que Montesinos se retractara de sus palabras. Con esto nace otro de los crímenes que aquejan hoy a nuestra nación: **La amenaza para quien denuncia** el crimen.

Al Domingo siguiente, amenazado y vituperado, llega Montesinos con la cabeza en alto y les repite, en tono aun más airado, lo que ya había predicado el Domingo anterior. Los españoles escriben entonces al rey, quien manda llamar al provincial Dominicó de Castilla, advirtiéndole que Montesinos había predicado en contra suya y que lo hiciera callar de una vez por todas. Este es el engendro de la negociación con los criminales y la mordaza para quien dice la verdad, como se confirma en un aparte de la Historia de Las Indias:

“...Veis aquí cuan fáciles son los reyes de engañar y cuan infelices se hacen los reinos por información de los malos y como se oprime y entierra que no suene ni respire la verdad...”

BIBLIOGRAFIA

1. Newman,P. Historia de las Doctrinas Económicas. Editorial Juventud. Barcelona. 1963
2. Villey,D. Historia de las grandes doctrinas económicas. Editorial Nova. Buenos Aires. 1943

3. Byrd-Simpson,L. Los conquistadores y el indio americano. Ed Península. Barcelona. 1970
4. Puiggros,R. La España que conquisto el Nuevo Mundo. Ancora Ed. Bogota, 1989
5. Hemming,J. La conquista de los Incas. Fondo de Cultura económica. México, 1982
6. Colón,C. Los cuatro viajes del Almirante y su testamento. Espasa-Calpe. Madrid, 1971
7. De las Casas, B. Brevisima relación de la destrucción de Indias. Mar Océano. Buenos Aires, 1953
8. Cortes,H. Cartas de relación de la conquista de México. Espasas-Calpe. México, 1961
9. Pla,A. La otra cara de la conquista. Centro Ed de America Latina. Buenos Aires, 1972
10. Lafaye,J. Los Conquistadores. Siglo XXI editores. Bogota, 1988
11. Eslava,J. El enigma de Colon y los descubrimientos de America. Ed Planeta. Bogota, 1992
12. Marquinez,G. Ideología y praxis de la conquista. Ed Nueva America. Bogota, 1990
13. Arciniegas,G. De America asiática al Nuevo Mundo. Correo de los Andes 1987: 43:11-16
14. Canessa,M. Las historias nacionales frente a su pasado colonial. Correo de los Andes 1987; 46:56-63
15. Guzmán,F. America 500 anos. La creación de dos historias paralelas. Actualizaciones Pediátricas. Fundación Santa Fe de Bogota. 1993; 3:38-43

DIGNIDAD HUMANA

FERNANDO GUZMÁN MORA, MD, MSci

Cirujano Cardiovascular. Asesor Médico Jurídico. Hospital Militar Central
Abogado Magna Cum Laude. Universidad Militar Nueva Granada
Magister en Derecho Penal. U. Libre
Magistrado Tribunal Nacional de Ética Médica
Especialista en Bioética. U. El Bosque
Catedrático de Derecho. Universidad Militar. Universidad Sergio Arboleda

CAPITÁN DE NAVÍO MÉDICO SARA E. MORENO MAZO, MD, Msci

Oftalmóloga. Glaucomatóloga. Subdirectora de Servicios Ambulatorios.
Hospital Militar Central
Capitán de Navío. Armada Nacional de Colombia
Especialista en Docencia Universitaria
Magister en Bioética. U. El Bosque
Docente AH. Universidad Militar Nueva Granada

INTRODUCCION

El concepto de Dignidad Humana ha sido uno de los mas discutidos a lo largo de la historia universal.

Constituye la base de toda una serie de ordenamientos jurídicos, filosóficos, éticos, bioéticos, económicos y políticos con profunda repercusión social.

Del concepto que se tenga de la persona humana van a depender el tipo de derechos que se le otorga a las personas que ven afectada su personalidad en cualquier sentido y de la atención que le pueda brindar el Estado en casos de necesidad, enfermedad o calamidad específicas.

La dignidad humana es objeto de la filosofía, la política, la ética general, la economía y, por supuesto de la bioética.

Acevedo²¹, en un escrito concerniente a la Bioética expresa:

“...el campo de la bioética se encamina por alcanzar el respeto absoluto de la vida. Este respeto tiene sentido real cuando se habla de derechos y valoración de la dignidad humana. Es entender la bioética más allá de lo que se comprendía por ella a fines del siglo XX, desde la época del fundador conceptual como un puente entre ciencia y humanismo.

Hoy la bioética de “puertas abiertas” ha ingresado en otros campos, como la construcción de modelos de convivencia pacífica, la búsqueda de la justicia conmutativa, distributiva y protectiva, la consolidación de escenarios de tolerancia política, la afirmación de los principios de libertad, el respeto por la dignidad del hombre trabajador, el cuidado de la vida en todos los ámbitos, etc...”

21 Acevedo A. Bioética y Neoliberalismo. Revista Humanizarte Año 5 No 8 ISSN: 2145-129.

DEFINICION

Dignidad es un vocablo proveniente de la palabra latina dignitas, cualidad de digno.

El vocablo original es dignitas-atis, que a su vez se relaciona con el adjetivo decnus o dignus, proveniente del sanscrito dec, que significa excelencia.

El Real Diccionario de la Lengua Española lo define como “decoro en la manera de comportarse”. Otros como «la calidad o el estado de ser valorado, honrado o respetado».

Hace referencia a ciertas características inherentes a las personas, por el solo hecho de tratarse de seres humanos, con autoconciencia.

La dignidad está relacionada con la excelencia, la gravedad y el decoro de las personas en su manera de comportarse. Un sujeto que se comporta con dignidad es alguien de elevada moral, sentido ético y acciones honrosas.

La categoría de digno surge de la racionalidad, el libre albedrío y el ejercicio de la libertad individual.

Es el fundamento del orden moral y legal de muchos sistemas políticos a nivel mundial.

Sin embargo, la definición no es sencilla. En una cita de Pyrrho y cols²² se encuentra:

“...la relevancia del uso de la dignidad en el interior de la reflexión bioética fue vehementemente negada por algunos autores. El editorial de Ruth Macklin en el British Medical Journal²³, con el título bombástico de “Dignidad es un concepto inútil”, suscitó mucha polémica y diversas reacciones. Discurriendo sobre la posibilidad de una perfecta sustitución de la dignidad por otro concepto más útil y operacional -la

22 Pyrrho M, Cornelli G, Garrafa V. Dignidad Humana. Reconocimiento y operacionalización del concepto. Acta bioeth 15 (1): 65-69. 2009.

23 Macklin R. Dignity is a useless concept. British Medical Journal 2003; 327(7429): 1419-1420.

autonomía-, sin pérdida significativa, esa autora cuestiona cómo el uso basado en el impacto emocional de un concepto tan vago e impreciso podría contribuir para discusiones importantes en bioética...”

Es innegable que el concepto de Dignidad Humana es la base de reflexión y defensa de los Derechos Fundamentales. Pero como afirma Barchifontaine²⁴:

“...Sin la referencia a la dignidad humana éstos serían impensables como derechos universales e inalienables. Empero, este concepto, considerado inicialmente como de carácter innato, pasa a ser una concepción de reconocimiento colectivo de una herencia histórica de civilización...”

A este respecto no podríamos estar mas de acuerdo. En efecto, si la sociedad, el derecho y los mismos derechos humanos con creación de la sociedad, la cultura y, en ultimas, del cerebro humano, los Derechos Fundamentales son conferidos por la misma sociedad a sus integrantes. De innato no tienen absolutamente nada.

Esto lo refuerzan autores como Adler, para quien la Dignidad Humana tampoco es algo innato per se, sino el resultado de una concesión social hacia sus mismos miembros, la cual se vuelve no negociable.

Adler²⁵ dice: “...dignidad no como algo innato, pero resultado de una atribución social de lo que constituye el minimum innegociable. De ese modo, dentro de una determinada cultura, la dignidad correspondería a un estatus, con su poder, derechos, privilegios, exigencias y obligaciones propias de un papel social...”

La doctora Contanza Ovalle, en su cátedra de Bioéticas dice:

La Dignidad Humana es una calidad inherente a las personas por el hecho de ser miembros de la raza humana y por tener razón y conciencia de si mismas.

24 Barchifontaine CP. Bioética e inicio da vida: Alguns desafios. São Paulo: Idéias e letras; 2004: 19-31.

25 Adler F. Human dignity and social science. Sociological inquiry 1963; 33(1):9-18.

Tiene significado en varios ordenes; axiológicos, antológicos, éticos, jurídicos y políticos.

ONTOLÓGICO. Si se va a centrar el tema de la dignidad en lo humano se plantea que es un valor propio del ser humano en tanto todos tenemos la misma naturaleza y formamos parte de una misma especie. Es un valor intrínseco que se tiene por siempre, independientemente de nuestra condición.

LAICO. La dignidad humana tiene que ver con la libertad.

RELIGIOSO. Coincide con la divinidad del hombre. Con la condición de haber sido creado por Dios.

TRASCENDENTAL. Los hombres concebidos en su dignidad trazan una línea de horizonte para la ética (Nietzsche). La moralidad y la humanidad, en cuanto que esta es capaz de moralidad es la única que posee dignidad.

Para Andorno, es “ el valor único e incondicional que reconocemos en la existencia de todo individuo, independientemente de cualquier cualidad accesoria que pudiera corresponderle. Es su sola pertenencia al género humano lo que genera un deber de respeto hacia su persona.”

EVOLUCIÓN CONCEPTUAL

La dignidad, desde otro punto de vista, se relaciona con ciertas formas de comportamiento decoroso, ejemplar, cuyos solos ademanes y lenguaje corporal indican que quien así lo hace, es persona de altos valores morales de respeto social.

Es una forma de demostrar e indicar autogobierno a través de la primacía de la razón, el ejercicio de la libertad, el dominio de la voluntad, la supremacía de la inteligencia, el respeto hacia si mismo y los demás, el respeto a las conductas establecidas como ideales por la comunidad respectiva y que revierten en es persona con el afecto y respeto de sus congéneres, quienes lo ponen como ejemplo de conducta social.

Los griegos la asimilaban con el honor y el comportamiento honorable. Platón expresa que la persona ha de ser afirmada por si misma y por su dignidad (Gorgias.)

De acuerdo con Torralba²⁶, el griego Aristóteles fundamenta el análisis a partir de la idea de poseer un principio vital denominado alma. Y esta se puede dividir en tres clases: vegetativa, irracional y racional y el racional. El ser humano, el *anthropos*, está dotado del alma racional y ésta le faculta para pensar, razonar, elaborar ciencia y filosofía.

De acuerdo con el autor catalán, el ser humano, por lo tanto, comparte, con las otras entidades vivas del cosmos, el hecho de tener alma, pero su alma tiene un rasgo de excelencia que le sitúa en un plano jerárquicamente superior respecto a los otros seres y le hace más digno de consideración y de respeto.

Los griegos asociaban la dignidad con el honor. Los estoicos asignaron la característica de dignidad a toda persona humana por el hecho de poseer racionalidad y dominio de si mismo.

Cicerón, en Roma, le asignaba una característica de igualdad y universalidad. Para este filosofo la fundamentación de la dignidad humana era el dominio de si mismo y el abandono del actuar impulsivo. Todo lo anterior asociado al concepto de Deber.

De hecho, en la Republica Romana, la dignitas era una condición que se iba ganando a través de una vida magnánima, disciplinada, austera, moderada y serena. Es decir, en el contexto de una conducta moral impecable que fuera reconocida por la comunidad.

San Agustín es el primero en hablar de Dignidad Humana.²⁷

Y afirmo que el ser humano es quien posee el máximo de dignidad en la tierra.

26 Torralba Roselló, F. Qué es la Dignidad Humana? Ensayo sobre Peter Singer, Hugo Tristan Engelhardt y John Harris. Barcelona: Herder Editorial S-L 2005, p 11-95.

27 La ciudad de Dios. II, 29,2.

«Dios, sabio creador y justo ordenador de todas las naturalezas, concedió al hombre la máxima dignidad entre los seres de la tierra».²⁸

Santo Tomas enlaza el concepto de persona con el de dignidad. Y esta ultima tiene sus fundamentos en la racionalidad. Aunque debe mencionarse que consideraba que el ser humano, al entrar en el pecado, se separa de la razón e ingresa en el orden de las bestias.

De acuerdo con Tomas de Aquino la persona es el máximo de perfección en el panorama de la creación.

Por su parte, San Buenaventura defendió que «la persona es la expresión de la dignidad y la nobleza de la naturaleza racional. Y tal nobleza no es una cosa accidental que le fuera sobreañadida a esta naturaleza, sino que pertenece a su esencia».²⁹

Y es el mismo Cristianismo el que produce los mejores análisis sobre Dignidad Humana con las obras *De excellentia et praestantia hominis* de Bartolomeo Facio, *De dignitate et excellentia hominis* de Giannozzi Manetti y el famoso discurso de Giovanni Pico della Mirándola, *De dignitate hominis*.³⁰

De acuerdo con este mismo autor:

“...Los neoescolásticos españoles, Francisco Suárez a la cabeza, y el dominicano Francisco de Vitoria, fundador del derecho de gentes, se basaron en consideraciones del derecho natural que provenían del derecho romano, para abogar por el trato humanitario de los indios...”³¹

El mismo Torralba, refiriéndose a Pico Della Mirandola dice que “el Renacimiento pone la atención en la individualidad del hombre y hace descansar la dignidad sobre la libertad y sobre la capacidad de los hombres. Es lo que se llama el retorno a la humanitas del mundo gre-

28 La ciudad de Dios. XIX, c. XIII, 2

29 II Sent. a. 2, q. 2 ad 1

30 García F. El concepto de dignidad como categoría existencial. Rev Electrón de la Asociación Andaluza de Filosofía. D.L: CA-834/97.

31 García op cit.

corromano. Según el autor de *De hominis dignitate* (1488), el hombre den desarrollarse a partir de itinerarios prescritos en su especie, mientras que el hombre es perfectamente capaz de transgredir los límites fijados a la suya. Es el animal sin límites, totipotencial, pues, para él, todo es posible, no hay frontera insuperable...”

En la Edad Media, cuando florece el Cristianismo como elemento intelectual, religioso y normatizador de todo poder social, se impone el concepto de dignidad como inherente a la condición del ser humano como criatura de Dios y hecho a su imagen y semejanza.

Kant³² dice que coincide con la consideración de la persona como un fin en si mismo y no como un medio o instrumento. En su *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* la acompaña de los conceptos de autonomía y autodeterminación.

Afirma también que la humanidad reflejada en la persona propia tiene que ser considerada sagrada.

De otro lado, Kant decía que la autonomía es el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana, entendiendo autonomía como autodeterminación moral.

Este concepto de Kant ya no se basa en conceptos teológicos sobre la misma, sino con fundamento en la razón humana.

Respecto de Nietzsche, este afirma que solo al genio se le puede conceder la categoría de dignidad.

El filósofo alemán Jürgen Habermas parte de la idea de que es la comunidad de diálogo la que debe discernir el valor o la dignidad que tienen los seres humanos, los animales y las plantas. Plantea que el concepto es polémico porque no hay consenso explícito, pero, desde su punto de vista, toda vida humana, tanto la emergente como la gravemente dañada o erosionada, es merecedora de respeto, es acreedora de dignidad.

32 Kant E. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*

«La vida humana —afirma Habermas— goza de dignidad y exige honoración también en sus formas anónimas. La expresión dignidad se impone porque cubre un espectro semánticamente amplio y contiene un eco del concepto de dignidad humana, más específico”.

Jürgen Habermas es partidario de extender el concepto de dignidad también a la vida embrionaria.

Para SINGER el elemento esencial que orienta un comportamiento ético respecto de un ser vivo es la capacidad y posibilidad de sufrimiento.

En el planteamiento de Singer, el fundamento de la dignidad de un ser debe hallarse en su racionalidad, pero la racionalidad, desde su perspectiva, no es patrimonio exclusivo de los seres humanos, sino que debe extenderse, también, a otros seres no humanos.

Desde planteamientos radicalmente biocéntricos, esta jerarquía de los entes vivos que propone Singer es muy discutida, pues, según estos presupuestos, el elemento realmente unificador del cosmos radica en el hecho de tener vida y no en el hecho de la racionalidad.

Las entidades vivas racionales son los miembros de la especie humana, pero no sólo los hombres. Singer sostiene contra las tesis tradicionales la idea de que la racionalidad no es un instrumentum exclusivo de la especie humana, sino una facultad que trasciende las barreras de la misma.

Pero igualmente pone de manifiesto que dentro del conjunto de los humanos existen entidades personales que son carentes de racionalidad, seres que por una indisposición de orden patológico, son incapaces de desarrollar las potencias de la racionalidad.

Nuestra característica distintiva es la capacidad cerebral. El cerebro es una herramienta para razonar y la capacidad de raciocinio nos ayuda a sobrevivir, a alimentarnos y proteger a nuestros hijos. Con ella hemos desarrollado máquinas que pueden levantar más peso que muchos gorilas, cuchillos más afilados que los dientes de cualquier león y medios de transporte mucho más veloces que el guepardo.

Según su punto de vista, la racionalidad no puede considerarse un elemento exclusivo de los seres humanos. Argumentar a favor de la emi-

nente dignidad ontológica del ser humano a partir de la racionalidad es inadecuado desde la perspectiva de Singer, porque también se detectan formas de ejercicio de la racionalidad en los animales no humanos, como por ejemplo en los chimpancés o en los delfines.

Siguiendo la tradición del empirismo clásico, Peter Singer afirma: «Lo que propongo es usar persona en el sentido de ser racional y autoconsciente, para abarcar aquellos elementos del sentido popular de ser humano que no entran en el concepto de “miembro de la especie homo sapiens ‘».

Si la persona es un ente racional y autoconsciente, de ahí se deduce claramente que hay seres humanos que no son personas y que hay personas que no forman parte de la especie humana, pero que deben ser consideradas personas por el mero hecho de ser entes racionales y autoconscientes.

Además de las personas humanas, Singer sostiene que «hay otras personas en este planeta». «La prueba de que son personas –afirma es hoy en día más concluyente para los mamíferos superiores, pero con el tiempo se podrá demostrar que las ballenas, los delfines, los elefantes, los perros, los cerdos y otros animales también son conscientes de su propia existencia en el tiempo y pueden razonar.

La propuesta bioética de Hugo Tristram Engelhardt (1941) ha sido considerada como la más escéptica por lo que respecta a las posibilidades de hallar un consenso en sus fundamentos.

Según Engelhardt, no tiene sentido, ni es legítimo apelar a una pretendida ley natural como punto de encuentro entre los distintos seres humanos en el seno de la sociedad pluralista.

Considera que este principio que debe suplir la vieja noción de ley natural es el principio de permiso.

Engelhardt considera que vivimos en un tiempo presidido por el derrumbe de la ética homogénea (la ética cristiana) y por el declive de los valores religiosos tradicionales.

Según su perspectiva, la propuesta cristiana exige un acto de fe, la identificación con una tradición y con una Iglesia, que no se puede exigir a los miembros de una sociedad secular, por lo que la propuesta de mínimos resulta difícilmente compatible con las exigencias de máximos que provienen de la religión cristiana.

En su propuesta principialista, Engelhardt distingue cuatro principios por este orden: el principio de permiso, el de beneficencia, el de propiedad y el de autoridad política.

El principio de permiso. Éste fundamenta la moralidad del respeto. El principio de permiso constituye, en esencia, el núcleo de su propuesta bioética para una sociedad postmoderna. Lo formula de este modo: «La autoridad de las acciones que implican a otros en una sociedad pluralista secular tiene su origen en el permiso de éstos. Como consecuencia:

1. Sin este consentimiento o permiso no existe autoridad y
2. Las acciones en contra de esta autoridad son censurables, en el sentido de que sitúan al infractor fuera de la comunidad moral en general y, por otra parte, hacen lícito (aunque no obligatorio) el recurso a la fuerza con fines defensivos, punitivos o de represalia»

El principio de beneficencia. Su máxima exige: «Haz el bien a los demás», lo que significa que se debe aproximar mínimamente a un contenido del bien, con lo cual la formalidad pura puede verse afectada.

El principio de propiedad. Su máxima es: «Las personas se poseen a sí mismas, poseen lo que hacen, lo que otras personas poseen y les transfieren; las comunidades son propietarias en la medida en que las personas crean tales comunidades y transfieren fondos a la propiedad colectiva, o en la medida en que los grupos crean riqueza común. Por tanto: entrega a todos aquello a lo que tienen derecho; abstenerse de coger lo que pertenece a varios o a uno solo».

La introducción del principio de propiedad es exigida porque el consentimiento o permiso sobre el cual se funda toda posibilidad de moral secular sólo es posible entre aquéllos que se poseen a sí mismos; ésta

es la primera forma de propiedad y la que proporciona la *conditio sine qua non* del acto consensual en materia biomédica.

El principio de autoridad política. Se trata de un principio estrechamente vinculado con los de permiso y de propiedad. Su función es la de definir la autoridad del Estado en un contexto secular y pluralista.

Según Engelhardt, se debe obedecer las leyes del Estado cuando se está obligado a hacerlo, lo que significa que existe alguna circunstancia en la cual no se tiene que obedecerlas. A su juicio, la autoridad de los gobiernos es sospechosa cuando se restringe la posibilidad de elección de los individuos libres sin su consentimiento y cuando se regula el libre intercambio de bienes y servicios más allá de la protección contra el fraude, la coerción o la infracción de contratos. A su juicio, el Estado no puede arrogarse la función de velar por el cumplimiento de la justicia.

Engelhardt distingue dos nociones de persona: una, en sentido estricto, y otra, en sentido lato. En sentido estricto, las personas son, según el autor de *Los fundamentos de bioética*, entidades racionales y autorreflexivas que sólo pueden interpretarse a sí mismas coherentemente como entidades morales y responsables. Lo esencial en esta entidad que se denomina persona es, según su punto de vista, la racionalidad, y es precisamente esta racionalidad la que convierte a la entidad humana en un agente moral, capaz de decidir, de discernir y de enjuiciar las acciones propias y ajenas. La persona se caracteriza, según Engelhardt, por estos tres atributos: Autorreflexión, racionalidad y sentido moral.

Además define a la persona como un agente moral, sujeto de derechos y de deberes. Tiene, por ejemplo, el deber de ser tolerante y el de no utilizar a las otras personas, si éstas no han dado su permiso para tal uso.

En el plano antropológico, Engelhardt distingue entre la noción de ser humano y la de persona. Al igual que Peter Singer, para el filósofo de Texas, hay personas que no son seres humanos y seres humanos que no pueden denominarse personas. «No todos los seres humanos -afirma Engelhardt- son personas, no todos son autorreflexivos, racionales o capaces de formarse un concepto de la posibilidad de culpar o alabar».

Y añade: «Los fetos, las criaturas, los retrasados mentales profundos y los que se encuentran en coma profundo son ejemplos de seres humanos que no son personas. Estas entidades pertenecen a la especie humana, pero no ocupan una posición en la comunidad moral secular en sí mismas, ni por sí mismas; no pueden culpar o alabar, ni son censurables ni loables; no toman parte principal en la empresa moral secular porque sólo las personas tienen esa posición»

La persona, según el autor de *Los fundamentos de la bioética*, es una entidad reflexiva, capaz de juicios morales, capaz de pensar autónomamente, mientras que el ser humano es, simplemente, un miembro de la especie *homo sapiens sapiens*.

Lo que distingue a las personas —dice— es su capacidad de tener consciencia de sí mismas, de ser racionales y de preocuparse por ser alabadas o censuradas.»

Los seres humanos que no son personas no tienen esta preocupación, porque no son capaces de razonar ni de reflexionar en torno a lo que otros dicen o dejan de decir.

En tanto que seres no personales entran dentro del dominio de otras personas que deben decidir por ellas. Esto significa que su destino personal, inclusive su vida, está en manos de otra persona que será la que deberá tomar la decisión.

El ser humano, en tanto que persona, es soberano de sí mismo, su vida y su cuerpo le pertenecen y esto significa que tiene el derecho de hacer con ellos lo que considere oportuno, mientras no perjudique a terceros.

No todas las personas -dice- son necesariamente humanas y no todos los seres humanos son personas.»

La persona, según el pensamiento de Engelhardt, es un ente valioso por sí mismo y lo es no por su ser, ni por los rasgos que tiene su naturaleza física o metafísica, sino por el hecho de tener razón, de poder reflexionar y dar permiso. Los seres humanos que no son personas no son, según su criterio, seres dotados de esta categoría moral intrínseca, puesto que no pueden dar permiso.

La persona en sentido lato. El segundo sentido de persona es el que denomina persona social. Dentro del campo semántico de lo que Engelhardt denomina personas sociales, están los seres humanos (sólo los seres humanos) que no tienen capacidad de dar permiso, pero forman parte del género humano.

La persona social no existe per se, sino que existe en la medida en que la comunidad de agentes morales es capaz de atribuir derechos y protección a este tipo de seres humanos. Su existencia, por lo tanto, depende de la sensibilidad moral de la comunidad de personas en sentido estricto.

En el caso de la experimentación, Engelhardt consideraría legítimo utilizar los embriones criopreservados para investigar enfermedades humanas congénitas, pues ello beneficiaría a la comunidad moral secular.

Para Rawls la noción de dignidad es correspondiente a la de respeto particularmente a la de respeto de sí, inseparable a la del respeto de otro. Un concepto de relación.

Según Habermas, siempre ha existido una relación estrecha entre Dignidad Humana y Derechos Humanos. Y la inviolabilidad de la Dignidad Humana es un principio esencial del derecho moderno.

La fuente moral de donde derivan todos los Derechos Fundamentales es, precisamente, la Dignidad Humana.

Habermas protesta frente a fenómenos como las insoportables condiciones de vida y la marginación de las clases sociales empobrecidas.

En Gilbert Hottois, la dignidad puede aplicarse por extensión al ser humano, en todos sus estados (embrión, individuo, cadáver) en su totalidad y en todas sus partes (cuerpo, células genes) tanto a individuos como a colectividades o comunidades. A actividades (deportes), comportamientos (trato a las personas), a procesos y a la manera de asumirlos (concepción, muerte), etc.

Pero el concepto de Dignidad Humana con toda la fuerza que ha tomado en la sociedad actual, nace a partir de las masacres, abusos, genocidios y crímenes de lesa humanidad ocasionadas en Alemania por el régimen nacionalsocialista.

R Dworkin determina que para analizar seriamente los Derechos Humanos no se puede dejar de lado La idea de Dignidad Humana.

Schotsman P, de la Universidad de Lovaina dice que hay gran desacuerdo en lo concerniente a la adecuada comprensión de la dignidad y que hay 7 conceptos que deben destacarse.

- a. La dignidad humana emerge como una virtud de reconocimiento del otro en una relación intersubjetiva. Este reconocimiento se basa en una construcción social.
- b. La dignidad es universable e indica el valor intrínseco y responsabilidad moral de cada ser humano.
- c. La persona debe, como resultado de la comprensión intersubjetiva de la dignidad, ser considerada sin precio. Por tanto, los seres humanos no pueden ser objeto de negocio o transacciones comerciales.
- d. La dignidad esta basada en relaciones de si mismo con el otro de vergüenza y orgullo. Ej en degradación y autoestima.
- e. La dignidad defiende ciertas situaciones tabú y las emociones como limites de comportamiento civilizado. Esto significa que hay ciertas cosas que una sociedad no puede justificar hacer.
- f. En este sentido la dignidad emerge en el proceso de la civilización humana.
- g. Finalmente, la dignidad incluye la apertura individual a las dimensiones metafísicas de la vida, referentes al comportamiento digno en situaciones limites de la existencia tales como el nacimiento, el sufrimiento, la muerte de un ser querido, nuestra propia muerte, etc.

Para Adriana María Restrepo Ospina, Abogada y Magíster en Filosofía. Profesora, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, quien revisa los conceptos de dignidad en el pensamiento jurisprudencial de nuestra Corte Constitucional, la dignidad humana posee características esenciales de varios tipos: Ontológico, como inherente al ser humano; ético, en relación con el comportamiento moral del ser humano; jurídico, al poseer la protección legal del Estado;

y teológico (para quienes aceptan y creen en Dios), al provenir de un origen trascendente.

Existen dos elementos a los cuales se liga indisolublemente la dignidad, los cuales son la inherencia a la persona y su pertenencia a los derechos humanos, siendo la dignidad el fundamentador último de los derechos fundamentales.

En Sentencia de 1998, la Corte expresó:

“La dignidad, como es sabido, equivale al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal. Equivale, sin más, la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana.”

Desde este punto de vista eminentemente jurídico, la dignidad humana crea una serie de deberes recíprocos, como el de recibir un trato acorde con su naturaleza de perteneciente a la raza humana.

BIBLIOGRAFIA

Acevedo A. Bioética y Neoliberalismo. Revista Humanizarte Año 5 No 8 ISSN: 2145-129.

Macklin R. Dignity is a useless concept. British Medical Journal 2003; 327(7429): 1419-1420.

Pyrrho M, Cornelli G, Garrafa V. Dignidad Humana. Reconocimiento y operacionalización del concepto. Acta bioeth 15 (1): 65-69. 2009

Barchifontaine CP. Bioética e início da vida: Alguns desafios. São Paulo: Idéias e letras; 2004: 19-31.

Adler F. Human dignity and social science. Sociological inquiry 1963; 33(1):9-18.

Torralla Roselló, F. Qué es la Dignidad Humana? Ensayo sobre Peter Singer, Hugo Tristan Engelhardt y John Harris. Barcelona: Herder Editorial S-L 2005, p 11-95

García F. El concepto de dignidad como categoría existencial. Rev Electrón de la Asociación Andaluza de Filosofía. D.L: CA-834/97.

Guzmán F, Franco E, Padrón J. La ética kantiana como reguladora de la cirugía. En: Guzmán F, Franco E, Rosselli D. La Práctica de la Medicina y la Ley. Biblioteca Jurídica Diké.1 Edición. Medellín, 1996.

Guzmán, F., Franco, E., Saavedra, E. Vida humana. En DERECHO ETICO DISCIPLINARIO. UNIVERSIDAD LIBRE. TOMO I. Bogotá 2006.

Guzmán, F., Franco, E., Saavedra, E. Persona. DERECHO ETICO DISCIPLINARIO. UNIVERSIDAD LIBRE. TOMO I. Bogotá 2006.

Guzmán F, Moreno S, Arias C, Barragán R. Persona y Personalidad. Gazeta Tribunal Nacional de Etica Medica. Septiembre 2013.

