

TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA



GACETA JURISPRUDENCIAL

Junio 2013

Ginecología, Obstetricia y Aborto

© 2013 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.

© 2013

MAGISTRADOS 2013

Dra. Lilian Torregrosa Almonacid (Presidenta)

Dr. Francisco Pardo Vargas

Dr. Fernando Guzmán Mora

Dr. Efraím Otero Ruíz

Dr. Juan Mendoza Vega

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. 2013.137.4-72, Vence 31 de Dic. de 2013

INDICE

Editorial: La Gineco-Obstetricia como obligación de medio y no de resultado Dr. Francisco Pardo Vargas. Md Dr. Fernando Guzmán Mora. Md	9
Tribunal de Ética Médica de Caldas Proceso 680 Recurso de apelación. Luego de la sentencia de la corte respecto de la despenalización del aborto, el Tribunal Nacional condena a médico por desobedecerla. Habla de mala fe y analiza los aspectos de objeción de conciencia Mp. Dr. Fernando Guzmán Mora. Md	21
Tribunal de Ética Médica del Atlántico Proceso 511 Declaración de nulidad de oficio Mp. Dr. Fernando Guzmán Mora. Md	128
Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca Declaración de prescripción de acción disciplinaria Proceso 477 Mp. Dr. Fernando Guzmán Mora. Md	145

Tribunal de Ética Médica del Valle Recurso de apelación Tribunal Nacional revoca sanción a gineco obstetra y apoya los argumentos de la defensa Proceso 1070 Mp. Dr. Juan Mendoza Vega. Md	227
Tribunal de Ética Médica del Atlántico Recurso de apelación Magistrados del Tribunal Nacional de Ética Médica revocan sanción a especialista Proceso 471 Mp. Dr. Juan Mendoza Vega. Md	234
Tribunal de Ética Médica del Cauca Tribunal Nacional decreta nulidad de lo actuado Proceso 686 Mp. Dr. Efraím Otero Ruíz. Md	240
Tribunal de Ética Médica de Risaralda Magistrados Confirman sentencia inhibitoria. Médicos actuaron conforme a la Lex Artis Proceso 388 Mp. Dr. Juan Mendoza Vega. Md	246
Tribunal de Ética Médica de Caldas Tribunal Nacional precluye proceso en contra de médicos investigados Proceso 606 Mp. Dr. Luis Alberto Blanco Rubio. Md	251
Tribunal de Ética Médica de Cundinamarca Sanción de suspensión por cuarenta meses a abortador Proceso 1395 Mp. Dr. Juan Mendoza Vega. Md	274

Tribunal de Ética Médica de Caldas Tribunal Nacional niega curso a solicitud de revocatoria directa por improcedente Proceso 680 Mp. Dr. Fernando Guzmán Mora. Md	284
Tribunal de Ética Médica del Cauca Condena de treinta meses a abortador criminal Proceso 395 Mp. Dr. Fernando Guzmán Mora. Md	298
Tribunal de Ética Médica de Nariño Condena grave a ginecólogo por intervenir útero grávido de manera equivocada Proceso 119 Mp. Dr. Miguel Otero Cadena. Md	314
Tribunal de Ética Médica del Cauca Aborto criminal y homicidio culposo por muerte de la madre Proceso 317 Mp. Dr. Diego Andrés Rosselli. Md	346
Tribunal de Ética Médica de Risaralda Tribunal Nacional revoca sentencia inhibitoria y ordena investigar Proceso 434 Mp. Dr. Diego Andrés Rosselli. Md	360
Tribunal de Ética Médica de Risaralda Tribunal Nacional confirma fallo inhibitorio Proceso 938 Mp. Dra. Lilian Torregrosa Almonacid. Md	373
Tribunal de Ética Médica de Bogotá Sentencia Inhibitoria de primera instancia Proceso 2325 Mp. Dr. Francisco Pardo Vargas	376

Tribunal de Ética Médica del Atlántico	
Condena por negligencia Médica	
Proceso 404	
Mp. Dr. Luis Alberto Blanco Rubio. Md	386
Tribunal de Ética Médica de Caldas	
Condena por culpa Médica	
Proceso 380	
Mp. Dr. Efraím Otero Ruíz	396
Artículo: El espinoso tema del aborto en Colombia	
Dr. Fernando Guzmán M. Md	
Cn Sara Edith Moreno M. Md	
Tc Carlos Arias P. Md	
Cr Ricardo Barragán G. Md	403
Artículo: Complejidad social, orden y valores sociales	
Dr. Fernando Guzmán M. Md	
Cn Sara Edith Moreno M. Md	
Tc Carlos Arias P. Md	
Cr Ricardo Barragán G. Md	435
Artículo: Vigencia centenaria de la ética griega	
Dr. Fernando Guzmán M. Md	
Cn Sara Edith Moreno M. Md	
Tc Carlos Arias P. Md	
Cr Ricardo Barragán G. Md	454

EDITORIAL

GINECOOBSTETRICIA Y ÉTICA MÉDICA

**FRANCISCO PARDO VARGAS
FERNANDO GUZMÁN MORA**

CONSIDERACIONES GENERALES

Dentro de las Especialidades Médicas es notorio el predominio de quejas referentes a la Ginecoobstetricia. Esto se debe a que la práctica obstétrica tiene características que la hacen especialmente sensible ante cualquier complicación inesperada, que en casos que vienen evolucionando satisfactoriamente “en segundos se convierten precipitosamente en un verdadero desastre”¹, provocando, explicablemente una reacción de los familiares que ven cruelmente frustradas las ilusiones que abrigaban con la llegada de un nuevo ser, cuando no la nefasta nueva de la gravedad de la madre o aún más, de su fallecimiento.

Los esfuerzos que se han hecho en nuestro medio a raíz de la aplicación del Enfoque de Riesgo Maternofetal desde el año 1975², han racionalizado la atención materna al poner en operación los Niveles de Atención. Pero así se trate de Bajo Riesgo, no puede desconocerse que hasta en un 6 % de estas pacientes se presentan complicaciones

1 “Doctores: Porqué se quejan sus pacientes”. Tribunal de Ética Médica de Bogotá. 2002. Pag 66.

2 Historia de la Facultad de Medicina. Universidad Javeriana. Javergraf 2012. Pags 68-70.

inesperadas que muchas veces rebasan la habilidad del especialista y afectan de manera dolorosa el buen suceso del parto. Algunas de estas complicaciones se han identificado como causantes de estos lamentables resultados.

1. URGENCIAS NO ESPERADAS

Trombosis de arterias fetales
Desprendimiento prematuro de placenta
Placenta previa sangrante
Placenta ácreta, pércreta e íncreta

2. DISTOCIAS

Disfunción uterina hipotónica
Disfunción uterina hipertónica
Distocia de hombros

3. SUFRIMIENTO FETAL AGUDO

4. HEMORRÁGIAS POSTPARTO

Atonía uterina
Retención de restos placentarios
Anomalías placentarias
Inversión uterina
Laceraciones del tracto genital
Hematomas puerperales
Ruptura uterina

5. ANOMALÍAS DEL CORDON UMBILICAL

Óbito fetal
Circulares del cordón
Nudos verdaderos del cordón

6. PROBLEMAS CLÍNICOS NO ESPERADOS

Coagulación intravascular diseminada

Embolía de líquido amniótico

Embolía aérea

Accidentes cerebrovasculares por malformaciones silenciosas

7. INFECCIÓN POSTPARTO.

Aparte de estas consideraciones médicas, que pueden explicar las reacciones subjetivas de los afectados, el tema se presta para aclarar sus relaciones ético disciplinarias y los fundamentos jurídicos que los sustentan.

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 está 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 éste 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 sólo 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 sólo los medios que tiene posibilidad de poner al servicio de la salud del hombre y no los resultados que ese hombre esperarí 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 César 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 práctica 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 sólo 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 en antes se dijo, atendió a la paciente en forma razonable.

El sentenciador no avala la tesis de quienes predicen que la prestación del servicio médico es una ACTIVIDAD RIESGOSA y que, por lo 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 observó 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).

Que 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).(Artículos1730 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.

LA OBSTETRICIA COMO OBLIGACIÓN DE MEDIO Y NO DE RESULTADO

En un reciente fallo del Consejo de Estado se ha colocado el ejercicio obstétrico en la posición de Obligación de resultado y no de medio. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sent 11.802. Febrero 19/98. Magistrado Ponente Daniel Suárez Hernández).

En efecto, los apartes más relevantes de la consideración de la alta corte, dicen textualmente:

“...Recuérdese que el campo de la obstetricia ha dado lugar a discusiones dentro de la doctrina a propósito de si las obligaciones que surgen para los médicos tratantes en este campo de la medicina son de medio o de resultado y que al margen de la postura que se adopte sobre tan interesante punto, es lo cierto que es al médico a quien le

incumbe demostrar que los eventuales riesgos que pueda comportar la atención de la parturienta, puedan exonerarlo en el caso concreto de la responsabilidad que se le endilga...”

Más adelante, el juzgador cita alguna jurisprudencia extranjera, concretamente argentina. Dice a la letra:

“...Sobre el punto la jurisprudencia foránea se ha referido en los siguientes términos:

“”...En lo que hace a la obligación médica en sí, considerar si la obligación es de medio o de resultado, es una cuestión que no puede considerarse en abstracto, sino que dependerá de las circunstancias particulares de cada caso. En la situación de las maternidades, es evidente que en principio, se está ante una obligación de resultado, puesto que un parto normal, no puede generar riesgos que no sean susceptibles de previsión y consiguiente control por parte de los médicos. Si ofrece dificultades creando una dosis de riesgos cuyo sorteo satisfactorio no puede ser garantizado por los médicos, está a cargo de ellos su demostración.

Es decir, son ellos los que tendrán que aportar a la causa, las características con que se presentaba el parto debido al estado general de la mujer o de la criatura, a los efectos de demostrar que lo único exigible eran medios y no resultados. Es decir, como principio, el hecho de ingresar en una clínica una mujer sana a los efectos de dar a luz, torna a la entidad deudora de una obligación de resultado, salvo que demostrare los riesgos que en el caso concreto debiese afrontar y que impedían asegurar otra cosa que no fuera la máxima diligencia en el arte de la actividad profesional comprometida...”

Esta sentencia, diseñada por el mismo magistrado que en 1992 planteó la inversión de la carga de la prueba para los profesionales médicos y que hoy, en este nuevo juzgamiento, da por hecho, constituye un verdadero atentado contra el ejercicio de la medicina en general y de la obstetricia en particular.

Sin tener en cuenta los detalles del caso específico a que se refiere la sentencia (de por sí preocupantes desde el punto de vista puramente médico), nos llama poderosamente la atención la parte filosófica del fallo, pues implica una alerta para el ejercicio de la gineco-obstetricia, en la que ahora sus actores son culpables hasta que no se demuestre lo contrario, lo cual va en contravía de todo nuestro ordenamiento jurídico.

¿POR QUÉ LA OBSTETRICIA NO PUEDE GARANTIZAR RESULTADOS?

La obstetricia, como el ejercicio médico en general, a pesar de estar en manos de médicos especializados no puede considerarse una obligación de resultados, a pesar que el fallo del Consejo de Estado considera que en los embarazos de bajo riesgo no existen situaciones que no sean previsibles y susceptibles de ser corregidas por el médico. Esta visión atenta contra una de las características esenciales del ejercicio de la medicina, la cual es el factor aleatorio que conlleva intrínsecamente su práctica.

Exigirle al obstetra que domine, maneje, prevea y en últimas corrija el problema que genera el factor aleatorio es un imposible jurídico y físico. Y como claramente lo consagra nuestro ordenamiento jurídico, nadie puede obligarse a lo física y jurídicamente imposible de cumplir.

¿Cómo puede entonces el Consejo de Estado desconocer estos hechos y plantear a los obstetras una responsabilidad derivada de una obligación de resultado cuando en países desarrollados, ricos en tecnología y recursos no se puede garantizar el resultado de un embarazo?

Es tan complejo y absurdo el planteamiento de esta Corporación que la práctica obstétrica se va a volver un imposible. ¿Cómo va a poderse determinar en un caso concreto que una condición era previsible por tratarse en principio de un embarazo de bajo riesgo, si prever todas las posibles complicaciones es un imposible? ¿Con qué base un médico puede prever y corregir situaciones inesperadas como la integridad física del feto y la tolerancia de la madre ante un trabajo de parto?

¿Quién puede garantizar que una madre va a llevar a feliz término su maternidad y no presentar complicaciones de extrema gravedad como las que se han detallado anteriormente?.

El ejercicio médico en general, y el obstétrico en particular, tienden exclusivamente a que se busque, por todos los medios posibles, la mejoría, el alivio, o la curación del paciente, según sea el caso. Pero en ningún momento esto significa que el médico pueda lograr la mejoría, el alivio o la curación del paciente. Tal fue el caso de una paciente en su segundo embarazo, aparentemente normal y sin ningún factor de riesgo conocido, que, antes del parto, desarrolla una crisis hipertensiva la cual la lleva a un accidente cerebro-vascular, ocasionando la muerte de la paciente. Esta paciente tenía una malformación arterio-venosa en el sistema nervioso central, la cual precipitó el resultado final, es decir, el fallecimiento. La malformación fue detectada en la paciente en el momento de realizarle una craneotomía. Si la paciente hubiera muerto con anterioridad y ésta cirugía no se hubiere practicado, esta malformación jamás se hubiera detectado.

Analizando el caso real anterior, se trataría de una paciente sin ningún riesgo conocido. Según el planteamiento del Consejo de Estado, de esta relación contractual de médico paciente, el obstetra debería demostrar una causa extraña para exonerarse de responsabilidad. Si la paciente hubiere fallecido antes de la cirugía en el cráneo, y no se hubiera encontrado la relación entre la malformación y el fallecimiento, el médico estaría obligado a lo imposible. A demostrar una causa extraña que le generó el fallecimiento. El encontrar el problema arterio-venoso fue un hallazgo quirúrgico incidental. ¿Acaso se trataba de un embarazo de bajo riesgo conocido? Sí, en apariencia, pero el factor aleatorio que conllevó a la muerte era imposible de ser previsto.

Según la tesis del Consejo de Estado, se estaría equiparando la responsabilidad del médico con la de quien ejerce una actividad peligrosa, convirtiendo en últimas al ejercicio de la medicina en una actividad peligrosa. La responsabilidad generada por el ejercicio de una actividad peligrosa es de una naturaleza tan especial, que la ley

señala casos muy específicos de los cuales ésta se deriva. Y la práctica médica es de tal naturaleza, que derivar de ella la responsabilidad objetiva es atentar y acabar con su misma esencia: la de ser una ciencia inexacta que cuenta con un factor aleatorio que, además, en cada caso particular es distinto y de características especiales.

La anterior es una situación en la cual se ejemplariza cómo una paciente asintomática durante su control prenatal puede presentar una complicación severa sin que la aparición de ésta derive responsabilidad al obstetra y en la cual pretender que el médico se encuentra en obligación de preverlas y corregirlas a la luz de los conocimientos actuales es virtualmente imposible, como sucede en muchas de las complicaciones obstétricas.

El fallo del Consejo de Estado no sólo es inaplicable al ejercicio obstétrico sino que atenta contra el ejercicio médico en general, ya bastante apaleado en nuestro medio.

**LUEGO DE LA SENTENCIA DE LA CORTE
RESPECTO DE LA DESPENALIZACIÓN DEL
ABORTO, EL TRIBUNAL NACIONAL DE
ÉTICA MÉDICA CONDENA A MÉDICO POR
DESOBEDECERLA. HABLA DE MALA FE Y
ANALIZA LOS ASPECTOS DE OBJECCIÓN DE
CONCIENCIA**

Bogotá, noviembre veinticuatro (24) del año dos mil nueve (2009).

**SALA PLENA SESIÓN No.1026 DEL
VEINTICUATRO (24) DE NOVIEMBRE DEL AÑO
DOS MIL NUEVE (2009).**

REF: Proceso No. 680, Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas
Contra: Doctor XX
Denunciante: SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD
Asunto: Recurso de Apelación

Magistrado ponente: Doctor Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 83-09

VISTOS:

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas, en Sala Plena realizada el 11 de agosto de 2009, dentro del proceso número 680, resolvió imponer sanción de suspensión de un mes en el ejercicio de la medicina contra el médico XX, identificado con CC N de ...y Registro Médico ... de la ..., por los hechos denunciados por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

La defensora del médico encartado, Dra. Ana María Chica Ríos, por escrito fechado el 11 de septiembre de 2009, interpuso recurso de apelación contra la providencia mencionada. El recurso fue concedido

el 15 de septiembre de 2009 y el expediente fue enviado ante el Tribunal Nacional de Ética Médica.

El cuaderno que contiene las diligencias del proceso en referencia fue recibido en este Tribunal Nacional de Ética Médica el 25 de septiembre de 2009 y puesto para reparto en Sala Plena del 29 de septiembre, le correspondió por sorteo al magistrado FERNANDO GUZMÁN MORA.

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

HECHOS :

El 13 de febrero de 2009 se recibe oficio del Doctor CLAUDIO RAFAEL GÓMEZ MARTÍNEZ, Superintendente Delegado para la Atención en Salud de la Superintendencia Nacional de Salud (Oficio 4039-1-0446549), dirigido a la Secretaria Abogada del Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas, para investigar la conducta de un ginecólogo de la IPS Cosmitet Ltda, quien se negó a practicar el aborto en una menor (Cuyo nombre se reserva por ser su condición de menor) y quien padece el síndrome de Pradder Willi, por lo cual su madre solicitó la interrupción voluntaria del embarazo, producto de una violación.

El 27 de febrero se repartió por sorteo al Magistrado Seccional JAVIER GUZMÁN MEJÍA, ordenando Apertura de Instrucción del caso.

Se ofició entonces a la IPS Cosmitet, la cual informó que se trataba del médico XX , quien valora la paciente el 11 de enero de 2008, con un embarazo de 18 semanas y dos ecografías pélvicas.

La paciente es sometida a valoración por psicología el 23 de enero de 2008 y se anota como cosa especial que había consultado y solicitado ayuda en varias ciudades: Manizales, Medellín y Bogotá.

El 24 de enero de 2008, el Juzgado Segundo Civil Municipal de

Manizales, recibe una contestación a la acción de tutela instaurada por la madre de la paciente en contra de Cosmitet Ltda, en donde el Coordinador Médico de Cosmitet Ltda (Joaquín Holguín Arias) afirma que la paciente ha sido atendida aún sin tener el procedimiento administrativo la totalidad de los términos de referencia y que el ginecólogo XX le había garantizado atención integral en su institución. Y que copia del fallo sea enviado a su entidad para futuro control y archivo, así como para el recobro a la Fiduprevisora.

El 22 de febrero se recibe comunicación del mencionado ginecólogo en el Juzgado Segundo Civil Municipal de Manizales, en donde expresa, entre otras cosas, que no es posible establecer si la concepción fue producto de acto sexual violento; que en el momento de la consulta cursa entre 18 y 19 semanas de gestación, confirmadas por dos ecografía previas; que la familia solicitó el servicio de interrupción voluntaria del embarazo y que el médico se negó por cuestiones de objeción de conciencia (no expresa exactamente cuales); que la paciente no se incluía dentro de las causales determinadas por la sentencia C-355-2006 para incluirla dentro de aquellas que no penalizan el aborto; que el síndrome que la paciente presenta no es letal para su vida; que el epamin que ingiere puede causar malformaciones fetales que no son deletéreas para la vida del producto de la gestación; y que la remite a nueva ecografía, valoración por psicología, valoración genética y estudios de líquido amniótico.

El 1 de abril de 2008 recibe autorización para la prestación del servicio en la Fundación Médico Preventiva de la ciudad de Medellín y el 14 de mayo de 2008, ya con 36 semanas de embarazo, es sometida a cesárea programada y ligadura de trompas de Falopio el 27 de mayo, obteniendo recién nacido de sexo masculino, 3160 gramos, talla de 48 cm y Apgar de 6/8 en buen estado.

Se anota que esta paciente, además de su retardo mental por síndrome de Pradder Willi, era epiléptica desde la infancia, con episodios de incontinencia fecal y marcada dependencia de sus familiares por incapacidad severa que le impedía realizar actos de elemental

complejidad. Incluso de acuerdo con la innecesaria valoración psicológica ordenada por el profesional XX , la paciente presenta episodios de autoagresión, aislamiento del medio, vocabulario restringido, incapacidad para emitir cierto número de sonidos, alteraciones de sensopercepción, marcha y equilibrio alterados, paratonía y trastornos del sueño. Además, trastornos de conciencia, desorientación temporoespacial, déficit de atención, ausencia de concentración, ausencia de abstracción, cambios bruscos del estado de ánimo, agresividad, angustia y falta de actitudes mínimas de cuidado personal.

El 19 de marzo de 2009, el Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas recibe otra comunicación de la dirección médica de Cosmitet, esta vez representada por la doctora Sonia Durán, quien afirma que el Dr. XX ya había enviado al juzgado respectivo su objeción de conciencia y que la empresa Cosmitet no le consultó a los demás especialistas pues el juez “falló a favor de no realizar el aborto” y que incluso “el Doctor John Jairo Castro lo realiza en estos casos de despenalización en la empresa sin objeción de conciencia. Pero con el fallo del Juez de primera instancia se suspendió el proceso. En ese entonces, los ginecólogos con quienes se tubo (SIC) relación contractual fueron: Doctor Pablo Valencia, Doctor XX , John Jairo Castro (Sin el doctor. la anotación es nuestra). No estaban las doctoras María del Pilar, XX y Liliana Dávila”. Por ultimo afirma que la empresa tiene contrato en todo el departamento con toda la RED pública, y en la ciudad de Manizales, con el Hospital Santa Sofía.

En fallo de fondo emitido por el Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas, concluye que el médico XX sí vulneró la Ley de Ética Médica, por varias razones:

- Era su deber participar en la interrupción voluntaria del embarazo, pues existían las condiciones necesarias para su realización ya que la joven se veía estaba embarazada y había sido abusada sexualmente, siendo discapacitada.

- Debía exigir la presentación de la denuncia penal. De no ser entregada orientar a los padres de la joven “...” sobre la importancia de la misma, ya que es requisito legal para la realización de la IVE y dejar constancia de este hecho en la historia clínica.
- No debía exigir exámenes de laboratorio tendientes a demostrar que la paciente estaba embarazada, pues ya en ese momento era un hecho cierto.
- No podía exigir exámenes de laboratorio tendientes a demostrar si se trataba de un óbito fetal, pues ese requisito no es dable en estos casos.
- No exigir valoraciones por psicología para tomar una conducta, pues ello está dilatando el proceso que por ley debe ser realizado dentro de los cinco días siguientes a la solicitud.
- De no querer realizar la IVE por sus convicciones personales, debió realizar objeción de conciencia en debida forma y bajo los parámetros exigidos por la ley y debió remitir la paciente a otro profesional que sí estuviera dispuesto a realizar la IVE.
- Debió gestionar ante la entidad Cosmitet Ltda que la paciente fuera remitida a otro profesional no objetor de la lista de profesionales que debía ser conocida por él previamente.

Queda entonces claro para el tribunal seccional que el Dr. XX no acató los preceptos establecidos, violando además el deber de cuidado, haciéndose acreedor al reproche por culpa.

No se aceptan sus descargos y, teniendo en cuenta sus antecedentes, se condena entonces a la sanción de suspensión de un mes en el ejercicio de la medicina.

Dentro de términos legales, la defensora del Dr. XX, abogada ANA MARÍA CHICA RIOS interpone recurso de apelación por ante el Tribunal Nacional de Ética Médica.

EL RECURSO DE APELACION

La Doctora ANA MARÍA CHICA RIOS en escrito de 11 de septiembre de 2009 plantea su apelación fundamentada en los siguientes argumentos:

a- El Tribunal Seccional adelanta un proceso muy abreviado, instruyéndolo con una escasa actividad probatoria.

b- Se le reprocha la violación de los artículos 34, 36 y 54 de la Ley 23 de 1981

c- Se le enrostra el no acatamiento de los parámetros establecidos en la Sentencia C-355 de la Corte Constitucional y el Decreto Reglamentario 4444 de 2006.

Refuerza su argumentación diciendo:

1- Dice la Defensa que la Historia Clínica realizada el 11 de Enero de 2008 en la atención suministrada a la menor ... es un documento producto de una actividad médica atípica, puesto que la paciente no se deja examinar del médico, por lo cual es imposible dejar evidencia del examen físico en la historia. Por eso no entiende por qué el Tribunal seccional exige que ese documento tenga de forma sacramental (SIC) cada uno de los requisitos exigidos por la norma en cuanto a su diligenciamiento.

2- Critica la posición del tribunal seccional de afirmar que el médico XX tenía la obligación de consignar en la Historia Clínica que los padres de la menor no le presentaron la denuncia. La defensa considera que no es aceptable porque el profesional solo deja consignado lo que a él le mencionan.

3- Dice que la no presentación de la denuncia no es el motivo para no practicar el aborto, pues este es un hecho accidental y que no tiene ninguna relevancia frente a lo sucedido.

4- Tampoco es cierto que el doctor XX tenía el deber de plasmar las razones para no practicar el aborto

5- Y la razón consignada en el punto 4 es que le informó a los familiares de la paciente que él (El Dr. XX) no practicaba abortos en su ejercicio profesional

6- Además, que la valoración ordenada por psicología, los exámenes paraclínicos y la ecografía solicitados son parte de los protocolos en casos de interrupción voluntaria del embarazo.

7- Que el Dr. XX nunca negó de plano el no continuar con el proceso de atención de la paciente y que se puso en un plan de manejo que conforme a protocolos es obligatorio adelantar para estos asuntos.

8- Que la intención del Dr. XX era confirmar si el feto se encontraba vivo o muerto, lo cual cambiaría la conducta de interrupción voluntaria del embarazo en otra tendiente a lograr la expulsión natural de un feto muerto.

9- En lo que respecta al artículo 54 de la Ley 23 de 1981

Artículo 54. El médico se atenderá a las disposiciones legales vigentes en el país, y a las recomendaciones de la Asociación Médica Mundial, con relación a los siguientes temas:

6. Aborto.

Parágrafo primero. En caso de conflicto entre los principios o recomendaciones adoptadas por la Asociación Médica Mundial, y las disposiciones legales vigentes, se aplicarán las de la legislación colombiana.

10- Expresa la defensa del Dr. XX que se ha descontextualizado el alcance de las obligaciones de los profesionales de la salud en tratándose del tema de la interrupción voluntaria del embarazo.

Cita entonces el decreto No. 4444 de 2006, de diciembre 13, mediante el cual el Ministerio de Protección Social reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva. Y se refiere a su artículo 2, que dice a la letra:

Artículo 2°. Disponibilidad del servicio. La provisión de servicios seguros de Interrupción Voluntaria del Embarazo no constitutiva del delito de aborto, estará disponible en todos los grados de complejidad que requiera la gestante, en las instituciones prestadoras habilitadas para ello, de acuerdo con las reglas de referencia y contrarreferencia, y demás previsiones contenidas en el presente decreto.

Las Entidades Departamentales, Distritales y Municipales de Salud, en el ámbito de sus competencias, deberán garantizar que en la red pública de prestadores de servicios de salud de su jurisdicción, exista disponibilidad suficiente para garantizar el acceso real y la atención oportuna de las gestantes que requieran servicios de IVE en todos los grados de complejidad.

Las Entidades Promotoras de Salud, las Administradoras del Régimen Subsidiado, las Entidades Adaptadas, y las entidades responsables de los regímenes de excepción de que tratan el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 647 de 2001, deberán garantizar un número adecuado de proveedores habilitados para prestar los servicios de que trata el presente decreto y de acuerdo con sus disposiciones, de conformidad con lo previsto en el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad y las normas técnicas que para el efecto expida el Ministerio de la Protección Social.

Por eso, la defensa descarga la responsabilidad de disponibilidad de profesionales médicos que puedan actuar en la interrupción voluntaria del embarazo en las Entidades Promotoras de Salud.

11- Acto seguido dice que el profesional que hace uso del derecho de objeción de conciencia, tiene el deber de remitir a la paciente a otro profesional que se haga cargo del caso, solamente cuando se trata de paciente y médico particular. En caso contrario, si se acude al médico por la vinculación que se tenga con una EPS, en este caso Cosmitet EPS, era responsabilidad de esta y no del médico solucionar el problema de disponibilidad médica.

Y como, según la defensa del encartado, esa institución no contaba

con la información precisa al respecto, no pudo poner el listado de disponibilidad al alcance del Doctor XX .

12- Acude entonces a la Resolución 1896 de 2001, la que adiciona la Guía Técnica y de Políticas para Sistemas de Salud de la OMS, acerca de la práctica del aborto sin riesgo, de 2003, en donde se mencionan aspectos como:

- a. Que las entidades deben garantizar un número adecuado de proveedores del servicio de interrupción voluntaria del embarazo.
- b. Que la provisión de este servicio de IVE debe realizarse en lo posible dentro de los siguientes cinco días a la solicitud.
- c. Previo el consentimiento informado de la gestante.
- d. Y la presentación del certificado médico o de la denuncia penal..... so pena de las sanciones respectivas.
- e. Las EPS deben individualizar de antemano a las IPS donde se encuentren profesionales habilitados para IVE.
- f. No se permite que la demora en los trámites haga que el transcurso del tiempo corra en contra de los derechos fundamentales de la mujer.

Y dice que el Dr. XX no tenía la lista de disponibilidad y que al remitir la paciente a Cosmitet, esta entidad se negó a interrumpir el embarazo, basado en la objeción de conciencia del médico acusado.

13- Apela de nuevo al Decreto 4444 de 2006, respecto de la objeción de conciencia:

Artículo 5°. De la objeción de conciencia. Con el fin de garantizar la prestación del servicio público esencial de salud, evitar barreras de acceso y no vulnerar los derechos fundamentales protegidos por la Sentencia C-355 de 2006, la objeción de conciencia es una decisión individual y no institucional, que aplica exclusivamente a prestadores directos y no a personal administrativo.

14- Remite a jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional (Sentencia C-355 de 2006), en donde se niega el derecho de objeción de conciencia a las personas jurídicas, cualquiera que sea su denominación.

15- Manifiesta su inconformismo con el fallo del tribunal de primera instancia, cuando considera que el condenado sí vulneró parámetros legales establecidos, pues era su deber actuar en la IVE, por el antecedente violación de la enferma y que no debió exigir exámenes de laboratorio tendientes a demostrar el embarazo de la paciente, pues ya existían dos ecografías demostrándolo.

A este respecto dice la Dra. Chica que el ordenar los nuevos exámenes, la valoración psicológica y una nueva ecografía no fue una actividad dilatoria, sino una actitud responsable y ajustada a la norma.

Termina afirmando que los exámenes clínicos y paraclínicos, así como la valoración psicológica eran indispensables para no colocar a la madre y a su producto gestacional en peligro y tacha al fallo de “ilógico”.

16- Añade la defensa que la valoración por psicología era importante para conocer lo que pensaba la menor, pues “el paciente debe ser tratado como un todo y no tratado como un objeto”

Dice además que la madre (con todo y su retardo mental), tenía la inclinación a proteger la criatura que llevaba en su vientre.

17- Afirma que en caso de consentimiento de menores e incapaces se debe tener un criterio especial y cuidadoso, ya que “se ha reconocido que una cosa es la capacidad legal para tomar decisiones y otra muy distinta es el derecho a que se respete la autonomía como concepto inherente a todo ser humano”.

Menciona varias sentencias al respecto.

18- Luego de otras disquisiciones, se refiere a la proporcionalidad de la pena, la cual considera excesiva en un científico de las características del Dr . XX , quien se atuvo a las normas éticas de manera estricta.

19- Acusa a los tribunales de arbitrariedad en la aplicación de la pena y recuerda al Tribunal Nacional de Ética Médica (de una manera más bien displicente) la garantía constitucional de la prohibición de la reformatio in pejus.

20- Por último, solicita la nulidad de lo actuado, pues según ella a su cliente se le negó la posibilidad de investigar y consultar, por parte del tribunal de primera instancia, a los ginecólogos de Cosmitet que se hallaban en capacidad practicar la IVE en el momento.

21- Adicionalmente, acusa al tribunal de primera instancia de olvidar principios procesales como la investigación integral, contradicción y derecho a la defensa, como parte del debido proceso.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

1- Dice la Defensa que la Historia Clínica realizada el 11 de Enero de 2008 en la atención suministrada a la menor “...” es un documento producto de una actividad médica atípica, puesto que la paciente no se deja examinar del médico, por lo cual es imposible dejar evidencia del examen físico en la historia. Por eso no entiende por qué el Tribunal seccional exige que ese documento tenga de forma sacramental (SIC) cada uno de los requisitos exigidos por la norma en cuanto a su diligenciamiento.

Para comenzar se pregunta este Tribunal Nacional: ¿CUALES SON LAS ACTIVIDADES MÉDICAS ATÍPICAS?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La Historia Clínica tiene importancia desde varios puntos de vista:

-Asistencial, pues sus notas permiten que el paciente pueda continuar su tratamiento aun si falta el médico que lo inició.

-Docente

-Investigativo

-Social

-Control de calidad

-Administrativo

-Médico Legal. En este aspecto se plasman hechos como la justificación de los procedimientos, los exámenes practicados (clínicos y de laboratorio), la responsabilidad tanto de pacientes como de médicos que intervengan en su tratamiento y en general todas las pruebas escritas de las formas de tratamiento y su respuesta individual en cada enfermo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el Eclesiástico aparece una cita interesante:

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

Por lo tanto, como dice Laín Entralgo, es una relación que presenta varios aspectos: interhumano, de ayuda y técnico, mediante los cuales el médico puede ofrecer una de tres opciones: consejo en la toma de una decisión, educación y asistencia médica.

De acuerdo con este mismo autor, la dinámica de esta relación tiene varios momentos: Afectivo (Amistad entre el médico y su paciente), Cognoscitivo (Diagnóstico) y Operativo (Terapéutica), regidos por una serie de normas éticas y en un contexto histórico-social.

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

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

- 1-Secreto Profesional
- 2-Información adecuada y consentimiento
- 3-Obligación de conocimiento
- 4-Obligación de diligencia y técnica
- 5-Continuidad en el tratamiento
- 6-Asistencia y consejo
- 7-Certificación de la enfermedad y del tratamiento efectuado

Respecto del acto médico institucional, esta forma de relación puede ser de varios tipos:

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

Aunque en estos casos el paciente no busca voluntariamente al médico, se somete a ser atendido por quien se encuentra de turno o llamada. Esto no descarta la relación contractual entre el médico y el enfermo, sino que más bien involucra a un tercero: La institución prestadora de servicios, quien paga al médico por su trabajo y debería garantizar al enfermo la mejor atención posible.

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

Por lo anterior, el acto médico en sus diversas variedades, siempre es un acto típico: Un paciente y un médico. Que el paciente sea de otra raza, condición o que padezca miles de enfermedades diferentes no lo desvirtúa de su principal característica: PACIENTE. Y que un médico pertenezca a una institución, que se encuentre en la lista de una EPS o que ejerza en un consultorio particular a pago directo, no le quita su esencia: MÉDICO.

Respecto de lo que la defensa llama “forma sacramental”, no se admite su argumento. Las historias clínicas tienen estructuras básicas similares que deben completarse. pero de acuerdo con las características del enfermo, las condiciones de cada enfermedad y las mismas condiciones del entorno, podrán consignarse los detalles relevantes para cada caso singular.

2- Crítica la posición del tribunal seccional de afirmar que el médico XX tenía la obligación de consignar en la Historia Clínica que los padres de la menor no le presentaron la denuncia. La defensa considera que no es aceptable porque el profesional solo deja consignado lo que a él le mencionan.

La defensora debe recordar que en la sentencia C-355 de 2006, la Corte Constitucional consideró que la interrupción del embarazo en los siguientes eventos no constituye el delito de aborto:

- a) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico.
- b) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico.
- c) cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

Cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas o de incesto, basta con la presentación de la denuncia ante la autoridad competente para que las entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud autoricen la realización del aborto. La solicitud de cualquier otro requisito, en el evento descrito, constituye un obstáculo al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

3- Dice que la no presentación de la denuncia no es el motivo para no practicar el aborto, pues este es un hecho accidental y que no tiene ninguna relevancia frente a lo sucedido.

La presentación de la denuncia SÍ es motivo para proceder con la IVE.

Se recuerda de nuevo a la defensora que en algunos apartes de las pocas sentencias relacionadas con el tema se ha dicho:

“...Ahora bien, dada la importancia que para el caso que ocupa la atención de la Sala en la presente ocasión tiene la situación de la mujer que ha sido víctima de acceso carnal violento, no consentido o abusivo, estima la Sala pertinente extenderse un poco más sobre las consideraciones realizadas por la Sentencia C-355 de 2006 en punto a este asunto, las cuales también se relacionan de modo inescindible con la parte resolutive de la referida providencia. En relación con este tópico, manifestó la Corte con toda nitidez, que en aquellos eventos en

los cuales el embarazo surgía a partir de una conducta “constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, así como de incesto,” se exigía como único requisito para practicar el aborto inducido que el hecho punible “haya sido debidamente denunciado ante las autoridades competentes.” De inmediato, subrayó la Corporación cómo cualquier regulación legal en tal sentido no debía significar la imposición de cargas desproporcionadas para la mujer gestante y brindó algunos ejemplos.

Dijo la Corporación en relación con lo anterior, que en caso de violación no se podía exigir ni “evidencia forense de penetración sexual” ni tampoco “pruebas que avalen que la relación sexual fue involuntaria o abusiva.”

Acentuó, de otra parte, que resultaba inadmisibles “requerir que la violación se confirmará a satisfacción del juez” o que se exigiera como requisito para practicar el aborto inducido que el oficial de policía ante quien se instaura la denuncia estuviese “convencido de que la mujer fue víctima de una violación.” Enfatizó, del mismo modo, que no se podía “exigir que la mujer debía previamente obtener permiso, autorización, o notificación, bien del marido o de los padres.” Subrayó, por demás, que los anteriores supuestos los presentaba a manera de ilustración y por tanto no constituían las únicas hipótesis “en la cuales resultaba claramente desproporcionada la sanción penal del aborto”.

Insistió la Corte en que penalizar la interrupción del embarazo bajo los supuestos descritos de acceso carnal violento, no consentido o abusivo significaba a todas luces una grave vulneración de los derechos constitucionales fundamentales de la mujer víctima de ese delito, motivo por el cual no podía bajo tales circunstancias dársele primacía a la vida del nasciturus. Acentuó la Corte lo siguiente en relación con la protección de la vida en el ordenamiento constitucional colombiano:

“En efecto, la importancia de la vida como bien constitucionalmente protegido y el correlativo deber de protección a cargo del Estado

imponen al Legislador la adopción de medidas de protección de índole normativa. Así, en la sentencia C-309 de 1997 sostuvo esta Corporación:

‘La Carta no es neutra entonces frente a valores como la vida y la salud sino que es un ordenamiento que claramente favorece estos bienes. El Estado tiene entonces un interés autónomo en que estos valores se realicen en la vida social, por lo cual las autoridades no pueden ser indiferentes frente a una decisión en la cual una persona pone en riesgo su vida o su salud. Por ello el Estado puede actuar en este campo, por medio de medidas de protección, a veces incluso en contra de la propia voluntad ocasional de las personas, con el fin de impedir que una persona se ocasione un grave daño a sí mismo. Las medidas de protección no son entonces incompatibles con la Carta. Sin embargo, ello no significa que cualquier medida de esta naturaleza sea admisible, puesto que, en ocasiones, el Estado o la sociedad, con el argumento de proteger a la persona de sí misma, terminan por desconocer su autonomía. Por ello la Corte, al reconocer la posibilidad de estas medidas, había sido muy cuidadosa en señalar que éstas perdían toda legitimidad constitucional cuando se convertían en políticas “perfeccionistas”, esto es, “en la imposición coactiva a los individuos de modelos de vida y de virtud contrarios a los que ellos profesan, lo cual obviamente contradice la autonomía, la dignidad y el libre desarrollo de la persona, fundamentos esenciales de nuestro ordenamiento jurídico’.”

Como se desprende de lo expuesto, la Corte Constitucional fue muy clara en establecer que la protección del valor de la vida del nasciturus en el ordenamiento constitucional debe efectuarse sin detrimento de los derechos constitucionales de la mujer gestante. Cualquier medida de protección debe ser proporcionada y, en tal sentido, no puede traducirse en una carga excesiva y arbitraria para los derechos de la mujer gestante o en una medida perfeccionista que atente contra su dignidad, su autonomía o contra el libre desarrollo de su personalidad. Por ese motivo, en caso de configurarse acceso carnal violento, sin

consentimiento o abusivo el único requisito exigible para efectuar el aborto inducido es que tal hecho punible “haya sido debidamente denunciado ante las autoridades competentes.” Justo en esa misma línea de argumentación, resaltó la Corte que debía considerarse inadmisibles cualquier regulación legal tendiente a exigir cargas desproporcionadas que dejaran sin protección a la mujer gestante.

4- Tampoco es cierto que el doctor XX tenía el deber de plasmar las razones para no practicar el aborto.

En este aspecto es obvio que sí las tenía. Se insiste en varios puntos jurisprudenciales:

No se puede negar u ocultar información sobre los derechos de la gestante en materia de IVE, ni coartar su voluntad para persuadirla de su decisión. Tampoco se puede negar información sobre opciones terapéuticas y de manejo diferentes a la IVE, para el caso específico, si las hay.

Se debe brindar a la gestante la orientación necesaria y referirla inmediatamente a un prestador/a no objetor/a entrenado/a y dispuesto/a dentro de la misma institución o a otra de fácil acceso que garantice la atención.

Cuando el/la objetor/a es el único/a profesional con capacidad de brindar el servicio y/o no sea posible la referencia oportuna a un/a prestador/a no objetor/a, o cuando esté en inminente riesgo la vida de la gestante, debe realizar el procedimiento de IVE en cumplimiento de la obligación última del/a prestador/a de proteger la vida o la salud de la mujer.

Se debe respetar la confidencialidad de la identidad de la gestante que manifiesta su voluntad de IVE.

Lo anterior sin perjuicio de que posteriormente los Tribunales de Ética Médica puedan determinar si la objeción de conciencia era procedente y pertinente”.

Un mal ejercicio de la objeción de conciencia es que el médico, médica o demás personal de salud le exprese a la mujer que ha decidido una IVE, sus opiniones personales con respecto al aborto, o la trate de disuadir de no realizarlo, debido a que estaría violando sus Derechos Humanos. En una investigación se encontró que sólo el 13% de los ginecólogos y ginecólogas no realizaría un aborto ni remitiría a la mujer a un servicio adecuado.

“Un proveedor actúa de manera contraria a la ética cuando retiene información sobre la disponibilidad legal de una opción de tratamiento frente al cual él tiene una objeción de conciencia personal”.

La objeción de conciencia es pública, nunca debe ser un secreto.

Además debe ser pasiva, es decir, se objeta para no hacer algo; nunca para actuar de forma activa.

“Ni el médico que no tiene objeción de conciencia puede presionar a una mujer para que aborte, ni uno con objeción de conciencia puede presionar a la mujer para que no aborte”.

5- Y la razón consignada en el punto 4 es que le informó a los familiares de la paciente que él (El Dr. XX) no practicaba abortos en su ejercicio profesional.

Este punto sí que no tiene relevancia legal. Lo que se requiere es que informe y consigne la objeción de conciencia por motivos religiosos, esencialmente. No filosóficos, intelectuales, profesionales, morales ni otros.

6- Además, que la valoración ordenada por psicología, los exámenes paraclínicos y la ecografía solicitados son parte de los protocolos en casos de interrupción voluntaria del embarazo.

Cuales protocolos? a parte Dice la OMS en 2003:

a. Análisis de laboratorio

En la mayoría de los casos, los profesionales sólo precisan la información obtenida y a través de la historia clínica y el examen físico para confirmar el embarazo y estimar su duración. Los análisis de laboratorio para corroborar el embarazo pueden no ser necesarios, a no ser que los signos típicos de gestación no estén claramente presentes y el profesional no esté seguro si la mujer está embarazada. Sin embargo, el hecho de realizar dichas pruebas no debe obstaculizar ni retrasar la evacuación uterina.

b. Ecografía

La exploración ecográfica no es necesaria para la realización de un aborto temprano (RCOG 2000). En lugares donde se encuentra disponible, la ecografía puede colaborar para la detección de un embarazo ectópico mayor de 6 semanas. En etapas tardías del embarazo, algunos profesionales encuentran esta tecnología de ayuda antes o durante el procedimiento abortivo. En aquellos lugares donde se utilice la ecografía, se deberá, si es posible, facilitar distintas áreas donde se puedan evaluar separadas aquellas mujeres que buscan un aborto de aquellas que reciben cuidados prenatales.

Y frente a dos resultados ecográficos que demostraban fehacientemente el embarazo de la menor, abusada sexualmente, con retardo mental severo, síndrome convulsivo, incontinencia fecal, etc., cuál era la necesidad de practicar otro examen de este tipo? O es que el Dr. XX no creyó en los resultados de sus colegas radiólogos.

7- Que el Dr. XX nunca negó de plano el no continuar con el proceso de atención de la paciente y que se puso en un plan de manejo que conforme a protocolos es obligatorio adelantar para estos asuntos.

El doctor XX en carta obrante a folio 96 del expediente, manifiesta a la directora de Cosmitet Ltda su no disposición a practicar la interrupción voluntaria del embarazo, con base en sus creencias religiosas, su desempeño profesional, su formación en valores éticos y cristianos desde el seno de su hogar, como también el hecho de haber cursado sus estudios de bachillerato en un seminario católico.

A este respecto el único argumento válido es su convicción religiosa, la cual se considera viable para respaldar la objeción de conciencia en estos casos.

8- Que la intención del Dr. XX era confirmar si el feto se encontraba vivo o muerto, lo cual cambiaría la conducta de interrupción voluntaria del embarazo en otra tendiente a lograr la expulsión natural de un feto muerto.

Este argumento resulta bastante pueril en el análisis del caso en cuestión.

Recordemos algunos apartes de las sentencias que hemos mencionado a lo largo de la presente providencia:

Sentencia T-988/07

(v) Conferir un amparo absoluto al valor de la vida del nasciturus hasta el punto de penalizar el aborto en caso de conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, así como de incesto, o cuando está en peligro la vida y la salud integral de la mujer gestante, equivale a permitir una intromisión estatal de magnitud desmesurada que se aparta por entero del mandato de proporcionalidad y razonabilidad, como han sido desarrollados estos principios por la jurisprudencia constitucional y desconoce las garantías que se desprenden a partir de la protección que se le confiere a los derechos de la mujer en el ámbito internacional de los derechos humanos.

...

Es preciso insistir en que a partir de lo establecido en la ratio decidendi de la sentencia C-355 de 2006, la protección del valor de la vida del nasciturus no puede hacerse equivalente al amparo que confiere el ordenamiento constitucional a los derechos de la mujer gestante. Cualquier medida que se adopte para amparar el valor de la vida del que está por nacer, debe evitar poner en entredicho el derecho

de la mujer gestante a su vida y a su salud integral; ha de impedir el desconocimiento del derecho de la mujer gestante a vivir libre de violencia, de humillaciones y de discriminación injustificada. Debe orientarse, en la Corte Constitucional. Sentencia T-307 de 1993: suma, a garantizar la protección de la dignidad humana de la mujer gestante, su libertad e integridad física y psíquica.

...

Tal como lo manifestó la Corte en la sentencia C-355 de 2006: en una hipótesis como la que se debate en el caso bajo examen no hay ni siquiera equivalencia entre el derecho no sólo a la vida, sino también a la salud propio de la madre respecto de la salvaguarda del embrión.” La Corporación fue muy clara en recordar que a partir de lo dispuesto en el ordenamiento constitucional colombiano no es factible derivar una obligación en cabeza de la mujer gestante a “asumir sacrificios heroicos y a ofrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general.”

9- En lo que respecta al artículo 54 de la Ley 23 de 1981, el Dr. XX no trasgredido la norma

Artículo 54. El médico se atenderá a las disposiciones legales vigentes en el país, y a las recomendaciones de la Asociación Médica Mundial, con relación a los siguientes temas:

1. Investigación biomédica en general.
2. Investigación terapéutica en humanos; aplicación de nuevas tecnologías, tanto con fines diagnósticos, tales como biopsias cerebrales, o bien con fines terapéuticos, como es el caso de algunos tipos de cirugía cardio-vascular y psicocirugía y experimentación en psiquiatría y sicología médica y utilización de placebos.
3. Transplante de órganos; organización y funcionamiento de bancos de órganos y tejidos, producción, utilización y procesamiento de sangre, plasma y otros tejidos.

4. Diagnóstico de muerte y práctica de necropsias.
5. Planificación familiar.
6. Aborto.
7. Inseminación artificial.
8. Esterilización humana y cambio de sexo.
9. Los demás temas de que se ocupen las disposiciones legales vigentes sobre la materia o las recomendaciones de las asambleas de la Asociación Médica Mundial.

Parágrafo primero. En caso de conflicto entre los principios o recomendaciones adoptadas por la Asociación Médica Mundial, y las disposiciones legales vigentes, se aplicarán las de la legislación colombiana.

Aquí es claro que el médico XX , violó el estatuto ético en el ordinal 6. La Asociación Médica Mundial es respetuosa de las disposiciones de cada país en particular. Y es clara en indicar, como se plasma en la Ley 23 de 1981, que lo que decida la Ley y las normas en Colombia, debe ser obedecido por todos, especialmente por los médicos.

No se trata de analizar si al Dr. XX le gustaba o no la disposición. Para eso tenía la oportunidad de objetar en conciencia. Pero debía someterse a la disposición legal por encima de sus convencimientos personales.

10- Expresa la defensa del Dr. XX que se ha descontextualizado el alcance de las obligaciones de los profesionales de la salud en tratándose del tema de la interrupción voluntaria del embarazo.

Cita entonces el decreto N 4444 de 2006, de diciembre 13, mediante el cual el Ministerio de Protección Social reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva. Y se refiere a su artículo 2, que dice a la letra:

Artículo 2°. Disponibilidad del servicio. La provisión de servicios seguros de Interrupción Voluntaria del Embarazo no constitutiva del delito de aborto, estará disponible en todos los grados de complejidad que requiera la gestante, en las instituciones prestadoras habilitadas para ello, de acuerdo con las reglas de referencia y contrarreferencia, y demás previsiones contenidas en el presente decreto.

Las Entidades Departamentales, Distritales y Municipales de Salud, en el ámbito de sus competencias, deberán garantizar que en la red pública de prestadores de servicios de salud de su jurisdicción, exista disponibilidad suficiente para garantizar el acceso real y la atención oportuna de las gestantes que requieran servicios de IVE en todos los grados de complejidad.

Las Entidades Promotoras de Salud, las Administradoras del Régimen Subsidiado, las Entidades Adaptadas, y las entidades responsables de los regímenes de excepción de que tratan el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 647 de 2001, deberán garantizar un número adecuado de proveedores habilitados para prestar los servicios de que trata el presente decreto y de acuerdo con sus disposiciones, de conformidad con lo previsto en el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad y las normas técnicas que para el efecto expida el Ministerio de la Protección Social.

Por eso, la defensa descarga la responsabilidad de disponibilidad de profesionales médicos que puedan actuar en la interrupción voluntaria del embarazo en las Entidades Promotoras de Salud.

Aunque esta responsabilidad es compartida, puesto que tanto el médico como la institución pueden ser responsables de obstruir las órdenes legales del sistema jurídico, el médico no puede descargarse en la institución de salud, pues la responsabilidad también lo cobija.

Respecto a la descontextualización en el alcance de las obligaciones de los profesionales de la salud en tratándose de la IVE, consideramos que esta es una apreciación de la defensa de XX . No sabemos en qué basa su afirmación o si se fundamenta en estudios de un número

estadísticamente significativo de médicos nacionales o simplemente habla en lenguaje popular, “en nombre de todos los médicos colombianos”, o en nombre de un grupo de galenos conocidos, o en nombre de alguna institución sería que los agrupe.

Pero hablar ex cátedra de una “descontextualización” no parece adecuado, lógico ni mucho menos científico.

11- Acto seguido dice que el profesional que hace uso del derecho de objeción de conciencia, tiene el deber de remitir a la paciente a otro profesional que se haga cargo del caso, solamente cuando se trata de paciente y médico particular. En caso contrario, si se acude al médico por la vinculación que se tenga con una EPS, en este caso Cosmitet EPS, era responsabilidad de esta y no del médico solucionar el problema de disponibilidad médica.

Y como, según la defensa del encartado, esa institución no contaba con la información precisa al respecto, no pudo poner el listado de disponibilidad al alcance del Doctor XX .

Esta superioridad se pregunta al respecto: Y es que la menor no era paciente del médico XX ? Con un poco de compasión humana, ya que no la demostró en el campo médico, y obedeciendo a la Ley, no podía haber efectuado dos llamadas telefónicas?

Aquí desconoce la defensa un hecho fundamental plasmado en los hechos del caso:

El 19 de marzo de 2009, el tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas recibe otra comunicación de la dirección médica de Cosmitet, esta vez representada por la doctora Sonia Durán, quien haciendo gala de una lamentable ortografía, afirma que el ciudadano XX ya había enviado al juzgado respectivo su objeción de conciencia y que la empresa Cosmitet no le consultó a los demás especialistas pues el juez “falló a favor de no realizar el aborto” y que incluso “el Doctor John Jairo Castro lo realiza en estos casos de despenalización en la empresa sin objeción de conciencia. pero con el fallo del Juez de primera

instancia se suspendió el proceso. En ese entonces, los ginecólogos con quienes se tubo (SIC) relación contractual fueron: Doctor Pablo Valencia, Doctor XX , John Jairo Castro (Sin el doctor. la anotación es nuestra). No estaban las doctoras María del Pilar, XX y Liliana Dávila”. Por ultimo afirma que la empresa tiene contrato en todo el departamento con toda la RED pública, y en la ciudad de Manizales, con el Hospital Santa Sofía.

Era muy difícil llegar al conocimiento de estos hechos y de la disponibilidad de personal capacitado para la interrupción voluntaria del embarazo? No parece adecuado el argumento de transmitir la responsabilidad a la empresa Cosmitet, aunque esta sea también partícipe del no acatamiento de la norma constitucional.

Respecto a si se trataba de paciente particular o no, esto no es relevante. A pesar de la curiosa consideración de acto médico atípico que plantea la defensa al comienzo de su apelación, la menor embarazada era paciente del Dr. XX . Y no porque la consulta fuera pagada por el bolsillo de la familia la haría entonces más digna del profesionalismo del médico condenado en primera instancia. Los pacientes son pacientes y el médico que los atiende, sin clasificar su denominación, sigue siendo el responsable de su bienestar. O es que el atributo de “particular” compra con los honorarios directos algo más profesionalismo y calidad?

12- Acude entonces a la Resolución 1896 de 2001, la que adiciona la Guía Técnica y de Políticas para Sistemas de Salud de la OMS, acerca de la práctica del aborto sin riesgo, de 2003, en donde se mencionan aspectos como:

- a. Que las entidades deben garantizar un número adecuado de proveedores del servicio de interrupción voluntaria del embarazo.
- b. Que la provisión de este servicio de IVE debe realizarse en lo posible dentro de los siguientes cinco días a la solicitud.
- c. Previo el consentimiento informado de la gestante.

- d. Y la presentación del certificado médico o de la denuncia penal.....
so pena de las sanciones respectivas.
- e. Las EPS deben individualizar de antemano a las IPS donde se
encuentren profesionales habilitados para IVE
- f. No se permite que la demora en los trámites haga que el transcurso
del tiempo corra en contra de los derechos fundamentales de la
mujer.

Y dice que el Dr. XX no tenía la lista de disponibilidad y que al remitir la paciente a Cosmitet, esta entidad se negó a interrumpir el embarazo, basado en la objeción de conciencia del médico acusado.

Este argumento tampoco es de recibo por este Tribunal Nacional y remitimos al punto 18 de estas consideraciones respecto de la apelación. (verse adelante)

Además, dice la Sentencia T-988/07

“...9.- De lo expresado en líneas precedentes se sigue que, en relación con la práctica del aborto inducido en los casos que fueron despenalizados por la sentencia C-355 de 2006, el deber de las autoridades públicas - y de los particulares que actúan en esa calidad, como ocurre con las Empresas Promotoras de Salud -, consiste en remover los obstáculos que impidan a la mujer gestante acceder a los servicios de salud en condiciones de calidad y seguridad de modo que se protejan en debida forma sus derechos sexuales y reproductivos. Las autoridades públicas y los particulares que obran en esa calidad no sólo están obligados a evitar actuaciones discriminatorias sino a promover las condiciones para que sea factible respetar los derechos constitucionales fundamentales de la mujer gestante...”

13- Apela de nuevo al Decreto 4444 de 2006, respecto de la objeción de conciencia:

Artículo 5°. De la objeción de conciencia. Con el fin de garantizar la prestación del servicio público esencial de salud, evitar barreras de

acceso y no vulnerar los derechos fundamentales protegidos por la Sentencia C-355 de 2006, la objeción de conciencia es una decisión individual y no institucional, que aplica exclusivamente a prestadores directos y no a personal administrativo.

Este argumento soporta aun más el análisis de lo que debe plasmarse como objeción de conciencia.

14- Remite a jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional (Sentencia C-355 de 2006), en donde se niega el derecho de objeción de conciencia a las personas jurídicas, cualquiera que sea su denominación el Tribunal Nacional de Ética Médica está de acuerdo con el contenido respectivo. Pero no es un gran soporte del recurso de alzada, pues el Dr. XX es persona natural.

15- Manifiesta su inconformismo con el fallo del tribunal de primera instancia, cuando considera que el disciplinado sí vulneró parámetros legales establecidos, pues era su deber actuar en la IVE, por el antecedente de violación de la enferma y que no debió exigir exámenes de laboratorio tendientes a demostrar el embarazo de la paciente, pues ya existían dos ecografías comprobándolo.

A este respecto dice la Dra. Chica que el ordenar los nuevos exámenes, la valoración psicológica y una nueva ecografía no fue una actividad dilatoria, sino una actitud responsable y ajustada a la norma.

Termina afirmando que los exámenes clínicos y paraclínicos, así como la valoración psicológica eran indispensables para no colocar a la madre y a su producto gestacional en peligro y tacha al fallo de “ilógico”.

No se acepta este análisis de la actitud de Dr. XX . Es claro para este Tribunal Nacional que una tercera ecografía obstétrica es una táctica dilatoria en el proceso de solución del problema de esta niña, quien no solo fue víctima de la adversidad al nacer con su retardo mental, sino de la ilegalidad reinante en muchas áreas de la sociedad al ser violada por persona conocida (y de quien se supone también posee

algunas condiciones y valores morales que jamás lo detuvieron en su miserable acción delictiva) y además de la indolencia de un profesional que basado en argumentos muy débiles permite añadir otro motivo de preocupación, dolor y problema familiar en la vida de una inocente quien parece ser víctima de todas las posibles maldiciones vitales.

Traemos a nuestro análisis algunos apartes jurisprudenciales más:

Sentencia T-988/07

27.- La Entidad Promotora de Salud SaludCoop hizo depender la interrupción del embarazo en una mujer limitada física, psíquica y sensorialmente - quien fue víctima de acceso carnal sin consentimiento y abusivo -, de formalidades imposibles de cumplir, como lo son, de una parte, la existencia de sentencia de interdicción judicial y, de otra, el examen psicológico para constatar que el acceso carnal no fue consentido. Al hacerlo, incurrió la entidad demandada en una practica que a la luz de las circunstancias del caso concreto resulta arbitraria y desproporcionada y desconoció, además, la ratio decidendi contenida en la sentencia C-355 de 2006.

En el caso analizado, la joven no solo fue víctima de violación sino que resultaba a todas luces evidente que la circunstancia del embarazo con las limitaciones físicas, psíquicas y sensoriales que caracterizan su discapacidad, contribuían a empeorar su situación y a desmejorar de modo considerable su calidad de vida.

Dice en la misma sentencia la madre de la víctima:

“...Como quiera que mi hija es una persona con retardo psico-motor severo, se encuentra en estado de embarazo, según se observó en la ecografía practicada y este embarazo fue producto de un acceso carnal violento el cual ya fue puesto en conocimiento de la autoridad competente, solicito de manera respetuosa realice los trámites pertinentes para que a mi hija se le practique a la mayor brevedad posible la interrupción de su embarazo, tal como lo ha establecido la H. Corte Constitucional en pronunciamientos recientes./ Es claro, que

en las condiciones en que se produjo el embarazo y el estado físico y mental de mi hija, tal situación es imposible que siga su curso, reitero a Usted mi petición, para que finalmente las consecuencias no sean más funestas y gravosas para la salud de mi hija, además del riesgo y eventuales secuelas que puede provocarse en el bebé. (...)”

16- Añade la defensa que la valoración por psicología era importante para conocer lo que pensaba la menor, pues “el paciente debe ser tratado como un todo y no tratado como un objeto”

Dice además que la madre (con todo y su retardo mental), tenía la inclinación a proteger la criatura que llevaba en su vientre.

Respecto a la valoración por psicología, este fue un exabrupto intelectual, pues reveló meses después lo que ya un médico con mínimos conocimientos en síndrome de retardo mental debe poseer. Y repetimos parte de los hechos mencionados al comienzo de esta providencia.

Se anota que esta paciente, además de su retardo mental por síndrome de Prader Willi, era epiléptica desde la infancia, con episodios de incontinencia fecal y marcada dependencia de sus familiares por incapacidad severa que le impedía realizar actos de elemental complejidad. Incluso de acuerdo con la innecesaria valoración psicológica ordenada por el profesional XX, la paciente presenta episodios de autoagresión, aislamiento del medio, vocabulario restringido, incapacidad para emitir cierto número de sonidos, alteraciones de sensopercepción, marcha y equilibrio alterado, paratonía y trastornos del sueño. Además, trastornos de conciencia, desorientación temporoespacial, déficit de atención, ausencia de concentración, ausencia de abstracción, cambios bruscos del estado de ánimo, agresividad, angustia y falta de actitudes mínimas de cuidado personal.

Qué más necesitaba saber el galeno respecto de una enferma con retardo mental avanzado? En este aspecto denota una deplorable falta de conocimientos médicos o una oscura intención de retardar el proceso

de interrupción voluntaria del embarazo, la cual tuvo éxito pues llevó a extremos de tiempo que obligaron a la ulterior atención del parto, colocándose en contravía de lo ordenado por la Corte Constitucional y con una serie de conductas que desvirtúan cualquier presunción de buena fe por parte del médico encartado.

Respecto de la protección a la criatura en el vientre de la menor, esta es una actitud instintiva que se encuentra incluso en otras especies animales, aunque estas no posean capacidad como la humana. Y ello no implica una mejoría en el estado de alteración intelectual y mental propio del síndrome de Pradder Willi. Es simple y llanamente instinto básico, nada más

Se recuerda a la defensa que Retraso o retardo mental es la disminución de la capacidad intelectual, respecto de niños o personas de la misma edad con desarrollo normal.

Sentencia T-988/07

29.- No cosa distinta se desprende del respeto por la dignidad humana contenido en el artículo 1º de la Constitución Nacional. La garantía de la dignidad humana cumple un papel muy importante en el contexto de la Constitución de 1991 y se convierte en uno de los hilos conductores para la interpretación de los preceptos constitucionales. En la sentencia T-881 de 2002 se refirió la Corte en extenso a esta temática y fijó la naturaleza jurídica del derecho a la garantía de la dignidad humana en el marco de la Constitución Nacional así como las consecuencias normativas de su determinación. En la sentencia C-355 de 2006 hizo eco la Corte:

...

“ A pesar de su distinta naturaleza funcional, las normas deducidas del enunciado normativo dignidad humana -el principio constitucional de dignidad humana y el derecho fundamental a la dignidad humana- coinciden en cuanto al ámbito de conductas protegidas. En efecto, ha sostenido esta Corporación que en aquellos casos en los cuales se

emplea argumentativamente la dignidad humana como un criterio relevante para decidir, se entiende que ésta protege: (i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).”

(...)

“La dignidad humana asegura de esta manera una esfera de autonomía y de integridad moral que debe ser respetada por los poderes públicos y por los particulares.

17- Afirma que en caso de consentimiento de menores e incapaces se debe tener un criterio especial y cuidadoso, ya que “se ha reconocido que una cosa es la capacidad legal para tomar decisiones y otra muy distinta es el derecho a que se respete la autonomía como concepto inherente a todo ser humano”

Menciona varias sentencias al respecto.

Para comenzar el estudio de este argumento de la defensa, mencionemos de nuevo la Sentencia T-988/07.

36.- También, advertirá la Sala a la E. P. S. SALUDCOOP que no puede poner obstáculos de orden formal ni hacer exigencias irrelevantes o imposibles de cumplir cuando se solicite la interrupción de embarazo en mujer discapacitada - limitada física, psíquica y sensorialmente e imposibilitada para manifestar libre y directamente su consentimiento - que ha sido víctima de acceso carnal sin consentimiento, violento o abusivo. En ese mismo orden, le recordará que, bajo este supuesto, la solicitud de interrupción del embarazo deben poder efectuarla los padres de la mujer discapacitada u otra persona que actúe en su nombre sin requisitos formales adicionales al denuncia.

Nos permitimos recordar algo sobre la incapacidad jurídica.

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

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

--- DE GOCE. Lo tienen todas las personas por el hecho de ser personas. Es la aptitud para ser sujeto de derechos y poder contraer obligaciones

--- DE EJERCICIO. Es la aptitud para ejercer los derechos y contraer obligaciones por sí mismo sin que nadie lo represente. No todas las personas pueden ejercer sus derechos por sí mismos.

Aptitud de una persona para ser titular de derechos y para ejercerlos. Es un atributo de la personalidad. Es la regla. Por lo tanto, quien alegue incapacidad deberá demostrarla.

Art. 1503.- Toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces.

Para que una persona se obligue con otra exige la capacidad y el consentimiento pleno para la persona que se obliga. Crítica: Excluye los contratos bilaterales pues en estos se obligan las dos partes.

Hay dos tipos de capacidad: Capacidad General (de Goce, Jurídica o de Adquisición) y Capacidad de Ejercicio (Legal o de Obrar).

Capacidad de Goce o Capacidad general se denomina como tal porque la tenemos todos por el hecho de existir. Las personas son sujetos de

obligaciones y derechos. No puede ser patrimonio de unas personas sino de todas las personas. Lo único que requiere es que la criatura nazca, se separe del vientre materno y viva siquiera un instante, para que se le adjudique la Capacidad General de Goce. Art 90 del CCC.

Art. 90.- La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.

La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás.

Art. 93.- Los derechos que se diferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron.

En el caso del inciso del artículo 90 pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido.

Pero estas personas no pueden contraer obligaciones o ejercer derechos por sí mismas sino por autorización de la ley o representante legal.

Capacidad de Ejercicio o Legal, obrar, negociar, de ejercicio: La tienen todas las personas que cumplen con los requisitos que exija la ley. Al adquirir la mayoría de edad se adquiere la capacidad de ejercicio, de obrar, de celebrar contratos y obligarse.

Frente a la capacidad de ejercicio se presentan las incapacidades, que son la excepción. En realidad no existe incapacidad de adquisición, porque el solo hecho de ser persona confiere capacidad de goce.

La incapacidad, entonces, solo afecta la Capacidad de Ejercicio. Porque los incapaces absolutos tienen un sinnúmero de derechos. Un demente puede ser propietario de un campo fértil, pero no lo puede enajenar por sí mismo.

Partiendo de la base que solo hay incapacidad Legal o de Ejercicio y no de Goce o General, hay ciertas personas que están incluidas en la norma pero que no tienen capacidad para celebrar ninguna clase de contratos, pues todos los actos que celebren producen nulidad absoluta.

Puede ser absoluta, relativa, particular y convencional.

Art. 1504.- Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos, que no pueden darse a entender por escrito.

Sus actos no producen ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución.

Inc. 3o.- Modificado. Decreto 2820 de 1974, Art. 60. Son también incapaces los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad y los disipadores que se hallen bajo interdicción. Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.

Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.

I. INCAPACIDAD ABSOLUTA

Los actos de los incapaces absolutos no producen ni siquiera obligaciones naturales. Están inhabilitados para ejercer sus derechos en forma legal, pues no pueden expresar su consentimiento de manera libre y con conocimiento de causa.

1. DEMENTES.

Es demente aquel que se encuentra privado de la razón, es decir, que impida su discernimiento (No en sentido técnico médico). Pero los dementes incapaces son solamente aquellos declarados interdictos por sentencia judicial. Por ejemplo, el loco Procomio vende su casa a un tercero. Este contrato es válido. Y aún si es declarado interdicto por

sentencia judicial, pero dicha sentencia no se ha hecho colocar en el registro de sus bienes muebles y en la autoridad de tránsito en la hoja de cada carro, el contrato sigue siendo válido. Es decir, la sentencia judicial no solo se refiere a los dementes o locos, sino los que tienen problemas mentales de otra índole. Y la solicitud de interdicción la hacen los parientes o el agente del Ministerio Público (Personero Municipal en este caso).

Sufre alteración mental que afecta su capacidad de entendimiento y su capacidad volitiva. No todas las enfermedades mentales afectan la capacidad de entendimiento, conocimiento y voluntad.

Cuando hay negocio jurídico antes de declararse la interdicción por demencia, de acuerdo con el 553 del CC, serían válidos. Pero tiene la afección mental en el momento de declarar el negocio. Y se debe probar entonces para pedir la nulidad absoluta del acto. El problema es probatorio. El contrato se presume válido, pero al probar la demencia se solicita la declaratoria de nulidad.

Si es después de la declaratoria de interdicción solo tiene que probar que estaba interdicto.

En ambos casos el problema es probatorio. Y así se alegue que el momento de celebrar el contrato estaba lúcido, no lo acepta el juez.

Art. 545.- Inc. 1o. Subrogado. Ley 95 de 1890, Art. 8o.

El adulto que se halle en estado habitual de imbecilidad o idiotismo, de demencia o de locura furiosa, será privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos.

La curaduría del demente puede ser testamentaria legítima o dativa.

Art. 553.- Los actos y contratos del demente, posteriores al decreto de interdicción, serán nulos; aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido.

Y por el contrario, los actos y contratos ejecutados o celebrados sin

previa interdicción, serán válidos; a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente.

Art. 556.- El demente podrá ser rehabilitado para la administración de sus bienes si apareciere que ha recobrado permanentemente la razón; y podrá también ser inhabilitado de nuevo con justa causa.

Se observará en estos casos lo previsto en los artículos 543 y 544.

2. IMPUBERES.

Art. 34.- Llámase infante o niño, todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años, y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos. Las expresiones mayor de edad o mayor, empleadas en las leyes comprenden a los menores que han obtenido habilitación de edad, en todas las cosas y casos en que las leyes no hayan exceptuado expresamente a estos.

Nota: La habilitación de edad fue eliminada por la ley 27 de 1977 al establecerse en 18 años la mayoría de edad.

Es el varón menor de 14 años y la mujer menor de 12. Esto se tomó del Derecho Canónico, que afirma que la pubertad marca el derrotero de las personas.

El Legislador le reconoce la posesión de cosa mueble.

Art. 784.- Los que no pueden administrar libremente lo suyo, no necesitan de autorización alguna para adquirir la posesión de una cosa mueble, con tal que concurran en ello la voluntad y la aprehensión material o legal; pero no pueden ejercer los derechos de poseedores, sino con la autorización que competa.

Los dementes y los infantes son incapaces de adquirir por su voluntad la posesión, sea para sí mismos, o para otros.

3. SORDOMUDOS.

Pero solo aquellos que no puedan darse a entender por escrito. Pero no se requiere interdicción sino demostrar su condición.

En el momento en que la familia demuestre que el niño es sordomudo se debe acudir a la Ley para que le nombren un curador. Y no lo hace directamente el padre, porque la Ley debe estar segura de la idoneidad del curador. Esta es la curaduría de los sordomudos.

Se buscaba proteger al sordomudo, porque sus signos quedaban sujetos a la interpretación de alguien. Y además si no ha recibido comunicación del mundo exterior, en el proceso de evolución mental se va quedando atrasado por el aislamiento. Solo podía contraer matrimonio.

Pero se considero que violaba el principio de igualdad y en acción de tutela se determinó que el sordomudo que podía dar a entender su voluntad debía acertarse por medio de cualquier otro medio que no fuera escrito. Siempre y cuando sean signos claros e inequívocos de querer celebrado, el acto jurídico es válido.

Los actos jurídicos de los incapaces absolutos son nulos. O susceptibles de ser declarados nulos.

II. INCAPACIDAD RELATIVA

Son los menores adultos o púberes y los disipadores en interdicción judicial.

1. MENORES PUBERES

Hombres entre 14 y 18 años. Mujeres entre 12 y 18 años.

Pero son relativamente incapaces porque pueden celebrar actos con eficacia jurídica como: Contraer matrimonio, otorgar testamento, ser mandatario, ser empleado público, disponer libremente de su peculio profesional e industrial, celebrar contrato de aprendizaje laboral, ocuparse en actividades mercantiles, comprar ciertas cosas muebles, alquilar un puesto en lugares de espectáculos.

2. DISIPADOR O PRODIGO

Es aquel que dilapida su patrimonio.

Art. 534.- La disipación deberá probarse por hechos repetidos de dilapidación que manifiesten una falta total de prudencia.

El juego habitual en que se arriesguen porciones considerables del patrimonio; donaciones cuantiosas sin causa adecuada; gastos ruinosos, autorizan la interdicción.

Art. 542.- El disipador conservará siempre su libertad, y tendrá para sus gastos personales la libre disposición de una suma de dinero proporcionada a sus facultades y señalada por el juez o prefecto.

Sólo en casos extremos podrá ser autorizado el curador para proveer por sí mismo a la subsistencia del disipador, procurándole los objetos necesarios.

3. PERSONAS JURÍDICAS

III. INCAPACIDADES PARTICULARES.

Art. 1852-1853-1854

La ley establece unos tipos de incapacidad especial, en virtud de ciertas circunstancias:

La doctrina los ha clasificado así:

Por vínculos familiares

En virtud del cargo que se ocupa

Por seguridad interés del Estado Colombiano

IV. INCAPACIDADES LEGALES O CONVENCIONALES:

- **GUARDADORES EN GENERAL: CURADORES Y TUTORES:**
TUTOR: Protegen a los incapaces, representa a la persona del incapaz.

Debe vigilar su comportamiento como persona y de eso se deriva también la administración de su patrimonio.

CURADOR: Protegen a los incapaces, pero representa al patrimonio de la persona.

Por eso se nombra curador para aquellas personas que tienen problemas en la conservación de su patrimonio.

- **ALBACEAS, MANDATARIOS Y SINDICOS**

Mandatario; persona en virtud de un contrato de mandato otorgado por el mandante representa a este en un litigio o en proceso específico.

Albacea, persona que administra bienes de la masa sucesoral mientras son adjudicados, se nombra a través de testamento.

En lo que hace referencia al consentimiento, el Tribunal Nacional se permite recordar lo que ha decidido en varios casos relacionados con el tema:

CONSENTIMIENTO

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

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

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

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

1. El consentimiento solo puede ser otorgado por personas mayores de edad. El de los menores genera actos nulos (relativamente nulos o absolutamente nulos, dependiendo de la edad misma).
2. El consentimiento no puede provenir de personas consideradas por la ley como incapaces mentales.
3. El consentimiento debe expresarse ejerciendo la libertad individual. Por lo tanto, cuando se obtiene por la fuerza, genera un acto nulo o viciado de nulidad.
4. Debe existir concordancia entre lo querido y lo aceptado. Por lo anterior, el engaño y el error vician el consentimiento.

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

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

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

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

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

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

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

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

La información que se presente debe ser verdadera, clara, completa y discutida con el mismo. Esta información es un derecho esencial del paciente para poner en ejercicio su libertad. De lo contrario, al

presentar el médico una explicación errónea, falsa o malintencionada, no solamente se está faltando a un principio ético, sino está vulnerando la libertad de decisión del paciente.

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

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

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

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

Los vicios del consentimiento, de manera general, son el error, la fuerza y el dolo. Todo se basa en el concepto de acto jurídico, el cual debe poseer unos requisitos respecto de su objeto:

Cuales son los requisitos del objeto del acto jurídico.

1. Desde el punto de vista de su posibilidad: Art. 1518. Desde el punto de vista física y moral. Cuando un acto es físicamente imposible.

Física: La debemos enfocar desde el punto de vista de las leyes de la naturaleza.

Físicamente posible: Dar, hacer o no hacer.

Moral: Cuando choca con la moral. Debe tener dos condiciones la imposibilidad física del objeto: Absoluta, erga omnes y permanente. Esta imposibilidad faltaría cuando se convierte en relativa.

2. Desde el punto de vista de su determinación: Las cosas deben existir o que tengan posibilidad de existir: La determinación del objeto hace referencia a que no se confunda con otro.

Bienes de especie o cuerpo cierto: Aquellos bienes que podemos singularizar, individualizar o determinar.

Cuando estamos hablando de obligaciones de género. Determinar el objeto así sea de género.

El género cuando se cualifica es que se convierten en especie.

Cantidad.

18- Luego de otras disquisiciones, se refiere a la proporcionalidad de la pena, la cual considera excesiva en un científico de las características del Dr. XX , quien se atuvo a las normas éticas de manera estricta.

Para este Tribunal Nacional, el doctor XX no ha demostrado su calidad de profesional responsable de sus pacientes y solamente ha demostrado ser un desobediente de la Ley.

En un reciente artículo se dice lo siguiente respecto de la actitud del médico frente a la solicitud de aborto en casos generales (No teniendo ni siquiera en cuenta los casos determinados por nuestra Corte Constitucional), sino en casos de simple decisión de abortar de manera por demás ilegal en el momento.

Ante esta realidad, ¿cuál debe ser la actitud ética del médico? ¿Debe respetar y acatar el principio moral de autonomía de la paciente? ¿Es válido moralmente el aborto a la luz del principio de beneficencia, que es el que rige el actuar ético del médico?

Tres son las actitudes que puede asumir ante la solicitud de que se ponga fin al embarazo, por ser indeseado:

1. Actitud conservadora o de repulsa. La sola insinuación desencadena rechazo y pone fin a la consulta. La formación del médico actual, más aún si ha estado en contacto con la bioética, no se presta para postura tan radical. Quien actúa así es supérstite de una ética naturalista, cerrada, deshumanizada.

2. Actitud liberal o complaciente. Es la del médico condescendiente o abortador de oficio. Basta la solicitud de la mujer para proceder a ejecutar el aborto, sin importar las circunstancias que rodean el caso. Acceder al querer de su paciente sin ningún análisis o consideración previo, pone al descubierto a un profesional mercantilista, vacío de toda formación ética y actuando legalmente.

3. Actitud humana o paternalista. Es, sin duda, la más recomendable, pues se ciñe al espíritu médico, que no es otro que velar por los mejores intereses de nuestros pacientes, en este caso la mujer y su hijo en gestación. Alguien acude a nosotros en busca de ayuda y hay que proporcionársela en la mejor forma, según nuestro criterio técnico y ético. Es esa la misión del médico.

...

El doctor Edwar C. Hill, quien presidiera el 520 Encuentro Anual de las Sociedades de Ginecología y Obstetricia de la Costa Pacífica de los Estados Unidos de Norteamérica, dijo lo siguiente en su oración presidencial: “Una cosa acerca del aborto es cierta: es un asunto de vida, una realidad. La moralidad del aborto no puede ser legislada. Es, siempre ha sido y seguirá siendo, una trágica decisión. Al igual que en otros juicios de la práctica médica, la decisión debe hacerse por la alternativa menos mala. El aborto puede estar moralmente justificado si se practica para aliviar el sufrimiento y aligerar la carga a la paciente, a su familia ya la sociedad. Nuestra responsabilidad es reconocer la autonomía de la conciencia individual, ayudar a nuestras pacientes a considerar todas las implicaciones de su predicamento

para que ellas escojan. Si tal escogencia involucra la terminación del embarazo, entonces debe hacerse tan pronto como sea posible, con seguridad, con compasión, y con un profundo sentimiento de pérdida por la vida que es sacrificada.

Cuando el doctor Hill habla de que el aborto podría estar justificado si con él se va a aliviar el sufrimiento de la paciente, la familia y la sociedad, toca lo referente al principio de beneficencia, de tanto compromiso para el médico. Algunas veces las circunstancias que rodean el caso lo llevan a uno al convencimiento de que si no se practica el aborto, la mujer y los que la rodean sufrirán un grave daño emocional y aun físico. Aquí entra en conflicto el principio de beneficencia (bien para la madre y la familia) con el de no maleficencia (daño al feto). El médico, en su leal saber y entender, sabrá cuál de los dos es para él deber *prima facie*.

Es válido recordar que en los países donde el aborto está autorizado, la morbilidad por dicha causa es insignificante. Un ejemplo: en los Estados Unidos de Norteamérica la tasa de mortalidad en 1982 fue de 0.8 por 100.000 abortos. En los países donde es ilegal, esa tasa no puede saberse a ciencia cierta, por razones obvias. Lo evidente es que la sepsis postaborto suele ser la primera causa de mortalidad materna. En un estudio adelantado en 36 instituciones asistenciales de Bolivia, Colombia, Perú y Venezuela en 1990, se encontró una tasa de mortalidad debida al aborto de 406 por 100.000 nacidos vivos, siendo la sepsis la complicación más frecuente.

19- Acusa a los tribunales de arbitrariedad en la aplicación de la pena y recuerda al Tribunal Nacional de Ética Médica la garantía constitucional de la prohibición de la *reformatio in pejus*.

Este Tribunal Nacional agradece la orientación precisa que sugiere la defensora, respecto de no empeorar las condiciones condenatorias del acusado en su segunda instancia, partiendo del principio de la buena fe, consideramos que la abogada actúa dentro este lineamiento, pues de lo contrario podría ser irrespetuosa en sus sugerencias frente a los que somos jueces de la causa, al ella considerarnos ignorantes o incompetentes en la aplicación de la ley.

La afirmación de arbitrariedad en la aplicación de la pena tampoco encuentra eco en esta superioridad. Quizás en el aspecto de benevolencia parece arbitrario aplicar una pena tan leve a quien desobedeció una Sentencia que es de obligatorio cumplimiento.

20- Por último, solicita la nulidad de lo actuado, pues según ella a su cliente se le negó la posibilidad de investigar y consultar, por parte del tribunal de primera instancia, a los ginecólogos de Cosmitet que se hallaban en capacidad de practicar la IVE en el momento.

No se ve el fundamento de esta solicitud, pues el médico encartado tuvo las oportunidades procesales para fundamentar adecuadamente su defensa. O es que la defensa sugiere además que es función del tribunal seccional (O acaso del Tribunal Nacional de Ética Médica) determinar y escoger la persona que va a practicar la interrupción voluntaria del embarazo?

O por ventura plantea la defensa que el tribunal seccional sea el encargado de elaborar las listas de médicos en disposición de actuar en casos de solicitud de dicha interrupción voluntaria.?

Además, existe a folio 94 del expediente, una carta del doctor JOHN JAIRO CASTRO JARAMILLO, quien manifiesta que se encontraría en disposición de realizar la interrupción voluntaria del embarazo en los casos determinados por la Sentencia C-355-2006, siempre y cuando se encuentren disponibles los elementos tecnológicos, humanos y logísticos para llevarla a cabo de manera segura.

En términos similares responde la Doctora Liliana Dávila Arias. Folio 95 del cuaderno principal.

Como se aprecia, es una misiva dirigida a la Coordinadora Médica de Cosmitet Ltda, con lo cual queda desvirtuada la afirmación de la defensora y por lo tanto se niega de plano la nulidad solicitada.

21- Adicionalmente, acusa al tribunal de primera instancia de olvidar principios procesales como la investigación integral, contradicción y derecho a la defensa, como parte del debido proceso.

No se observa en ningún momento procesal violación a derechos fundamentales como el debido proceso y el derecho a la defensa. Planteamos a la defensora algunos de dichos principios, teniendo en cuenta la actitud docente que asume en algunas de sus afirmaciones:

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.

En el caso presente no se encuentra ninguna violación a esta garantía procesal.

DERECHO A LA JURISDICCIÓN

Jurisdicción es la función pública de administrar justicia. Es tener derecho al acceso a la administración de justicia, cuando se trata de preservar un derecho que se considera vulnerado. El Derecho a la Acción es poner en marcha el aparato judicial del Estado. Si se mira a la luz del art 229 de la CN, se incluye como norma esencial, además el derecho a obtener de dicha administración una decisión debidamente motivada. Esto garantiza el derecho a la defensa, en la medida en que se tiene conocimiento de los motivos que indujeron al juez la decisión y, en consecuencia, puede controvertirse o impugnar esa decisión. Si no se conocen los motivos, no hay forma de controvertir la mencionada decisión.

Tampoco se aprecia trasgresión a este derecho.

DERECHO A IMPUGNAR LAS DECISIONES JUDICIALES

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

Como se ve, al aceptar y analizar tan ampliamente la apelación, se ha cumplido con la norma de defender este aspecto procesal.

PROCESO PÚBLICO SIN DILACIONES INJUSTIFICADAS

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

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

No implica esto que todo el mundo tenga acceso al proceso, sino las partes interesadas y que conforman los sujetos procesales. Es público en el sentido en que se encuentra al alcance de todos, pues la ley dice qué juez, qué técnica, qué términos, etc. Además, protege el desarrollo normal del proceso. Tan nocivo es un proceso acelerado como uno demorado. El proceso tardío trae desazón para los asociados.

La ley 446 le ordena al juez, de manera perentoria, el cumplimiento de los términos. Art 40 del CPC. Responsabilidades del juez. Responden por dolo, por demorar las providencias, etc.

Afirma la defensa que este proceso ha sido inusitadamente rápido. Si los hechos tuvieron efecto a finales de 2007 y la madre de la víctima solicitó la interrupción voluntaria del embarazo en enero de 2008, siendo denunciado XX el 13 de febrero de 2009 y obteniendo decisión de fondo por parte del Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas el 11 de agosto de 2009, respondiendo el recurso de apelación el 3 de noviembre de 2009, le parece a la defensa que ha sido un proceso de inusitada rapidez?

Este Tribunal Nacional de Ética Médica no lo considera así.

DERECHO A LA DEFENSA

Es el Derecho al la réplica. A defenderse. A estar asistido por un abogado de su confianza (defensa técnica que corresponde a los abogados, que poseen los conocimientos técnico jurídicos para defender una causa), de oficio, en el pool de abogados de la Defensoría del Pueblo, o nombrado por el Estado, el cual se encuentra obligado a prestar defensa jurídica en el campo penal, a quien no tenga los medios para costearlo.

Todo procesado tiene derecho a la defensa (a ser representado, a ser defendido) y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, desde el mismo momento que es sindicado por una falta y durante la investigación y juzgamiento.

No cree esta superioridad que se haya violado en ningún momento el derecho a la defensa. Y la mejor prueba es la apelación que se está resolviendo a través de la presente providencia.

LA VIOLACIÓN DE PRINCIPIOS PROCESALES DE TIPO PROBATORIO

La escogencia del medio de prueba no es limitada, tiene que estar ceñida a la conducencia, pertinencia y utilidad del medio de prueba. Es un condicionamiento. Por ejemplo: No se puede probar el derecho de propiedad con un testimonio, necesariamente debe hacerse mediante escritura pública; en derecho penal y en derecho disciplinario, la confesión no sirve para probar el dicho del acusado, si no cumple con ciertos requisitos. Todas las partes del proceso pueden escoger su medio de prueba que le sea más útil, pero debe ser útil, pertinente y conducente.

1. Conducencia: Aptitud legal, jurídica y constitucional de un medio de prueba para llevar al funcionario judicial a la certeza y pleno conocimiento que el contrato, convención, hecho jurídico o negocio jurídico existe o no existe. Admite casación. Está ligado el principio de la eficacia.

2. Pertinencia: Cuestión de hecho no de derecho, como si lo es la conducencia. Es la relación causal entre el hecho que se investiga en cualquier proceso y lo que comunica el medio de prueba. No admite casación. En materia de casación cuando hay error de derecho (conducencia) no cuando hay error de hecho (pertinencia).
3. Utilidad: La prueba no sirve para nada mientras la útil sirve para probar uno o varios hechos.

Como se aprecia claramente en el expediente, no se ha violado ninguna garantía procesal en la evaluación disciplinaria en contra del profesional XX

CONCLUSIONES RESPECTO DEL RECURSO DE APELACIÓN

Ninguno de los puntos de soporte de la apelación de la defensa de XX encuentra respaldo en este Tribunal Nacional de Ética Médica.

Quizás se encuentre parcialmente de acuerdo en el aspecto de arbitrariedad en la aplicación de la pena, pero desde el punto de vista contrario, es decir, de aplicar una pena demasiado suave para una conducta francamente dilatoria y obstructiva.

COMO DEBE PROCEDER EL MÉDICO ANTE UNA SOLICITUD DE INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO?

Considera este Tribunal Nacional de Ética Médica que existen una serie de puntos que deben tenerse en cuenta de manera muy precisa cuando de alegar objeción de conciencia se trate, en casos de negarse el profesional de la medicina a practicar un aborto en las condiciones descritas por la Sentencia C-355 de 2006 de la Honorable Corte Constitucional de Colombia, cuyos pronunciamientos en materia de la Carta Fundamental son de obligatorio acatamiento, es decir, tienen fuerza vinculante para las autoridades judiciales y para la ciudadanía en general.

Lo anterior, independientemente de las creencias y convicciones filosóficas, culturales, intelectuales o comunitarias de las personas.

Teniendo en cuenta las escasas sentencias al respecto, se han extraído algunos aspectos importantes a tener en cuenta en caso de una solicitud de interrupción voluntaria del embarazo por parte de una mujer colombiana o sus representantes legales.

1. Debe recordarse que en la sentencia C-355 de 2006, la Corte Constitucional consideró que la interrupción del embarazo en los siguientes eventos no constituye el delito de aborto:

- a. cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico.
- b. cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico.
- c. cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

2. Esta decisión no implica una obligación para las mujeres de adoptar la opción de abortar. Cada una es libre de hacerlo o no, incluso en los casos descritos previamente, si en su fuero interno y utilizando su capacidad de decisión y ejercicio, considera que desea continuar adelante con su embarazo. Es decir, es su propia decisión siempre y cuando se encuentre en uso de su libre albedrío.

3. En el evento de que una mujer se encuentre en alguna de las causales de excepción, ésta puede decidir continuar con su embarazo, y tal determinación tiene amplio respaldo constitucional. No obstante, lo que se determina, es permitir a las mujeres que se encuentren en alguna de las situaciones excepcionales, que decidan la interrupción voluntaria de su embarazo sin consecuencias de carácter penal, siendo entonces imprescindible, en todos los casos contar previamente con su consentimiento debida y ampliamente informado y cualificado.

4. Se insiste en que estos fallos constitucionales se basan en la propia Carta Magna y no pueden ser objetados ni desobedecidos por nadie.

El artículo 243 de la Constitución Política establece: “ART. 243.- Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

5. cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas o de incesto, basta con la presentación de la denuncia ante la autoridad competente para que las entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud autoricen la realización del aborto.

6. La solicitud de cualquier otro requisito, en el evento descrito, constituye un obstáculo al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

7. Pese a lo anterior, se recuerda que en un caso reciente (Sentencia T-988 de 2007) se adjuntaron al expediente algunas pruebas. Esto no quiere decir que sean de obligatorio aporte a la solicitud de interrupción voluntaria del embarazo, pero es prudente tenerlas en cuenta para efectos del lleno de algunos otros requisitos, en especial relacionados con la afiliación a la EPS. Sin embargo, para efectos de interrupción voluntaria del embarazo no pueden ser de obligatorio requerimiento, pues entorpecerían el procedimiento ordenado claramente por el máximo tribunal constitucional.

- A. Copia de la cédula de ciudadanía de la señora madre de la paciente incapaz.
- B. Copia de del Registro Civil de Nacimiento de la joven víctima de acceso carnal violento. Si es posible, en caso de interdicción judicial por retardo mental o similares, la anotación correspondiente o la copia de la respectiva providencia judicial, así como el nombre del curador respectivo.

- C. Copia del documento de identificación de la joven en mención
 - D. Copia del carné de afiliación de la víctima a su EPS
 - E. Copia del escrito de petición elevado por la representante legal de la víctima ante la EPS.
 - F. Copia del resultado del examen ginecológico practicado a la joven BB (cuando este se encuentra disponible), en el que consta el estado médico de la enferma en caso de incapacidad, absoluta o relativa.
 - G. Copia del denuncia de violación (Este es el único requisito indispensable).
 - H. Copia del Informe Técnico Médico Legal Sexológico (cuando se tenga disponible).
 - I. Copia del Informe Ecográfico (cuando se tenga disponible) en el que se constata el embarazo y su fecha aproximada de evolución.
8. Los servicios de interrupción voluntaria del embarazo en los casos y condiciones establecidas en la Sentencia C-355 de 2006, estarán disponibles en el territorio nacional para todas las mujeres, independientemente de su capacidad de pago y afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, SGSSS.
9. Los servicios de salud requeridos por las afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, las Administradoras del Régimen Subsidiado y las Entidades Adaptadas se prestarán en las instituciones prestadoras de servicios de salud con las que cada administradora tenga convenio o contrato, o sin convenio cuando se trate de la atención de urgencias.
10. Los servicios de salud requeridos por la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, se efectuarán a través de los Prestadores de Servicios de Salud públicos o aquellos privados con los cuales las Entidades Departamentales, Distritales y Municipales de Salud tengan contrato.

11. En ningún caso las entidades de que trata el artículo 1° del presente decreto podrán imponer barreras administrativas que posterguen innecesariamente la prestación de los servicios de que trata el presente decreto, tales como, autorización de varios médicos, revisión o autorización por auditores, períodos y listas de espera, y demás trámites que puedan representar una carga excesiva para la gestante.

12. Los servicios de salud de que trata el presente Decreto que se encuentren contenidos en los Planes Obligatorios de Salud de los regímenes contributivo y subsidiado para las afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, SGSSS, se cubrirán con cargo a la Unidad de Pago por Capitación del respectivo régimen.

13. En ningún caso habrá lugar al cobro de cuotas de recuperación por la prestación de servicios de que trata el presente decreto para la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda.

14. La información que se debe suministrar a la mujer, cuando tenga capacidad de decisión, sobre el procedimiento de la interrupción voluntaria del embarazo deberá incluir como mínimo lo siguiente:

Qué se hará durante y después del procedimiento.

Qué es probable que sienta (v.g. dolores, cólicos tipo menstrual y sangrado).

Cuánto tiempo llevará el procedimiento.

Qué se puede hacer para el manejo del dolor.

Los riesgos y complicaciones asociadas con el método.

Cuándo podrá retomar su actividad normal, incluso las relaciones sexuales.

Los cuidados de seguimiento.

Información sobre anticoncepción

15. En el caso de niñas menores de 14 años, se debe contar previamente al procedimiento médico, con el consentimiento ampliamente informado y cualificado de la niña, con la autorización de su representante legal y/o de la autoridad competente (consentimiento sustituto), teniendo en cuenta para ello los parámetros fijados por la Corte.

16. Si bien el consentimiento sustituto de los padres, previsto en el anexo de la Resolución 4905 de 2006 para los casos de interrupción voluntaria del embarazo de niñas menores de 14 años, está amparado en principio en el deber estatal de velar por la vigencia efectiva del interés superior de los niños y las niñas, el mismo debe ser conciliado con sus derechos prevalentes consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la Constitución Política y en las leyes. Claro está, cuando la capacidad se encuentre intacta.

17. Aun cuando los representantes legales o tutores de las menores de edad estén facultados para tomar decisiones sanitarias por ellas, inclusive en contra de su voluntad, las mismas no pueden conllevar en modo alguno al menoscabo de sus derechos a la salud o a la integridad personal, y tampoco un total desconocimiento de su autonomía por cuanto la voluntad de los padres no se puede confundir con la voluntad de sus hijas, que es en todo caso relevante dentro de la relación médico - paciente. Obviamente no en personas con limitaciones mentales severa.

18. Acorde con la doctrina constitucional referida, el consentimiento informado, persistente y cualificado, es el elemento indispensable que legitima cualquier tratamiento clínico y cuya ausencia permite catalogar la intervención como abusiva, ilícita o ilegal. Es deber del médico suministrar la información necesaria al paciente con el propósito de que éste conozca los beneficios y los riesgos de la intervención, permitiendo sobrellevar la angustia, el dolor y el sufrimiento propio de los estados patológicos. De nuevo, cuando pueda decidir por sí misma.

19. Claro está que cuando la violación se presume por tratarse de una mujer menor de catorce (14) años, la exhibición de la denuncia se torna

en una mera formalidad y la falta de la misma no puede ser un pretexto para dilatar la interrupción del embarazo, si la mujer solicita que se le practique el aborto.

20. El acuerdo es INFORMADO, cuando el paciente tiene todos los elementos de juicio necesarios para poder aceptar o rehusar una acción médica, siempre que tenga certeza sobre los riesgos previsibles, los efectos adversos y de las posibles terapias alternativas, sin ningún tipo de prejuicio que limite la suficiencia de la información y ajustando la remisión de dichos datos al reconocimiento intrínseco de la condición humana. Es PERSISTENTE, para significar que la información debe suministrarse durante todo el tratamiento clínico y postoperatorio. Es CUALIFICADO ya que la información debe darse en un lenguaje sencillo, entendible para el paciente y sus familiares, no obstante, los términos científicos y técnicos médicos que identifiquen las patologías y tratamientos, además, se exige el respectivo seguimiento del caso por parte del equipo interdisciplinario (Médicos, cirujanos, siquiátras, sicólogos y trabajadores sociales).

21. Ahora bien, si como en el caso objeto de estudio el médico invoca la objeción de conciencia es su deber remitir a la mujer gestante a un centro médico donde le realicen la IVE.

22. Como medida de protección a la intimidad de la menor involucrada en este proceso, suprimir de la providencia y de toda futura publicación de la misma, su nombre y el de sus familiares, al igual que los datos e informaciones que permitan su identificación. En vez de ello, sus nombres serán remplazados con un solo nombre ficticio que se distingue por encontrarse escrito en cursiva.

23. En la Sentencia T-988 de 2007, este Tribunal estudió la acción de tutela promovida por la madre de una mujer gestante para interrumpir el embarazo de su hija, quien padecía limitaciones físicas, psíquicas y sensoriales y había sido víctima de un acceso carnal en persona incapaz de resistir, hecho denunciado ante la autoridad competente. En esta oportunidad, la Corte concluyó lo siguiente: “(...) las entidades

prestadoras de salud que exijan el cumplimiento de requisitos formales adicionales al denuncia para practicar el aborto inducido en una mujer notoriamente discapacitada - con limitaciones físicas, psíquicas y sensoriales que imposibilitan la exteriorización libre y directa de su consentimiento - la cual ha sido víctima de abuso carnal violento, sin consentimiento o abusivo, incurren en un grave desconocimiento de la protección que se deriva para las personas con discapacidad de la Constitución Nacional así como de lo consignado en el ámbito internacional.

24. En la misma Sentencia T-209 de 2008, la objeción de conciencia planteada por los médicos a quienes se les solicitó la IVE, la Corte reconoció que: “()a fin de garantizar los derechos fundamentales de las mujeres, protegidos por la Constitución y la Sentencia C-355 de 2006, asegurándoles la prestación del servicio público esencial y legal de salud de interrupción voluntaria del embarazo, y evitar barreras de acceso al mismo, la objeción de conciencia es una decisión individual y no institucional o colectiva, que aplica exclusivamente a prestadores directos y no a personal administrativo; además, la objeción de conciencia debe presentarse por escrito debidamente fundamentada, siguiendo la obligación del médico que se acoja a ella remitir inmediatamente a la madre a un médico que pueda practicar el procedimiento, a fin de impedir que aquella se constituya en barrera de acceso a la prestación del servicio esencial de salud de interrupción voluntaria del embarazo.”

25. Sin embargo, la sentencia T-209 de 2008, precisó las siguientes reglas sobre la objeción de conciencia: “(..)(i) que no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine, que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en esta sentencia; (ii) en atención a la situación subjetiva de aquellos profesionales de la salud que en razón de su conciencia no estén dispuestos a practicar el aborto se les garantiza la posibilidad de acudir al instituto denominado objeción de conciencia; (iii) pueden acudir a

la objeción de conciencia siempre y cuando se trate realmente de una “convicción de carácter religioso debidamente fundamentada”, pues de lo que se trata no es de poner en juego la opinión del médico entorno a si está o no de acuerdo con el aborto; y, (iv) la objeción de conciencia no es un derecho absoluto y su ejercicio tiene como límite la propia Constitución en cuanto consagra los derechos fundamentales, cuya titularidad también ostentan las mujeres, y por tanto no pueden ser desconocidos.”

26. En particular, la sentencia T-209/08 recordó que: “los profesionales de la salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud deben proceder a realizar el procedimiento IVE, (i) de manera oportuna, es decir dentro de los cinco (5) días siguientes a la solicitud, de conformidad con la Resolución 004905 de 2006, proferida por el Ministerio de la protección Social; (ii) su atención será integral y con calidad; y, (iii) se hará con sujeción a las normas técnico- administrativas que expida el Ministerio de la Protección Social, las cuales serán de obligatorio cumplimiento, y mientras éstas se expiden, los prestadores están obligados al cumplimiento de las normas del Decreto 4444 de 2006 que tienen como referente la guía “Aborto sin riesgo: Guía técnica y de políticas para sistemas de salud” de la Organización Mundial de la Salud (2003).”

27. Lo anterior comporta a su vez la obligación de las EPS de realizar las gestiones conducentes a individualizar de antemano la ubicación de las IPS donde se encuentran los profesionales habilitados para llevar a cabo el procedimiento de IVE, para poder así dar una respuesta inmediata y efectiva a la mujer que solicita legalmente dicho procedimiento, y no hacer que el transcurso del tiempo corra en contra de sus derechos fundamentales. En efecto, las EPS deberán remitir directamente a la mujer solicitante al profesional habilitado para llevar a cabo el procedimiento de IVE; y, en caso de que la mujer acuda directamente a una IPS a solicitar dicho procedimiento, el profesional de la salud que atienda el caso y presente objeción de conciencia debe proceder a remitir de manera inmediata a la mujer al

profesional habilitado para el efecto, cuya disponibilidad debe conocer de antemano según la lista determinada por las entidades de salud públicas y privadas.”

28. La Corte consideró que los tribunales de ética médica tienen competencia para estudiar la falta disciplinaria en que pudieron incurrir los médicos que no remitieron a la mujer embarazada a otro profesional de la salud para que le practicara la IVE de manera oportuna ante la presentación de la objeción de conciencia. Al respecto la sentencia T-209 de 2008, advirtió: “(...)los médicos tienen derecho a presentar, de manera individual, objeción de conciencia debidamente fundamentada en razones de orden religioso, a fin de abstenerse de practicar un procedimiento de IVE, no es menos cierto que a los Tribunales de Ética Médica les corresponde valorar si un médico, en un caso particular, presentó objeción de conciencia pero incumplió con la obligación ética y legal de respetar los derechos de la mujer, al no remitirla inmediatamente a otro profesional de la salud que estuviere habilitado para llevar a cabo la interrupción del embarazo.

En efecto, los Tribunales de Ética Médica, tienen a su disposición normas nacionales e internacionales que rigen el ejercicio de su profesión, con fundamento en las cuales pueden decidir si la objeción de conciencia presentada por un médico es procedente o pertinente respecto de un caso particular en el que se negó la práctica del procedimiento de IVE y no envió de manera inmediata a la mujer a otro profesional que estuviera en condiciones de practicar el aborto.”

29. De acuerdo con la Corte, la Superintendencia Nacional de Salud y el Ministerio de la Protección Social tienen la facultad de investigar y sancionar a las entidades que conforman al Sistema de Seguridad Social en Salud que no autorizaron la IVE en forma oportuna y adecuada conforme con los parámetros definidos en la sentencia C-355 de 2006. Sobre el particular, la sentencia T-209 de 2008, señaló: “(...)

30. Finalmente, la sentencia T-209 de 2008, desarrolló las consecuencias jurídicas que conlleva el desconocimiento de la

jurisprudencia constitucional por la no práctica oportuna del aborto en los eventos despenalizados, a saber: i) la competencia del tribunal de ética médica para evaluar las objeciones de conciencia presentadas con ocasión de la solicitud de IVE; ii) la potestad investigativa y sancionatoria de la Superintendencia Nacional de Salud y del Ministerio de la Protección Social; iii) la investigación disciplinaria y penal de los jueces de instancia; y iv) la indemnización de perjuicios.

31. En la misma sentencia la Corte concluyó que cuando los jueces de tutela niegan el derecho a la mujer embarazada de acceder a la IVE en los términos de la sentencia C-355 de 2006, se deben remitir copias de su actuación a las autoridades disciplinarias y penales. De hecho en la sentencia T-209 de 2008 se ordenó: “(...)que los jueces que actuaron, tanto en primera como en segunda instancia en la tutela, sean investigados para que se establezca las posibles faltas disciplinarias en que pudieron haber incurrido, de conformidad con las consideraciones expuestas anteriormente. Con dicho fin, la Secretaría General de esta corporación enviará copias de todo lo actuado con destino al Consejo Seccional -Sala disciplinaria- de Norte de Santander, trámite disciplinario que debe ser vigilado por la Procuraduría General de la Nación. Igualmente, la Fiscalía General de la Nación deberá investigar, si los mismos jueces, pudieron haber incurrido en el delito de prevaricato, para lo cual, la Secretaría General de esta corporación remitirá copia de todo lo actuado en esta tutela.”

32. Por último, la Corte consideró que la indemnización, prevista en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, era procedente cuando se anulaba el derecho de la mujer gestante a acceder oportuna y adecuadamente a la IVE en los eventos previstos en la sentencia C-355 de 2006.

33. Recordemos algunas partes resolutivas de la tan trillada sentencia:

Cuarto: COMUNICAR a la Superintendencia Nacional de Salud lo aquí resuelto, para que en ejercicio de sus competencias, investiguen y si es del caso sancionen, las posibles faltas en que pudo incurrir en este caso COSMITET LTDA, por el incumplimiento de las disposiciones

previstas en el Decreto 4444 de 2006. La Secretaría de esta corporación compulsará las copias respectivas.

Quinto: COMUNICAR a la Dirección Nacional del Sistema de Salud del Ministerio de la Protección Social lo aquí decidido, para que en ejercicio de sus competencias, investigue y si es del caso sancione, las posibles faltas en que pudo incurrir en este caso COSMITET LTDA, por el incumplimiento de las disposiciones previstas en el Decreto 4444 de 2006. La Secretaría de esta corporación compulsará las copias respectivas.

Sexto: CONDENAR en abstracto a COSMITET LTDA, y solidariamente al profesional de la salud que atendió el caso, y no obraron de conformidad con sus obligaciones, a pagar los perjuicios causados a, por la violación de sus derechos fundamentales.

La liquidación de la misma se hará por el juez del circuito judicial administrativo de Caldas -reparto-, por el trámite incidental, el que deberá iniciarse dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación respectiva, y deberá ser decidido en el término de los seis (6) meses siguientes, para lo cual, la Secretaría General de esta corporación remitirá inmediatamente copias de toda la actuación surtida en esta tutela a la Oficina Judicial respectiva. El juez administrativo a quien corresponda fallar el presente incidente, remitirá copia de la decisión de fondo a este Despacho.

Una vez liquidada la condena, COSMITET LTDA deberá proceder al pago total de la obligación, y posteriormente, de conformidad con las reglas de la solidaridad, podrá repetir contra el médico vinculado a la misma que atendió el caso y negó el procedimiento de IVE sin realizar la remisión correspondiente.

Séptimo: La Secretaría General de esta corporación comunicará inmediatamente lo aquí resuelto a la accionante y a la Defensoría del Pueblo para que haga el acompañamiento en el respectivo incidente de reparación de perjuicios.

Octavo: ORDENAR a la Secretaría General de esta corporación, expida copias de esta providencia y de todo el expediente de tutela, con destino al Consejo Seccional de la Judicatura de Caldas -Sala Disciplinaria-, a fin de que investigue las posibles faltas disciplinarias en que pudieron incurrir los jueces de instancia que actuaron en esta tutela. Iguales copias remitirá a la Fiscalía General de la Nación para que investiguen la conducta de los funcionarios que fallaron en primera y segunda instancia esta tutela.

34. Luego del procedimiento la paciente continúa siendo protegida por el Estado y su Sistema de Salud, entre otras a través de las siguientes medidas: la orientación médica y psicológica pre y post-aborto, la consejería en planificación familiar, el acceso a métodos efectivos de anticoncepción, prevención de infecciones de transmisión sexual, VIH - SIDA, derechos sexuales y reproductivos y en general, todas las intervenciones orientadas al autocuidado de la salud.

PARÁMETROS DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

El particular podría negarse a cumplir alguna ley (ateniéndose a las consecuencias de su negativa, por supuesto), en lo que se denomina objeción de conciencia. Recientemente esto ha involucrado casos de negativa a prestar el servicio militar, a practicar un aborto cuando la ley autoriza a hacerlo en casos específicos, a practicar procedimientos de control natal, etc.

Esta objeción de conciencia no es aplicable a los jueces.

El profesor Edgardo Villamil Portilla expresa en uno de sus escritos:

“El asunto que se ha planteado, y que suscita interés para los estudiantes, atañe a saber si un juez puede sustraerse a decidir un caso en que la demandante solicita autorización judicial para practicarse un procedimiento de aborto, pretextando el funcionario objeción de conciencia. Para intentar una respuesta a ese interrogante lo primero que debe advertirse es que el asunto sometido a controversia judicial no puede quedar sin solución, pues el ciudadano que ha elevado el

reclamo no puede recibir el silencio como respuesta. En el evento particular, si el sistema judicial no proveyera una decisión pronta, la ciudadana que ha pedido se le resuelva sobre la autorización para que se le practique un aborto tiene un derecho constitucional a que se le brinde la solución oportuna, si no se decide mediante una sentencia para ella el ordenamiento no existe. Para ella no habría Constitución, tampoco si se le resuelve tardíamente porque la gestación no da espera y si se superan ciertos límites la situación jurídica y fisiológica puede variar de tal modo que se incremente la complejidad del asunto.

Entre el derecho a la objeción de conciencia del juez y el derecho al acceso a la administración de justicia, que es realmente el derecho a la vigencia del ordenamiento jurídico, debe primar este. No podría el juez declararse impedido pues las causales de impedimento se hallan previstas en la Ley y la configuración del debido proceso corresponde al legislador. Más allá de ese aspecto puramente técnico, si se sometiera el asunto al trámite de un impedimento, además de carecer de causal para hacerlo, de nada valdría la intervención del juez que debe resolver el impedimento si es que finalmente le niega el derecho a la objeción de conciencia. Dicho de otro modo, de qué valdría tramitar un impedimento si al ser decidido por un superior este le ordenase al Juez decidir el asunto. El dictamen judicial del superior, negando el impedimento ningún cambio produciría contra el alegato de conciencia puesto por el Juez, pues si en el sopesamiento entre su conciencia y la Constitución que le ordena decidir el asunto, como que es parte de sus funciones, pesa más su conciencia. En ese escenario nada valdría la decisión del superior de ese juez negando el impedimento y retornándole el proceso para que decida. Síguese de ello que el camino del impedimento parece no razonable.

Desde otra perspectiva, es curioso que las primeras expresiones de objeción de conciencia hayan sido expresada por jueces varones, es decir que el punto de vista de la mujer y de quien es forzado a la maternidad no cuenta para nada, pues primero está la conciencia del Juez, ya sea que esta se halle anclada en lo religioso o en su posición

ética ante la vida. El Juez que expresa objeción de conciencia para decidir sobre la autorización de un aborto por razones de salud, de malformación del feto o por ser producto de una violación, a manera de ejemplo, no toma en cuenta que la decisión individual de la ciudadana que en los pliegues de su conciencia ya deliberó sobre sus propios valores y tomó la opción.

El juez que expresa la objeción de conciencia en un caso de autorización de aborto en verdad quiere escapar al mandato de decidir, él, de acuerdo a sus valores y preferencias sí tiene el sentido de la decisión. Es su deber decidir, así sea para negar la autorización, en verdad pareciera que rehuye el riesgo de decidir. NO se conoce norma o sentencia que le haya obligado a autorizar, pues si la ley dijera de modo imperativo cómo decidir, el juez sería innecesario, justamente el juez está ahí para decidir, en cualquier sentido, puede ser en aquel que no choca contra su conciencia, por ejemplo que el que dice preservar la vida. Si esa es la manera en que concibe los valores que la sociedad debe practicar en este momento de la historia debe hacerlo, a menos que use el pretexto de la objeción de conciencia para no tomar el riesgo de ser investigado, por ejemplo, por prevaricato. En el juzgamiento de este podría plantear sí la objeción de conciencia para justificar porque negó la autorización.

El Juez que plantea en este caso la objeción de conciencia está negando la vigencia de los mecanismos que la democracia tiene previstos para la definición sobre cuales son los derechos y valores más estimables de estas generaciones y sobre cómo ellos deben ser protegidos, y lo que es peor aún, se niega a exponer los motivos que tiene para hacerlo, razones que podrían forzar, por la potencia dialéctica que a ellos atribuye, un cambio en la tendencia jurisprudencial o las transformaciones legales y constitucionales.

La objeción de conciencia puesta por un juez para decidir un caso, plantea el difícil problema de si el juez debe ser garante de que la sociedad siga la ruta que se trazó en el programa constitucional, tomando como norte la construcción colectiva de esos valores en los órganos democráticamente elegidos, o si ante la imposibilidad

de aplicar su propia escala puede apartarse de su función sagrada de decidir.

No es poca cosa el debate que aquí se plantea, pues, a manera de ejemplo, un juez penal que abraza el abolicionismo podría lograr que se dispusiese su traslado a la justicia civil, y de ésta a otra, si es que su conciencia social le impide, por ejemplo, decretar el despojo de una familia de una vivienda de interés social, cruzada que parece plausible, pero que plantea problemas de hondo contenido. Un juez que asume funciones como tal, profesa de antemano el deber de obediencia al derecho y ello le impone el deber de decidir, no importa el choque del ordenamiento jurídico con sus propios valores, que si los considera superiores, más altos o más altruistas, no puede renunciar a defenderlos públicamente, ni negar el debate que será el motor del cambio.

Más complejo se hace este problema, si el juez ignora cuál es el ordenamiento vigente, ignorancia que no puede salvar. La Corte Constitucional por la modalidad de sus fallos crea nuevas normas a partir de la Constitución, y siembra el campo de prohibiciones al legislador para legislar en determinado sentido. No obstante, cuando entre el anuncio de la sentencia y la promulgación de esa sentencia con pretensiones de ser fuente formal de derecho, se produce una especie de *vacatio legis* en que no hay principio de legalidad y tanto el juez como los interesados podrían estar cometiendo un delito sin saberlo. Si se tratara de la ley expedida por el Congreso, la historia del derecho nos diría que para aplicar los principios de legalidad y favorabilidad la promulgación es el criterio definidor. Cuando la regla está en una sentencia dictada y no promulgada el problema es más complejo y genera un margen intolerable de incertidumbre...”

LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA POR PARTE DE LAS PERSONAS NATURALES Y JURÍDICAS

Cuando se expidió la Sentencia C-355/06, con fuerte oposición de las iglesias católica y evangélica, directivos de clínicas y hospitales privados de instituciones religiosas o de esa orientación, invocando el

derecho a la “objeción de conciencia”, manifestaron que no acatarían la Sentencia y que en esas IPS no se practicaría “ningún aborto”, pues éste es contrario a los valores y principios que orientan sus servicios. En relación con dicha posición se debe insistir que, como las personas jurídicas no tienen conciencia, pues es un atributo exclusivo de la persona natural, las IPS privadas no son titulares del derecho fundamental a la objeción de conciencia, que es subjetivo e individual.

Pero como esas IPS si pueden tener su orientación religiosa o política, unos valores y principios diferentes a los reivindicados en la sentencia, en nuestro Estado democrático de derecho, laico y pluralista, se debería respetar esa decisión y los principios religiosos en que se fundamenta -según artículo 18 de la Constitución que garantiza libertad de cultos-, y reconocer a aquéllas una exención análoga al derecho a objeción de conciencia, excepto en caso de urgencia o de estado de necesidad (cuando por indicación médica la inmediata interrupción del embarazo es el único medio para proteger la vida de la mujer).

Así lo dejó establecido la Corte Constitucional en la citada sentencia y lo reiteró el Magistrado Manuel José Cepeda al sostener que: “No hay un solo escrito de derecho constitucional en el mundo que sostenga que una persona jurídica tiene conciencia. La conciencia es un atributo exclusivo de la persona natural”.

Basados en el trabajo del Profesor Francisco José Cañal García (Doctor en Derecho de la Universidad de Salamanca), podemos enumerar las condiciones para que el particular pueda expresar una objeción de conciencia respecto del cumplimiento de alguna norma:

- A. Ausencia de fin político. El móvil de la objeción ha de ser el imperativo de conciencia, no un modo de influir en la opinión pública, obstaculizar la decisión de la mayoría o suscitar adeptos a la postura del objetor. No quiere esto decir que sean ilegítimos esos comportamientos, sino que pertenecen a otras figuras distintas de la objeción. Es posible, sin desnaturalizar por eso la conducta de objeción, que alguna de estas circunstancias acompañen a la

objeción, por darse junto con ella, en la práctica, otras formas de desobediencia al Derecho. No vamos a entrar en este momento a ponderar la necesidad o no de que la objeción sea una conducta interna o externa, que trascienda a la opinión pública o no, etc. pues esto no cambia la naturaleza de la objeción, cuando se da y, en muchas ocasiones son hechos independientes de la objeción, no buscados por el sujeto ni dependientes de su voluntad.

- B. El respeto a los derechos ajenos. El objetor puede ampararse en su autonomía moral siempre que no transforme a otras personas en objetos o meros instrumentos de la satisfacción de su deber de conciencia, pues la dignidad de la persona impide que pueda considerarse de modo distinto que un fin en sí misma. El objetor está legitimado para incumplir un deber jurídico, pero no lesionar los derechos ajenos, obligarles a compartir sus criterios o utilizar a los demás como instrumentos.
- C. Dado que normalmente se producirá un conflicto entre la conducta del objetor y el cumplimiento de un deber jurídico o los derechos o intereses de terceros, será necesario hacer una valoración de todo ello para determinar la admisibilidad o no de la objeción.

Por una parte debe valorarse la intensidad del imperativo ético del objetor; por otra parte la intensidad o extensión de la lesión del derecho o interés que no se satisface. Así hay que valorar la posibilidad de sustitución del objetor; en los casos en que sea fácilmente sustituible no habrá problemas para el reconocimiento de la objeción, pero esto no quiere decir que en caso de que sea insustituible no deba admitirse nunca la objeción, por el mismo motivo antes señalado de la dignidad de la persona: nadie puede utilizar a otro (en este caso el objetor) como instrumento para el ejercicio de un derecho o la satisfacción de un interés.

Se puede hacer una clasificación de los derechos que pueden lesionarse con la objeción:

1. Derechos del propio objetor: en este caso no habrá dificultad para legitimar la objeción.

2. Derechos subjetivos de un tercero. En este caso es más difícil dar reglas generales, aunque difícilmente puede admitirse la objeción si los derechos que están en juego son especialmente valiosos, como la vida o la libertad.

3. Derechos de personas indeterminadas, en cuyo caso sería más fácil admitir la objeción.

Es difícil dar más reglas generales, pues habría que situarse ante cada caso concreto y su examen nos llevaría a un casuismo interminable.

Por otra parte debemos señalar que la limitación de la objeción de conciencia debe ser restrictiva, pues la autonomía moral da un fundamento “fuerte”, en terminología de Habermas, para la conducta del objetor. Por respeto a esa autonomía moral en ningún caso debe entrarse a juzgar la “calidad” de la objeción; quiere esto decir que el derecho a la objeción de conciencia subsiste siempre con independencia de que el que deba apreciarla considere que el objetor tiene una conciencia errónea.

Las limitaciones a la objeción deben contar con los siguientes requisitos:

- a. que el interés ajeno sea relevante, que comprometa también su autonomía moral y no se cuente con su consentimiento.
- b. que por el volumen sociológico de la objeción la conducta del objetor cause un daño importante o irreversible (aquí se ha de tener en cuenta la posibilidad de la sustitución del objetor).
- c. que la conducta previa del objetor no le sitúe en una posición de compromiso previamente asumido de realizar la conducta que pretende objetar.

Hay que considerar además que el objetor, como ya quedó dicho, no pretende alterar los principios de justicia del orden constituido y que su conducta en todo caso se mantiene, por tanto, dentro de la llamada por la doctrina “lealtad constitucional”.

“la objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas, o el Estado. Sólo es posible reconocerlo a personas naturales, de manera que no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine, que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en esta sentencia” (Sentencia C-355/2006.

“Cuando en ejercicio de la objeción de conciencia, el personal de salud directamente relacionado con la prestación del servicio, considere que no puede realizar la IVE, tiene la obligación de seguir los códigos de ética profesional, los cuales indican que deriven a las mujeres a colegas capacitados/as, que no estén en contra de la intención de interrupción del embarazo no constitutiva del delito de aborto.

A este respecto se dice la Sentencia T-209 de 2008.

5.1. Sobre el primer aspecto, la objeción de conciencia planteada por los médicos a quienes se les solicitó la IVE, la Corte reconoció que: “() a fin de garantizar los derechos fundamentales de las mujeres, protegidos por la Constitución y la Sentencia C-355 de 2006, asegurándoles la prestación del servicio público esencial y legal de salud de interrupción voluntaria del embarazo, y evitar barreras de acceso al mismo, la objeción de conciencia es una decisión individual y no institucional o colectiva, que aplica exclusivamente a prestadores directos y no a personal administrativo; además, la objeción de conciencia debe presentarse por escrito debidamente fundamentada, siguiendo la obligación del médico que se acoja a ella remitir inmediatamente a la madre a un médico que pueda practicar el procedimiento, a fin de impedir que aquella se constituya en barrera de acceso a la prestación del servicio esencial de salud de interrupción voluntaria del embarazo.”.

Esta misma sentencia T-209 de 2008, precisó las siguientes reglas sobre la objeción de conciencia: “(..)(i) que no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine, que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en esta sentencia;

(ii) en atención a la situación subjetiva de aquellos profesionales de la salud que en razón de su conciencia no estén dispuestos a practicar el aborto se les garantiza la posibilidad de acudir al instituto denominado objeción de conciencia; (iii) pueden acudir a la objeción de conciencia siempre y cuando se trate realmente de una “convicción de carácter religioso debidamente fundamentada”, pues de lo que se trata no es de poner en juego la opinión del médico entorno a si está o no de acuerdo con el aborto; y, (iv) la objeción de conciencia no es un derecho absoluto y su ejercicio tiene como límite la propia Constitución en cuanto consagra los derechos fundamentales, cuya titularidad también ostentan las mujeres, y por tanto no pueden ser desconocidos.”

Adicionalmente, no se puede negar u ocultar información sobre los derechos de la gestante en materia de IVE, ni coartar su voluntad para persuadirla de su decisión. Tampoco se puede negar información sobre opciones terapéuticas y de manejo diferentes a la IVE, para el caso específico, si las hay.

Se debe brindar a la gestante la orientación necesaria y referirla inmediatamente a un prestador/a no objetor/a entrenado/a y dispuesto/a dentro de la misma institución o a otra de fácil acceso que garantice la atención.

Cuando el/la objetor/a es el único/a profesional con capacidad de brindar el servicio y/o no sea posible la referencia oportuna a un/a prestador/a no objetor/a, o cuando esté en inminente riesgo la vida de la gestante, debe realizar el procedimiento de IVE en cumplimiento de la obligación última del/a prestador/a de proteger la vida o la salud de la mujer.

Se debe respetar la confidencialidad de la identidad de la gestante que manifiesta su voluntad de IVE.

Lo anterior sin perjuicio de que posteriormente los Tribunales de Ética Médica puedan determinar si la objeción de conciencia era procedente y pertinente”.

Un mal ejercicio de la objeción de conciencia es que el médico, médica

o demás personal de salud le exprese a la mujer que ha decidido una IVE, sus opiniones personales con respecto al aborto, o la trate de disuadir de no realizarlo, debido a que estaría violando sus Derechos Humanos. En una investigación se encontró que sólo el 13% de los ginecólogos y ginecólogas no realizaría un aborto ni remitiría a la mujer a un servicio adecuado.

“Un proveedor actúa de manera contraria a la ética cuando retiene información sobre la disponibilidad legal de una opción de tratamiento frente al cual él tiene una objeción de conciencia personal”.

La objeción de conciencia es pública, nunca debe ser un secreto.

Además debe ser pasiva, es decir, se objeta para no hacer algo; nunca para actuar de forma activa.

“Ni el médico que no tiene objeción de conciencia puede presionar a una mujer para que aborte, ni uno con objeción de conciencia puede presionar a la mujer para que no aborte”.

Prohibición de prácticas discriminatorias. En ningún caso la objeción de conciencia, la no objeción de conciencia o el antecedente de haber practicado o realizado una interrupción voluntaria del embarazo en los términos del presente decreto, podrá constituir una circunstancia de discriminación para la gestante, los profesionales de la salud y los prestadores de servicios de salud. No podrá exigirse esta información como requisito para:

- a. Admisión o permanencia en centros educativos, deportivos, sociales o de rehabilitación;
- b. Acceso a cualquier actividad laboral o permanencia en la misma, excepto cuando se requiera vincular personal para la prestación directa de los servicios regulados por el presente decreto;
- c. Afiliación a una Entidad Promotora de Salud o a una Administradora del Régimen Subsidiado y acceso a los servicios de salud;

- d. Ingreso, permanencia o realización de cualquier tipo de actividad cultural, social, política o económica;
- e. Contratación de los servicios de salud no relacionados con la prestación de los servicios de que trata el presente decreto.

De otro lado, la Corte consideró que los tribunales de ética médica tienen competencia para estudiar la falta disciplinaria en que pudieron incurrir los médicos que no remitieron a la mujer embarazada a otro profesional de la salud para que le practicara la IVE de manera oportuna ante la presentación de la objeción de conciencia. Al respecto la sentencia T-209 de 2008, advirtió: “(...)los médicos tienen derecho a presentar, de manera individual, objeción de conciencia debidamente fundamentada en razones de orden religioso, a fin de abstenerse de practicar un procedimiento de IVE, no es menos cierto que a los Tribunales de Ética Médica les corresponde valorar si un médico, en un caso particular, presentó objeción de conciencia pero incumplió con la obligación ética y legal de respetar los derechos de la mujer, al no remitirla inmediatamente a otro profesional de la salud que estuviere habilitado para llevar a cabo la interrupción del embarazo.

En efecto, los Tribunales de Ética Médica, tienen a su disposición normas nacionales e internacionales que rigen el ejercicio de su profesión, con fundamento en las cuales pueden decidir si la objeción de conciencia presentada por un médico es procedente o pertinente respecto de un caso particular en el que se negó la práctica del procedimiento de IVE y no envió de manera inmediata a la mujer a otro profesional que estuviera en condiciones de practicar el aborto.”

En opinión de este Tribunal Nacional, todo médico que presente objeción de conciencia frente a una solicitud de terminación voluntaria del embarazo, amparado por las causales de despenalización del aborto por la Honorable Corte Constitucional Colombiana, además de responsabilizarse de colocar a la paciente en manos de un profesional que no tenga dicha objeción, debería ser sometido a un proceso muy rápido de análisis de las causas de esa objeción de conciencia, ante

los tribunales seccionales de ética médica, los cuales analizarán las causas de fondo que llevan a pronunciarse por el derecho a negarse a practicar el aborto. En esa forma quedaría la constancia formal de dicha objeción y la decisión del tribunal seccional de ética médica de iniciar o no una acción disciplinaria en contra del médico, cuando las razones presentadas no fueren coherentes con la Ley Colombiana y, especialmente, con la Ley de Ética Médica.

Además, la Sentencia 209 de 2008 expresa que el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia debe encontrarse acorde con el ordenamiento jurídico, y por tanto no puede constituirse en un mecanismo de discriminación y vulneración de los derechos fundamentales de las mujeres. En efecto, los profesionales de salud tienen la obligación ética y legal de respetar tanto la Constitución como las sentencias proferidas por esta corporación en sede de control de constitucionalidad, que al hacer tránsito a cosa juzgada constitucional, tienen carácter *erga omnes* y por tanto son de obligatorio cumplimiento por todas las personas.

Al respecto de las pruebas que obran en el expediente cabe recordar, que no basta que los profesionales de la salud anuncien la presentación de la objeción de conciencia para quedar eximidos de practicar el procedimiento de IVE, y con ello creerse exentos de todas responsabilidades, pues lo que les corresponde a éstos es cumplir con la obligación adicional consistente en remitir de manera inmediata a la mujer solicitante a otro profesional habilitado para llevar a cabo el procedimiento, y así debe estar garantizado tanto por la red pública de salud como por las empresas promotoras de salud para sus afiliados, según lo dispone la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional.

Es decir, que si bien los profesionales de la salud tienen derecho a presentar objeción de conciencia, no pueden abusar del mismo utilizándolo como barrera para impedir, de manera colectiva o institucional, la realización del procedimiento de IVE, absteniéndose de remitir de manera inmediata de la madre gestante a otro médico que esté en disposición de llevarlo a cabo; y, las entidades promotoras

o prestadoras de servicios de salud no pueden abusar de su posición dominante imponiendo a su staff de médicos la orden de no prestar el servicio de salud que legalmente corresponde a las mujeres para la práctica del IVE, como ocurrió en el presente caso.

Esta misma Sentencia discrimina algunos puntos específicos relacionados con la objeción de conciencia:

4. La objeción de conciencia no es un derecho del que son titulares las personas jurídicas.
5. La objeción de conciencia es un derecho que solo es posible reconocer a las personas naturales.
6. La objeción de conciencia debe presentarse de manera individual en un escrito en el que se expongan debidamente los fundamentos.
7. La objeción de conciencia no puede presentarse de manera colectiva.
8. La objeción de conciencia debe fundamentarse en una convicción de carácter religioso.
9. La objeción de conciencia no puede fundamentarse en la opinión del médico en torno a si está o no de acuerdo con el aborto.
10. La objeción de conciencia no puede vulnerar los derechos fundamentales de las mujeres.
11. El médico que se abstenga de practicar un aborto con fundamento en la objeción de conciencia tiene la obligación de remitir inmediatamente a la mujer a otro médico que sí pueda llevar a cabo el aborto. Y, en el caso de las IPS, éstas deben haber definido previamente cual es el médico que está habilitado para practicar el procedimiento de IVE.
12. Cuando se presenta objeción de conciencia el aborto debe practicarse por otro médico que esté en disposición de llevar a cabo el procedimiento de IVE, sin perjuicio de que posteriormente se determine si la objeción de conciencia era procedente y pertinente, a

través de los mecanismos establecidos por la profesión médica, o en su defecto por el Ministerio de la Protección Social, conforme a las normas pertinentes.

PILARES DE LA ÉTICA MÉDICA

Moral proviene del latín “mores” y Ética del griego “ethos”. Ambos significan: costumbre. La moral no es simplemente un concepto filosófico. Es una vivencia existencial basada en el mejoramiento o perfección de los individuos. Constituye el código de comportamiento social y personal que defiende los intereses colectivos y permite la convivencia entre personas de una determinada comunidad. La moral es entonces el conjunto de normas de conducta que permite establecer una distinción entre lo que es bueno y lo que no lo es. El sentido moral nace de la responsabilidad y de la libertad. Es precisamente esta última la que hace que los actos sean susceptibles de ser calificados como buenos o malos, pues en el ejercicio de su libertad y luego de un análisis de conciencia, el ser humano toma la decisión de efectuar un acto determinado.

La moralidad de los actos humanos depende de tres cosas: El objeto elegido, o dirección hacia el cual tiende la voluntad.; la intención o fin, en la que actúa la voluntad; y la razón y las circunstancias de la acción. Para que un acto sea moralmente bueno, deben ser buenos los tres elementos. Por lo tanto, juzgar los actos humanos solamente con base a su intención, es erróneo. El fin no justifica los medios. No es permitido hacer el mal para conseguir un bien.

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

Por esto, moral y ética son diferentes. La primera (moral) estudia el acto humano individual particular en su entorno y circunstancias

concretas. La segunda (Ética) es más amplia, pues es ni más ni menos que el estudio de la moral. Plantea cual es el valor de bondad de las conductas mismas, de lo que es correcto o incorrecto. Es entonces la filosofía de la moral y por lo tanto busca causas universales que logren adaptar los actos humanos al bien universal. Se ha definido además como “ciencia del comportamiento”, pues parte del análisis histórico y social de hechos morales concretos, tratando de llegar a principios universales en forma objetiva, sistematizando el conocimiento y volviendo verificables estos principios. Es pues, la ciencia que juzga los actos humanos como buenos o malos, entendiendo como acto humano el que procede de la voluntad del hombre.

Dentro de la conducta humana hay acciones que deben normatizarse, con el objeto de evitar que el instinto dirija a la razón. Desde este punto de vista, los actos se llevarán a cabo por convicción propia (nacida de la educación social), por normatización externa y como resultado de una visión general del universo. La ética no es una ciencia positiva. No describe los actos humanos como son, sino como deben ser. Por esto, es una ciencia normativa.

Existen unos principios absolutos para cualquier estructura ética, en lo que concierne al ser humano en sí. Ellos incluyen su autonomía de decisión, su individualidad, su igualdad de derechos y la práctica de deberes elementales como no dañar a nada ni nadie sin absoluta necesidad. El estudio y la enseñanza de estos principios “mínimos” de convivencia es el fundamento de la ética social. Hay tres grandes principios éticos, destinados al recto obrar humano, según la premisa ética de la recta razón: Haz el bien y evita el mal; no hagas a otro lo que no desees que hagan contigo; y haz a los demás lo que desees que hagan contigo. Por su parte, los principios elementales de la ética natural son: Inviolabilidad del ser humano, igualdad de derechos y respeto a la integridad personal.

En lo que respecta a la ética médica, una profesión consiste en practicar una determinada actividad que sirve a los demás y que se escoge por voluntad propia siguiendo una vocación, con el objeto de realizarse

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

Por lo anterior, no se puede desligar la medicina como ciencia, de su ejercicio como profesión y de la influencia que sobre ella tienen el Estado, las normas de conducta de la comunidad, el médico como individuo y el mismo paciente como objeto del acto médico. El Código de Ética Médica Colombiano, lo menciona en su Título I, Capítulo I, Artículo 10: “Los principios éticos que rigen la conducta de los médicos, no se diferencian substancialmente de los que regulan la de otros miembros de la sociedad...”

La medicina puede entonces 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. Por tanto, como oficio social es el brazo de la civilización en su lucha contra la Enfermedad. Cualquiera que sea el régimen, el médico debe poseer una serie de características esenciales: Amor por el enfermo, bondad con el ser humano, conocimiento científico y respeto por la persona. Por lo tanto, habiendo superado las etapas históricas del médico como sacerdote, hechicero o mago, el médico no debe ser solamente un científico frío con una serie de conocimientos aplicables.

También debe ser un funcionario social, un dirigente, un amigo de los enfermos que se preocupa por el mejoramiento de personas y conglomerados humanos.

Existe consenso en torno a los pilares sobre los que se desarrolla la ética médica en la actualidad, por que sus características de universalidad, sobrepasan los eventuales límites que las diferencias morales, sociales o religiosas entre los distintos grupos humanos podrían señalar. Estos principios, denominados por el filósofo inglés W. D. Ross de “prima facie” son respeto por la autonomía, beneficencia - no maleficencia

y justicia. Hace ya varios años se realizó el planteamiento de estos principios, apoyado por diferentes escuelas éticas, y la prueba del tiempo no ha mostrado la necesidad de incluir otros como “fundamentales” para la solución de los problemas éticos médicos o de modificar la aproximación basada en el enfoque que hemos mencionado. El método ha sido objeto de naturales críticas, que sin embargo no han llegado a inestabilizar el constructor ético que sobre él se ha levantado.

El Principio de Beneficencia se halla estrechamente ligado a la profesión médica desde los inicios de su ejercicio científico en el siglo V a. C. En el Juramento Hipocrático se establece: “Prescribiré a los enfermos el régimen de vida y tratamiento que los beneficie, según mis conocimientos y mi criterio, y me abstendré de causarles daño o perjuicio”. En esta sentencia hipocrática se evidencian dos principios fundamentales de la ética: el de no maleficencia y el de beneficencia: el primero en “me abstendré de causarles daño o perjuicio”, resumido en el mucho más conocido “Primum non nocere”, de obvio carácter obligatorio, y el segundo en “prescribiré a los enfermos el régimen de vida y tratamiento que los beneficie”. En pocas palabras el principio de beneficencia consiste en buscar el bien. En la naturaleza de la relación médico-paciente se impone el deber de actuar para el beneficio del enfermo, es decir el deber de la beneficencia es inherente al papel del médico. Un médico que no está actuando por el beneficio del paciente, no está actuando como tal.

Uno de los problemas éticos más conflictivos es la decisión de limitar el libre ejercicio de la voluntad de un paciente, sometiéndolo a restricciones por decisión del médico o de una instancia legal, que se oponen a su albedrío, lesionando así un aspecto fundamental del carácter actual de la relación médico-paciente, como es el profundo respeto por la autonomía del mismo.

Dadas las condiciones legales actuales, no solo de nuestro país sino de muchas otras naciones, así como nuestras convicciones personales acerca del ejercicio médico, estamos convencidos del papel fundamental que el ejercicio de la autonomía del paciente tiene en el acto médico,

elevándolo de la condición que hasta no hace mucho tiempo se le daba de “paciente”, como si la palabra derivara de su “pasivo” rol, a la de “persona enferma”, en la que no se le menosprecia su integral condición de “persona” por la razón de estar “enferma”. No obstante, así mismo, vemos clara la necesidad de adoptar el principio de beneficencia, en busca del bien del paciente o por solidaridad con una determinada comunidad, cuando bajo ciertas condiciones el individuo no puede ejercer dicha autonomía a la que tiene pleno derecho.

El Principio de Autonomía consiste en que a los individuos racionales debe permitírseles su autodeterminación, es decir se actúa autónomamente cuando las acciones son el resultado de las decisiones propias, de la voluntad del individuo. “ Todos los seres sensibles apetecen, pero sólo los personas apetecen racionalmente, por tanto, la voluntad no es otra cosa, que el apetito racional, donde radica, precisamente, la libertad, la cual significa la facultad de obrar con conciencia de las finalidades”. Según Aristóteles el alma racional tiene tres facultades: entendimiento, memoria y facultad; de tal manera que la voluntad aspira a aquello que el entendimiento le muestra. Quien esencialmente carece de entendimiento no tiene voluntad, pues no puede captar intelectualmente las finalidades. A la luz de los conceptos actuales, ampliando los conceptos aristotélicos, para poder ejercer la autonomía se requieren algunas condiciones “sine qua non”: capacidad, posesión del derecho, libertad e información adecuada.

La capacidad hace referencia al pleno uso de las facultades intelectuales y el criterio suficiente para juzgar los riesgos y alternativas, es el entendimiento aristotélico. La posesión del derecho es la titularidad del derecho, bien o interés sobre el cual el sujeto consiente el acto médico. La libertad es la posibilidad del ser de tomar por sí mismo (es decir, sin ser precedentemente determinado de manera unívoca por nada) una dirección frente a valores limitados conocidos, para elegir o no elegir. La información adecuada es el conocimiento de las alternativas de tratamiento, de los beneficios esperados y las posibles complicaciones que los procedimientos puedan generar sobre el paciente.

Si atendemos de manera honesta a las definiciones que hemos dado de beneficencia y autonomía, encontramos en dichas descripciones, no sólo la esencia de lo que ellas constituyen, sino a la vez unos límites claros que permiten establecer certeramente lo que no son. En múltiples ocasiones el desconocimiento de estos límites conduce a actuaciones que pretenden ampararse en el respeto por la autonomía, siendo en realidad negligencia, o en la beneficencia tratándose en realidad de paternalismo.

Hemos dicho que en la naturaleza de la relación médico-paciente se impone el deber de actuar para el beneficio del enfermo. La pregunta que nos debemos entonces plantear es ¿quién ha de decidir qué es benéfico para el enfermo? Mientras los médicos piensen que por haber dedicado parte de su vida al estudio de las condiciones de salud y enfermedad de los individuos son poseedores del derecho de decisión absoluto sobre lo que es bueno o malo, no cabe duda que la respuesta será: el médico. No obstante, es claro que la respuesta surge de la falsa premisa de la “posesión del conocimiento absoluto”, hecho evidentemente ficticio al que hay que agregar la total ausencia de la participación del objeto de la decisión (el enfermo), por lo que conduce a una respuesta naturalmente errada. Este tan frecuentemente cometido desatino constituye el extremo conocido como paternalismo.

El paternalismo en términos generales consiste en actuar en forma tal, que se cree que se está protegiendo o resguardando el interés de un individuo, aunque el obrar de esta manera vaya en contra de su voluntad inmediata o de su libertad de escoger. Es en esta circunstancia en que una mala comprendida “beneficencia” lesionaría el derecho de autonomía. (Esto realmente no es beneficencia).

Por otra parte, al no reconocer la incapacidad del individuo (ausencia de capacidad, libertad, posesión del derecho o información adecuada) para ejercer su autonomía y permitirle deliberar sin que pueda hacerlo, incurrimos en una falta por omisión, que denominamos negligencia. La negligencia es el descuido u omisión respecto a la conducta que se debe observar, y es una de las causales de culpa, que según la doctrina

jurídica se presenta cuando “el agente no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poderlos evitar...”

En la situación descrita, una mala comprendida “autonomía”, lesionaría el principio de beneficencia, pero es obvio aquí, como lo fue en el extremo opuesto, que si no se dan las condiciones para el ejercicio de la autonomía -capacidad, libertad, posesión del derecho o información adecuada- no es autonomía lo que se practica y por lo tanto no se le pueden atribuir a ella los deletéreos efectos producidos.

A partir del origen de la relación médico paciente en algunos casos el paciente no podrá practicar su autonomía, pues la decisión respecto a ésta no ha surgido de una decisión voluntaria, sino de manera espontánea del médico en caso de emergencia o por solicitud de terceros. En estos eventos el médico emprende su labor dirigido por el principio de beneficencia que estrechamente ligado al acto médico hace parte de su esencia.

Dos circunstancias adicionales han de ser consideradas: 1. Aquellas condiciones en las que se determina que el paciente no pueda usar su autonomía y 2. La condición en la cual el paciente desea transferir parte de su autonomía al médico porque confía que actuará de la mejor manera. Siempre que sea posible el paciente debe tener el derecho de decidir autónomamente sobre lo que le conviene, es obligación del médico de manera sincera y desinteresada orientarlo e informarle sobre las posibles opciones. En este tipo de relación no hay contraposición beneficencia-autonomía pues se cuenta con el paciente para decidir lo mejor (lo que lo beneficie).

Hemos ya descrito desde las definiciones las condiciones que limitan la autonomía y sólo bastaría agregar la enorme importancia de la información en este proceso. La información que se presente al paciente debe ser verdadera, clara, completa y discutida con él mismo. Es un derecho esencial del paciente para poner en ejercicio su libertad a la vez que se constituye en deber del médico:

Se insiste en la necesidad de la existencia de un documento en donde expresamente se consienta la práctica del acto médico. Los médicos han prestado particular atención a los procedimientos invasivos, olvidando que cualquier tratamiento puede presentar riesgos y efectos secundarios que deben ser conocidos por el enfermo y expresamente aceptados en forma documental (en casos de emergencia el documento debe obviarse por estar en peligro la vida del paciente, dejando una clara nota a este respecto en la historia clínica).

1. El ejercicio médico se fundamenta hoy en los tres pilares éticos de Autonomía, Beneficencia y Justicia.
2. El análisis cuidadoso y el conocimiento real de los principios de Beneficencia y Autonomía permiten determinar que entre ellos no hay oposición, pues ninguno mira objeto distinto que el bien del paciente.
3. La oposición surge cuando se desvirtúa la Beneficencia en Paternalismo lesionando la Autonomía, o la Autonomía en Negligencia atentando contra el beneficio.
4. Es deber del cirujano ver en el paciente a la persona integral que ante la enfermedad requiere su ayuda, pero que mientras pueda ha de ser libre de ejercer su voluntad.

DIFERENCIAS ENTRE DERECHO Y MORAL

Los dos conceptos parten del deber ser; es decir, describen conductas y situaciones que deben ser cumplidas con base en el concepto de perfección que cada sociedad posee. Y esta idea de perfección ha sido la que ha impulsado el conocimiento y la sabiduría humana, siendo estos dos además su mecanismo de retroalimentación en el sentido de añadir mayor perfección en cuanto mayor es el conocimiento de las cosas.

Se afirma que el Derecho constituye el mínimo moral en la conducta de las personas. Y es apenas obvio que las normas jurídicas no pueden, en términos generales, ir en contra de la moral. Asimismo, lo que para algunos países puede ser norma moral, para otros no lo es. Por lo tanto,

acatar el Derecho no implica necesariamente un deber moral. Y en esto aplica la teoría de la resistencia a algunas normas por parte de quien considera que son totalmente inmorales. Esto es explícito, por ejemplo, en el Catecismo de la Iglesia Católica, en cuyo numeral 1903 expresa: “...si los dirigentes proclamasen leyes injustas o tomaran medidas contrarias al orden moral, estas disposiciones no pueden obligar en conciencia...”

Otros dicen que la norma moral es el mismo derecho natural. En este aspecto vale la pena discutir acerca de la científicidad del concepto de Derecho Natural, pero teniendo en cuenta que el acatamiento del derecho no es necesariamente una obligación moral en todas partes del mundo y que lo que denomina Derecho Natural no es aceptado por todos.

Aunque Derecho y Moral se encuentran imbricados entre sí, puesto que se complementan en algún momento, existen diferencias esenciales, como vamos a ver.

1. DEFINICIONES

A- Derecho es el conjunto de normas que regula vida en sociedad con miras a obtener la coexistencia pacífica, el bien común, la felicidad colectiva y el orden social.

Ejemplo: la Constitución de 1991 expresa en la declaración sobre LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES.

Art. 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Art. 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida

económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

B- Moral es la aplicación a un caso específico de las reglas éticas universales que buscan el bien y desechan el mal, considerando con esto acercarse a la perfección del ser individual. Moral proviene del latín “mores” y Ética del griego “ethos”. Ambos significan: costumbre.

La moral no es simplemente un concepto filosófico. Es una vivencia existencial basada en el mejoramiento o perfección de los individuos. Constituye el código de comportamiento social y personal que defiende los intereses colectivos y permite la convivencia entre personas. La moral es entonces el conjunto de normas de conducta que permite establecer una distinción entre lo que es bueno y lo que no lo es.

El sentido moral nace de la responsabilidad y de la libertad. Es precisamente esta última la que hace que los actos sean susceptibles de ser calificados como buenos o malos, pues en el ejercicio de su libertad y luego de un análisis de conciencia, el ser humano toma la decisión de efectuar un acto determinado. El hombre virtuoso es el que posee una predisposición permanente a hacer el bien, dando en forma permanente lo mejor de sí mismo.

La ética es el estudio de la moral. Plantea cual es el valor de bondad de las conductas mismas, de lo que es correcto o incorrecto. Es entonces la filosofía de la moral y por lo tanto busca causas universales que logren adaptar los actos humanos al bien universal.

Se ha definido además como “ciencia del comportamiento”, pues parte del análisis histórico y social de hechos morales concretos, tratando de llegar a principios universales en forma objetiva, sistematizando

el conocimiento y volviendo verificables estos principios. Es pues, la ciencia que juzga los actos humanos como buenos o malos, entendiendo como acto humano el que procede de la voluntad del hombre.

Como disciplina, la ética es de tipo normativo, es decir, se ocupa del “como debería ser en general” la conducta humana.

La ética se basa en el análisis del bien y del mal. Por lo tanto, dentro de la conducta humana hay acciones que deben normatizarse, con el objeto de evitar que el instinto dirija a la razón. Desde este punto de vista, los actos se llevarán a cabo por convicción propia (nacida de la educación social), por normatización externa y como resultado de una visión general del universo.

La ética no es una ciencia positiva. No describe los actos humanos como son, sino como deben ser. Por esto, es una ciencia normativa. Existen unos principios absolutos para cualquier estructura ética, en lo concierne al ser humano en sí. Ellos incluyen su autonomía de decisión, su individualidad, su igualdad de derechos y la práctica de deberes elementales como no dañar a nada ni nadie sin absoluta necesidad. El estudio y la enseñanza de estos principios “mínimos” de convivencia es el fundamento de la ética social.

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

2. OBJETIVOS DIFERENTES

El Derecho constituye una aplicación objetiva del contrato social que rige la formación del Estado y de esta manera obliga en virtud de la voluntad general. La Moral involucra los principios éticos generales a las situaciones particulares con base en lo que para la sociedad en cuestión es deseable como valores íntimos de cada individuo.

3. TELEOLOGÍA DIFERENTE

El Derecho, por su misma formación, se orienta hacia la coexistencia pacífica y el bien común, regulando las conductas que tengan trascendencia social. La Moral busca la rectitud del actuar con base en el íntimo convencimiento de lo que es bueno.

4. POSEEN DIFERENTE FUENTE

El Derecho nace de la agrupación social una vez organizada y sus fuentes son la Ley, la Jurisprudencia, la costumbre y la doctrina. La Moral se basa en las creencias tradicionales, religiosas e históricas, es decir, en la ideología predominante en la sociedad que se tiene en cuenta.

5. APLICABILIDAD

La Norma Jurídica aplica a las situaciones específicas que se expresan en el Derecho Positivo. Y aquí se da un fenómeno particular: Mientras los particulares pueden hacer todo lo que no se encuentre prohibido por las normas, los funcionarios públicos solamente pueden hacer aquello que esté expresamente regulado por la misma. La norma Moral regula un área mucho más amplia que la del Derecho, puesto que la norma jurídica no puede ocuparse absolutamente de todas las posibles conductas humanas, salvo aquellas que repercuten socialmente sobre otros miembros de la sociedad. Por esto, la norma Moral aplica en todos los actos del individuo, con base en lo que su propia conciencia califique como bueno o malo en cada situación.

6. NACEN Y REPORTAN ANTE DIFERENTES ESTRATOS

Ambas tienen su origen en la sociedad y su cultura. Sin embargo, el estrato encargado de evaluarlas es diferente según el caso. El Derecho nace del conflicto en la convivencia y por lo tanto el encargado de aplicarlo es la Jurisdicción (función pública de administrar Justicia). La moral es consecuencia del concepto que se tenga en cada comunidad sobre lo que debería ser el actuar ideal, siendo su juez la propia conciencia.

7. LA COACTIVIDAD ES DIFERENTE

El Derecho es, por esencia, de obligatorio cumplimiento. Y esto implica que quien no desee cumplir con la norma es obligado por la fuerza a respetarla. La Moral no tiene coactividad externa y solamente afecta la conciencia de quien transgrede la norma ética aplicada.

8. EXTERNALIDAD vs INTERNALIDAD

El Derecho es el juez por excelencia de la externalidad, es decir del reino de la acción. Sin embargo, cabe expresar a este respecto que algunas de sus áreas, especialmente el Derecho Penal, mira siempre la intencionalidad del acto en conjunto con sus resultados. De no ser así, las tentativas no podrían ser juzgadas adecuadamente.

La Moral, por el contrario, juzga el reino de la intención, es decir, la internalidad de la acción. Por ello, le interesa esa intención más que el resultado de la misma.

9. AUTONOMÍA

Si analizamos a fondo el tipo de autonomía de las normas, todas (por su misma naturaleza social), son impuestas desde afuera. Sin embargo, partiendo de la persona con capacidad de autodeterminación, se considera que el Derecho, las normas de trato social y las buenas costumbres son de origen heteronómico, es decir, vienen impuestas desde fuera de la conciencia individual. La Moral se considera autónoma, pues el individuo acata sus normas de manera libre y consciente, aunque como dijimos antes, la influencia de la familia, la educación y la sociedad en la aceptación de las mismas no es exactamente libre de cualquier influencia.

10. OBLIGATORIEDAD

Se relaciona con la coactividad. Sin embargo, desde el punto de vista de convencimiento interno, la norma Moral obliga solamente a la conciencia, por lo cual una persona puede ejercer un acto inmoral a conciencia, sin tener que rendir cuenta de su intención más que a

sí mismo. El Derecho obliga por la coactividad que posee y puede verse que sus normas se acaten aún a repugnancia de quien lo hace, simplemente por miedo al castigo que se puede obtener por la violación de las mismas.

11. SANCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

La sanción por incumplimiento del Derecho se encuentra determinada en los códigos. Y esto es fruto de varios principios jurídicos entre los cuales destaca el que afirma: No hay delito si no está tipificado. No hay pena sin delito.

La pena por violación a normas éticas es patrimonio de la conciencia de cada persona. Y no se crea que esto no tiene repercusión. Porque puede darse el caso de alguien a quien no interese mayormente la trasgresión de las normas morales, mientras otras personas que lo hacen pueden llegar a actos de castigo tan severos como el mismo suicidio.

12. RESULTADO vs INTENCIÓN

Este es un punto controversial en la diferenciación de las diversas normas sociales que tienen relación con el deber ser. El Derecho, al juzgar el resultado de la conducta tiene en cuenta la intención pero también el resultado. Es el problema clásico de las obligaciones de medio y de resultado. De igual manera, al Derecho Penal interesa la intención del actuante, para poder considerar la gravedad y magnitud del delito. Y aunque no se adjudique el dolo a muchas actuaciones que produzcan un efecto dañoso, la no observación de normas de elemental cuidado social puede traer como consecuencia el caer en el campo de la culpa, la cual puede ser severamente castigado por el Derecho.

La Moral tienen en cuenta, esencialmente, la intención del actuar. Y así el resultado no sea el esperado, esa intención califica al acto de moralmente bueno o malo según el caso.

El sentido moral nace de la responsabilidad y de la libertad. Es precisamente esta última la que hace que los actos sean susceptibles de ser calificados como buenos o malos, pues en el ejercicio de su libertad

y luego de un análisis de conciencia, el ser humano toma la decisión de efectuar un acto determinado. De acuerdo con algunos doctrinantes, la moralidad de los actos humanos depende de tres cosas:

-El objeto elegido, o dirección hacia el cual tiende la voluntad.

-La intención o fin, en la que actúa la voluntad y la razón.

-Las circunstancias de la acción.

Para que un acto sea moralmente bueno, deben ser buenos los tres elementos. Por lo tanto, juzgar los actos humanos solamente con base a su intención, es erróneo. El fin no justifica los medios y no es permitido hacer el mal para conseguir un bien.

13. CONSECUENCIAS DEL EXCESO

Todas las normas tienen extremos cuando se trata de su aplicación. La Norma de Derecho, al no ser aplicada, crea desorden social e inseguridad jurídica. Pero al serlo sin tener en cuenta circunstancias específicas de cada caso, puede dar lugar a injusticia e inequidad. Y si bien es cierto que los jueces están sujetos al imperio de la Ley, no es menos cierto que cada situación es diferente como lo es cada persona. De allí la necesidad de la doble instancia, de los recursos, de la jurisprudencia de las cortes, etc. Adicionalmente, la aplicación exegética de la norma sin tener en cuenta esas circunstancias, puede dar lugar a la violación de uno de los principios generales del derecho: el abuso del mismo.

Por su parte, la norma Moral puede también ser objeto de excesos. Por un lado si no existen principios éticos claros en la conducta personal, se puede llegar a un estado de elasticidad moral que es totalmente inaceptable en la vida diaria. Y la sujeción ciega a los dictados morales, especialmente cuando tienen su base en la religión, puede llevar al fanatismo conductual, del que poseemos miles de ejemplos en la historia.

14. SUBJETIVIDAD vs OBJETIVIDAD

El Derecho es por definición objetivo. Sus normas son claras, escritas y al promulgarse se dan a conocer a toda la sociedad.

La norma moral es básicamente subjetiva, aunque se presentan excepciones, como el caso de las normas de conducta de ciertas profesiones y oficios, que tratan de objetivizar la conducta moral.

15. TIPO DE JUSTICIA A LA QUE SIRVEN

Existen varias definiciones de justicia, dependiendo del punto de consideración: virtud teologal, disposición a la equidad, poder judicial, rectitud, probidad, justicia conmutativa, justicia distributiva, etc.

En términos generales, la norma jurídica sirve a la Justicia objetiva, es decir, a lo que se establece en los códigos y su interpretación y aplicación por parte de los jueces.

La norma Moral sirve a la Justicia subjetiva, es decir, a lo que mueve la conciencia del individuo a actuar correctamente con base en la definición de bien o mal que él mismo posea.

16. VALORES INTERPUESTOS

En el Derecho los extremos dialécticos son el orden y el desorden, la convivencia y la tolerancia, el bien común y el bien individual en la sociedad.

En la moral estos son el Bien y el Mal. La perfección y la imperfección íntimas.

POR QUE EL DERECHO PREVALECE SOBRE LA MORAL?

Para entender el derecho como fenómeno eminentemente social, es necesario partir de la historia humana misma. Y, para comprender la evolución de las sociedades, la formación y destrucción de los estados, la obediencia de miles de hombres en el curioso fenómeno de la guerra, la autodestrucción que siempre ha caracterizado a nuestra especie, la posibilidad de convivir con nuestros semejantes en medio de un intenso amor y un profundo odio, hay que analizar al ser humano en

todos sus aspectos, en la grandiosidad de su pensamiento y en la bajeza de sus acciones, en su sed de trascendencia y en su enorme egoísmo, en su impresionante capacidad de conocimiento abstracto y en la simplicidad de sus actos cotidianos. En una palabra, en su integridad como el mayor predador que ha engendrado el universo y, al mismo tiempo, la obra más delicada que la creación ha podido entregar como producto en evolución permanente.

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

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

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

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

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

2. ASPIRA A SER JUSTO Y EQUITATIVO. Debido a su tránsito por el órgano que estudia, discute y aprueba la ley, el derecho tiene

aspiración de ser justo en el campo que a cada ley compete. Es apenas lógico que la norma no puede complacer a la totalidad de los ciudadanos, e incluso puede ser no muy popular entre la mayor parte de los miembros de la sociedad, como en el caso de los estatutos tributarios o de impuestos. Sin embargo, cada Ley intenta proteger bienes jurídicos importantes y que benefician a la mayor parte de la sociedad.

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

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

En Roma, Celsus definió derecho como el arte de lo bueno y de lo justo (IUS EST ARS BONI ET AEQUI).

Para MANUEL KANT el derecho es un elemento regulador por excelencia, el cual orquesta las acciones humanas y permite la convivencia entre las personas. Dentro de esta regulación se permite el ejercicio de la libertad individual siempre y cuando no afecte el espacio de cualquier semejante. Decía que el derecho es el conjunto de condiciones mediante las cuales el libre arbitrio del uno puede acordarse con el otro siguiendo una ley general de la libertad”.

RODOLFO STAMMLER coloca al derecho como la justificación existencial de cualquier forma de relaciones sociales. Por ejemplo,

la economía tiene sentido en cuanto obedece a relaciones jurídicas predeterminadas socialmente. Afirmar que “El derecho es la voluntad vinculante, autárquica e inviolable”

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

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

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

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

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

En resumen, el Derecho:

- Es una ciencia social que estudia la regulación del comportamiento humano en sociedad.

- Es elemento fundamental para regular la conducta humana en la sociedad.

- Se basa en la aceptación de la norma y la Ley por parte de los miembros de la comunidad.

- Debe expresar un ideal ético de justicia, aspirando a ella aunque no necesariamente garantice su respeto.

- Conjuga la autonomía individual con el bien común.

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

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

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

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

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

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

transformaciones de la civilización moderna.

En la época primitiva existía la venganza privada, se hacía con propia mano, es decir, se aplicaba directamente el derecho (no era específicamente la ley del talión) pero si el delito era muy grave se pagaba con la vida, si era leve se acudía a otro de castigo como los azotes. Luego aparece la Ley del Tali3n, una de cuyas expresiones hist3ricas es el C3digo de Hammurabi, que ordenaba cobrar un da3o a trav3s de otro da3o en la persona de quien lo cometía. El sistema composicional es de origen ico similar a la venganza privada pero con diferentes especificaciones, se retribuía el mal causado en especie pero no por propia mano ya que intervenía el Estado y el pago consistía en dos partes: una para el lesionado y otra para el Estado. Luego aparece el sistema de expulsión del individuo del seno de la comunidad para lograr estabilizar la armonía social.

El derecho regula tres tipos de acciones: Las acciones obligatorias (Ej: obedecer una orden judicial), las prohibidas (V gr: ocasionar lesiones personales) y las permitidas (Ejemplo: postularse a un puesto p3blico) que puedan afectar a otros miembros de la sociedad.

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

Al juzgar el acto humano desde el punto de vista jur3dico no pueden tenerse en cuenta consideraciones trascendentes de tipo místico, porque las creencias religiosas son subjetivas, et3reas, personalísimas, no demostrables, no científicas y todas, absolutamente todas, dignas del mayor respeto. Son idénticamente iguales el cristianismo, el judaismo, el islamismo, el protestantismo, el budismo, el taoismo y cualquier otra línea de creencias humanas, así se encuentren impregnadas de fantasías, deseos, historietas, milagrerías y mártires de todo tipo. De la misma forma, el ateísmo es tan respetable como cualquiera de las otras.

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

El respeto que siente el hombre por el conocimiento es una de sus características más particulares. En latín, conocimiento se dice “scientia” y ciencia llegó a ser el nombre de la clase de conocimiento más respetable. Qué distingue el conocimiento de la superstición, la ideología o la pseudo-ciencia? La Iglesia Católica excomulgó a los copernicanos, el Partido Comunista persiguió a los mendelianos por entender que sus doctrinas eran pseudo-científicas. La demarcación entre ciencia y pseudo-ciencia no es un mero problema de filosofía de salón; tiene una importancia social y política vital. (...) realmente lo que caracteriza a la conducta científica es un cierto escepticismo incluso con relación a nuestras teorías más estimadas. La profesión de la fé ciega en una teoría no es una virtud intelectual sino un crimen intelectual.(...) el valor cognoscitivo de una teoría nada tiene que ver con su influencia psicológica sobre las mentes humanas. Creencias, convicciones, comprensiones... son estados de la mente humana. Pero el valor científico y objetivo de una teoría es independiente de la mente humana que la crea o la comprende. Su valor científico depende solamente del apoyo objetivo que prestan los hechos a esa conjetura. Como dijo Hume: `si tomamos en nuestras manos cualquier volumen de teología o de metafísica escolástica, por ejemplo, podemos preguntarnos: Contiene algún razonamiento experimental sobre temas fácticos y existenciales? No. Arrojémoslo entonces al fuego porque nada contendrá que no sean sofismas e ilusiones’(...)”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

REDUCCIÓN FETAL

Mucho se ha discutido y criticado la posición de la Corte Constitucional respecto de las condiciones de despenalización del aborto. Sin embargo, no se ha tenido en cuenta una de las formas más frecuentes de aborto provocado, cual es la denominada “reducción fetal”, en los casos de infertilidad femenina e implantación de óvulos fecundados en el útero.

La primera reproducción asistida extracorpórea tuvo efecto en 1978, cuando se fecundó un óvulo en el laboratorio y se implantó en el útero de una mujer.

Desde entonces, la cantidad de problemas éticos ha venido en aumento, pues los procedimientos y sus consecuencias se encuentran, con mucha frecuencia, en contravía con conceptos clásicos de regulación de la conducta médica y, lo que es más grave, con algunas normas del ordenamiento jurídico.

Tal sucede con la denominada “reducción fetal”, consistente en la eliminación de un número de embriones implantados en el útero materno y viables desde el punto de vista biológico. Veamos cuál es la esencia del asunto.

Para producir un EMBRION ADECUADO es necesario fecundar varios oocitos. A su vez, para aproximarse a un embarazo exitoso, se deben implantar varios embriones y, lo que complica aún más las

cosas, deben guardarse bajo congelación, un número adicional de embriones, en caso de no lograrse el resultado deseado en el primer intento de implante.

Hasta aquí surgen numerosos dilemas: ¿Qué pasa con los embriones guardados? ¿Qué sucede con los que una vez implantados muestran signos de enfermedad a futuro? Y, en el caso que nos ocupa: ¿Qué debe hacerse cuando logran anidar en el útero más embriones de los deseados?

Porque puede ocurrir que, en caso de ser viables dos o más embriones en la mucosa uterina, los padres no estén preparados para recibir dos, tres o más hijos al mismo tiempo. O, como hemos mencionado, uno o más de ellos muestren deformidades, alteraciones estructurales o elementos diagnósticos claros de enfermedades congénitas o hereditarias.

Por otro lado, es posible que la futura madre quien ha recibido la implantación, tenga problemas de orden médico que adviertan un grave peligro en caso de embarazo múltiple.

La primera consideración es respecto de la “humanidad” del embrión. Existen cuatro puntos de vista: El primero que plantea, que desde el momento mismo de la concepción el embrión posee vida humana. El segundo que afirma que, aunque no es aún ser humano como tal, debido a su posibilidad de desarrollo dependiendo de algunas condiciones biológicas y bioquímicas, tiene la potencialidad humana y, el solo hecho de tenerla, debe ser considerado suficiente para asignarle el derecho de humano. La tercera, que enfatiza en que solamente es ser humano aquel que ha desarrollado corteza cerebral demostrable. Por último, los que no creen que deba ser considerado humano en tanto no es persona para muchos ordenamientos jurídicos, antes del momento mismo del nacimiento.

El Código Civil Colombiano define en su artículo 90:

Art. 90.- La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el

vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás.

Es claro entonces que el nasciturus no es, jurídicamente, una persona. Y si muere antes de haber respirado “siquiera un momento”, no ha existido jamás como persona.

Esto no quiere decir que la Ley no proteja a la criatura por nacer. Por el contrario, el mismo Código expresa:

Art. 91.- La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona, o de oficio, las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligr.

Art. 93.- Los derechos que se diferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En el caso del inciso del artículo 90 pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido.

Como mencionábamos en otro artículo: el embrión es un sistema con todas las propiedades y características de la vida humana. No es simplemente una masa de células. Es una unidad diferente a la que le dio origen. Y son de características humanas. Tampoco es un simple tejido. Es heterogéneo y da lugar a varias líneas celulares. Por lo tanto, el cigoto diploide es ya un embrión. Por lo anterior, nació el denominado “Estatuto del Embrión”, que protege los derechos inherentes al mismo y está en proceso de aceptación universal.

La reducción fetal, también denominada “terminación selectiva”, no es ni más ni menos que un aborto provocado selectivo, desde el punto de vista técnico, científico y jurídico, con todas las consecuencias legales a que se ve sometido quien lo practica y la mujer que lo permite.

Desde el punto de vista penal, se encuentra clasificado dentro del grupo de delitos que atacan contra la vida en formación, es decir, contra la vida del nasciturus o ser humano por nacer, en donde se presenta una interrupción violenta del proceso de gestación del cual se deriva la muerte del fruto de la concepción.

Los elementos para que se configure el aborto incluyen: La existencia real del embarazo. Que se opere sobre el fruto de la concepción, es decir, en el nasciturus y que éste desde luego tenga vida, pues si no la tiene hay carencia de objeto. Que se produzca la muerte o destrucción de ese fruto en formación, es decir, que se destruya el proceso de vida. Y que dicha muerte sea a consecuencia de las denominadas maniobras abortivas.

Si el fruto de la concepción es expulsado prematuramente por provocación y éste sale con vida, la muerte que se le ocasiona luego tipifica un homicidio y desde luego que puede ser agravado. Es decir que, si durante el proceso de parto se produce muerte intencional del que está naciendo, la acción abortiva constituiría un homicidio y no un aborto.

Cuando se realiza el aborto seguido de la muerte de la mujer por razón de las maniobras abortivas de un tercero hablaremos de aborto en concurso con un homicidio culposo:

Art. 122. Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.

Art. 124. Circunstancias de atenuación punitiva. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

Parágrafo. En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el

funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto.

Por lo anterior, siendo exegéticos en la aplicación de la Ley, la reducción fetal es una forma de aborto provocado y altamente selectivo, el cual va en contravía del ordenamiento jurídico y constituye claramente un delito tipificado por el Código Penal.

Desde luego se considera lógico que se presenten proyectos de Ley ante el Congreso, con el fin de estudiar más a fondo la cuestión, pues el desarrollo tecnológico y científico humanos no pueden verse totalmente encasillados por la norma, que debe ir evolucionando con la misma sociedad.

Quizás se encuentre algún fundamento en el párrafo del artículo 124 del Código Penal, que expresa:

Parágrafo. En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto.

Pero la conducta de aborto sigue siendo un acto ilegal, con las excepciones que ya expresó muy claramente la Corte Constitucional.

Dura Lex, est Lex!!!!!!

CONCLUSIONES FINALES

Colombia es un Estado Social de Derecho en donde han sido evidentes los esfuerzos por garantizar la protección ciudadana, a pesar de las dificultades que la misma estructura social presenta en su contexto de violencia indiscriminada.

En Colombia hay libertad de cultos. Y si en algún momento se ha hablado de la moral cristiana como una especie de guía de la moral comunitaria colombiana, ha sido porque la mayoría de los colombianos profesa la religión católica. Con esto se quiere significar que Colombia

no es un estado fundamentalista católico o cristiano, sino una sociedad multicultural en donde la libertad de pensamiento prevalece sobre cualquier otra consideración.

Lo que ha permitido sobrevivir a nuestras múltiples vicisitudes no es la regulación conductual a través del convencimiento moral. Si esto fuera así, los colombianos no seríamos tan violentos y despectivos del respeto al prójimo. Por el contrario, lo que nos ha permitido vivir dentro de ciertos parámetros de decencia humana ha sido la presencia de la ley y el miedo a la pena que acompaña a la realización de cualquier acto delictivo. Y aun así, se siguen cometiendo crímenes de la más grave atrocidad.

Es una suerte para nuestro estado que la moral médica se haya plasmado como una ley objetiva en la Ley 23 de 1981 y en su decreto reglamentario 3380 de 1981, así como en las ya numerosas sentencias de los tribunales de ética médica, en donde existen hasta la fecha más de quince mil procesos que juzgan la conducta médica. Dura realidad esta última, que demuestra que al menos veinticinco por ciento de los médicos colombianos en todo el territorio, han sido denunciados y juzgados por nuestros tribunales por quejosos de toda índole.

Por lo tanto, siendo esta estructura disciplinaria ético médica parte de la presencia del Estado en la actividad profesional de los galenos de nuestro país, debe ser obediente, ajustada y cumplidora de la ley, la cual se encuentra por encima de cualquier consideración moral cuando se analiza la conducta humana ya exteriorizada, con las repercusiones que pueda tener sobre la sociedad.

Como particulares en ejercicio transitorio de una función pública, somos parte del aparato estatal que regula la conducta médica. Y no podemos dejar de aplicar la norma porque estemos o no de acuerdo con ella, sino porque es nuestra obligación, independientemente de los principios morales particulares de cada uno. Y si así no fuera, quien pertenezca a este aparato regulatorio, en caso de no desear aplicar la ley por convencimiento moral contrario a la misma, debería renunciar a su cargo de magistrado del tribunal a cualquier nivel.

En resumen, la Ley se encuentra por encima de cualquier consideración diferente cuando se encuentra alguien revestido de autoridad para aplicarla.

Son suficientes las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de las facultades que le confiere la Ley 23 de 1981.

RESUELVA

ARTICULO PRIMERO. Confirmar, como en efecto confirma, la decisión de sancionar al médico XX , identificado con C.C No. ... de ...y Registro Médico ... de ..., por parte del Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas, con suspensión en el ejercicio de la medicina por espacio de un(1) mes. **ARTICULO SEGUNDO.** Remítase el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. **NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.** Fdo. MIGUEL OTERO CADENA, Presidente (E); FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado Ponente; GUILLERMINA SCHOONEWOLFF DE LOAIZA, Magistrada; EFRAIM OTERO RUIZ, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS y MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaria.

DECLARACIÓN DE NULIDAD DE OFICIO.

Bogotá, noviembre primero (01) del año dos mil once (2011).

SALA PLENA SESIÓN No.1110 DEL PRIMERO (01) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL ONCE (2011).

Ref: Proceso No. 511 del Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico

Contra el doctor X

Denunciante De oficio

Magistrado ponente: Fernando Guzmán Mora

Providencia No. 103-2011

VISTOS.

Por la noticia aparecida en un periódico de Barranquilla en que informaba sobre la muerte de la paciente A, luego de una histerectomía realizada en el Hospital General de esa ciudad se inició investigación oficiosa sobre tales hechos por parte del Tribunal de Ética Médica del Atlántico.

Durante la investigación preliminar se escuchó en declaración bajo juramento al sindicado X, por haber sido el especialista que realizó dicha intervención quirúrgica.

Abierta la investigación disciplinaria se lo vinculó mediante versión libre y posteriormente se le formularían cargos por presuntas vulneraciones a la ley de Ética Médica.

El defensor postula la existencia de una nulidad, que es negada por el Tribunal de primera instancia mediante providencia del 17 de agosto de 2011.

Conoce ésta Corporación del recurso de apelación interpuesto oportunamente contra la decisión anterior.

La Corporación decide lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes

HECHOS.

Fueron sintetizados de la siguiente manera por el Tribunal de primera instancia en el auto de formulación de cargos:

“La investigación de oficio se originó por conocimiento que se tuvo de unos hechos que aparecieron en el diario El Heraldo de Barranquilla, Colombia, de fecha 9 de febrero de 2010. Según esa publicación la señora A, de 47 años, falleció 8 días después de habersele practicado una histerectomía vaginal en el Hospital General de Barranquilla. Dicha paciente fue trasladada posteriormente a otra clínica, donde permaneció en cuidados intensivos. Según esa publicación se lee textualmente: “ en la historia clínica de A está consignado que le perforaron una arteria uterina en la histerectomía vaginal “. Luego sufrió una hemorragia interna y tuvieron que rajarle el abdomen (sic). Se anota además: “ Ellos están convencidos (Familiares) de que se cometieron una serie de descuidos, por tratarse de una paciente atendida por el Sisben “.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS.

El solicitante estima que en el curso del proceso se cometieron irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, de la misma manera que se vulneró el derecho a la defensa:

“.....en razón a que se llamó al investigado X a una declaración jurada el día 3 de mayo de 2010, a la cual acudió desprevenido y por supuesto sin la compañía ni asesoría de su abogado de confianza, siendo sometido a un interrogatorio en donde realizó una

serie de declaraciones, por supuesto, sin saber a lo que se estaba enfrentando”.

.....

Para luego, una vez “ perfeccionada “ la investigación con la práctica de estas once (11) pruebas testimoniales, proceder mediante auto del 20 de octubre de 2010 con la VINCULACIÓN TARDÍA del doctor X, citándolo para diligencia de versión libre que se llevó a cabo el 4 de febrero de 2011 ante la presencia del Magistrado instructor, el investigado en dicha diligencia corrigió las afirmaciones anteriormente expresadas, en la mencionada diligencia de declaración jurada del 3 de mayo de 2010.

El Tribunal de primera instancia, mediante providencia del 17 de agosto de 2011 negó la nulidad solicitada, formulando entre otros los siguientes argumentos:

“ La etapa preliminar o instructiva, es donde el instructor asignado, recauda todas las pruebas tendientes a encontrar la verdad de los hechos. En esta etapa se identifica al médico inculcado y se debe probar que es médico, que tienen un registro médico.

Para iniciar esta etapa se debe tener certeza de lo que se va a investigar, conocer los hechos, para poder analizar el acervo probatorio en forma imparcial. Todo lo recaudado se debe tener en cuenta, las pruebas favorables al médico inculcado y las desfavorables.

En esta etapa se puede vincular a los médicos que después de analizadas las pruebas recaudadas, presenten por lo menos una prueba sumaria del acto médico que se considere reñido con la ética médica. Sobre todo en los casos en que la denuncia sea indeterminada, no quiere decir esto que en los casos donde se denuncie a determinado médico no se pueda vincular a otros que considere el instructor que su acto médico riña con la ética médica. Esta etapa se inicia con el auto cabeza de proceso.

Es en ésta etapa después de recaudar las pruebas necesarias, para establecer si los médicos que atendieron a la paciente actuaron conforme lo establecido en el código de ética médica, y es por esto que se escuchan en declaración jurada, y posteriormente se hace un auto de vinculación señalando los motivos por los cual fue vinculado. Este auto se notificó por estado y se le comunicó al doctor X, a quien posteriormente se le llamó a versión libre, para el día 22 de noviembre de 2010

.....

Alega la defensa que el inculpado Doctor X, fue vinculado tardíamente.

Si analizamos el auto cabeza de proceso se inicia la investigación solicitando pruebas que perfeccione el objeto de la investigación, para finalmente vincular a los presuntos responsables, sin violar las fronteras constitucionales y legales en torno al derecho de defensa, la contradicción, publicidad e igualdad de oportunidad para la prueba.

Al iniciar la investigación sólo se conocía el nombre de la paciente, y la institución donde sucedieron los hechos, por lo que se solicita oficiar a la mencionada institución para que nos envíen la Historia Clínica, a fin de tener conocimiento qué médicos atendieron a la paciente, llamarlos a declarar para identificarlos y tener conocimiento del acto médico que realizaron cada uno (sic).

.....

No podemos hablar de vinculación tardía, si en el proceso no obra medio alguno que permita citar a las personas, conocer cómo ocurrieron los hechos y quiénes los llevaron a cabo, ya que esta falencia de información se convierte en límite de las normas que exigen la pronta vinculación; si por el contrario existen fuentes diáfanos que permitan conocer la persona que no realizó el acto médico acorde a la lex artis.

.....

El inculpado doctor X y su abogado defensor doctor LUIGI CARLO CIANCI FLÓREZ, a partir del auto de vinculación y la diligencia de versión libre han podido solicitar pruebas y controvertir las pruebas, sin embargo no lo hicieron.

Con base en lo antes argumentado se niega la nulidad solicitada.

El defensor en tiempo oportuno interpondría y sustentaría el recurso de apelación contra la anterior decisión. Entre los argumentos de sustentación la defensa sostiene:

“...lo primero que debemos argumentar es que extraña al suscrito, a pesar del esfuerzo narrativo hecho por el Honorable Tribunal de Ética Médica del Atlántico en la decisión que ahora se impugna, que NADA SE HAYA DICHO en torno a uno de los puntos que consideramos constitutivos de nulidad, a pesar de que se transcribió textualmente lo dicho por la defensa en el acápite “ fundamento de la petición de nulidad “ el cual tiene que ver con haber escuchado en una DECLARACIÓN JURADA AL INCULPADO, y lo que es peor, con la utilización de lo dicho en la misma en su contra, en franca contradicción de la garantía constitucional de la no autoincriminación de que trata el artículo 33 de la Carta Política.

Decíamos en la solicitud de nulidad, y ahora lo reiteramos que se tuvo como prueba principal y prácticamente ÚNICA para elevar pliego de cargos la declaración jurada rendida por mi cliente el 3 de mayo de 2010, lo cual es completamente inaceptable, pero de fácil demostración para el suscrito, toda vez que si revisamos el acápite de “ apreciación de las pruebas “ podemos observar que se dedica la Colegiatura a analizar la mencionada declaración jurada, incluso haciendo citas textuales, anunciando comparaciones y manifestando que existen contradicciones con lo que se pretende afirmar en la versión libre, sin analizar y solo mencionando las demás pruebas recaudadas.

.....

Reiteramos entonces el énfasis hecho al manifestar que el investigado NO SE LE PUEDE ESCUCHAR BAJO LA GRAVEDAD DE JURAMENTO, en razón del artículo 337 del C. de P. P. –Ley 600 de 2000, aplicable al presente caso por vía de remisión de los artículos 82 de la Ley 23 de 1981 y 47 del Decreto 3380 de 1981, el cual además establece que el investigado podrá guardar silencio y la prohibición de derivar de tal comportamiento indicios en su contra, así como que esta es voluntaria y libre de todo apremio.

Por lo tanto la brecha existente entre la diligencia de versión libre que se le toma al investigado y la de declaración jurada es irreparable, toda vez que la segunda como se sabe es obligatoria y comporta una serie de responsabilidades morales y legales (sanción penal en contra de quien declare falsamente), propias de un testigo pero no del ciudadano (médico en este caso) inculpado.

Ahora, si dicha declaración fue tomada bajo la gravedad del juramento, independientemente de si ello tenga o no justificación dentro de la actuación, lo cierto es indiscutible de caras a la legalidad y respeto de las garantías procesales del galeno, es que POR NINGUNA RAZÓN SE PUEDE UTILIZAR EN CONTRA DE UN INVESTIGADO LO QUE HUBIERA DICHO EN DECLARACIÓN JURADA, simplemente porque este no puede ser sometido a la formalidad del juramento, pues, en ese momento no gozaba de las garantías procesales que la Constitución le provee y por lo tanto podríamos decir que dicha prueba es inconstitucional e ilegal.

Es claro entonces que no estamos de acuerdo con que se hubiera escuchado en declaración jurada al doctor DEL RIO ROLDÁN por ser improcedente e ilegal, y además porque DE LA SIMPLE LECTURA DE LA HISTORIA CLÍNICA O DEL CUADRO DE TURNOS DE LA INSTITUCIÓN SE PODÍA SABER QUIÉN ERA EL GINECÓLOGO QUE HABÍA REALIZADO LA CIRUGÍA, pero menos lo podemos estar con que se cree una prueba en contra de éste a partir de haberlo escuchado bajo la gravedad del

juramento, y mucho menos con que se ponga en duda lo dicho en la versión libre del investigado (principal medio de defensa material) por esa misma razón.

.....

Por otro lado, en lo que si podemos alegar nuestro distanciamiento directo con la Colegiatura, porque si se refirió a ello en la decisión, es en lo atinente a la VINCULACIÓN TARDÍA DEL PROCESADO, toda vez que en nuestro sentir sí se presentó dicho fenómeno vulnerador de derechos fundamentales, porque si luego de la declaración jurada del 3 de mayo de 2010 (como lo deja ver el pliego de cargos) se definió quién era el responsable de la conducta reprochada como contraria a la ética médica, por qué no se le vinculó inmediatamente a la investigación como sujeto procesal, para que participara en la práctica de las pruebas ordenadas por el Tribunal.

Nos preguntamos entonces, por qué se esperó a que se practicaran todas las pruebas ordenadas en auto del 7 de abril de 2010 sin hacerle saber que era el investigado, y lo que es peor, por qué no se le vinculó antes del auto de 4 de agosto de 2010, mediante el cual se ordenan unas nuevas pruebas de las que tampoco participó. Por qué se llamó a versión libre solo hasta el 22 de noviembre de 2010, cuando habían pasado (6) seis meses de arduo recaudo probatorio con el inculpado plenamente identificado e individualizado pero no vinculado.

Finalmente termina solicitando que se revoque la providencia impugnada y en su lugar se decrete la nulidad de todo lo actuado con posterioridad al auto del 11 de febrero de 2010, por concretarse las causales de nulidad previstas en los numerales 2 y 3 del artículo 306 de la ley 600 de 2000.

En la providencia de formulación de cargos (18 de mayo de 2011) se analiza la declaración que bajo juramento rindió en la investigación preliminar el Dr. Del Río Roldán. En tal sentido se puede leer:

“Analicemos la declaración jurada que rindió el doctor X (folio 178, 179), concretamente hizo las siguientes afirmaciones: que la paciente estaba programada para una histerectomía vaginal para un prolapso total él le realizó el procedimiento, el transoperatorio ocurrió normalmente. Puntualizó que le llamó la atención que en una de las ligaduras de la arteria uterina se rompió la sutura, porque nos habían dado una sutura que no era adecuada. Dos horas después le comentaron que la paciente estaba sangrando por vía vaginal en la sala de recuperación, por lo que decidió nuevamente pasar por el quirófano para revisión, encontrándose un sangrado discreto en la cúpula vaginal. Resaltamos que el declarante afirma que la paciente al ser revisada nuevamente porque estaba hipotensa, la encontró en un shock hipovolémico, por lo que fue necesario reintervenirla, encontrándose un hemoperitoneo de 3000 Cc.. Resalta que uno de los pedículos (supone pedículos de la arteria uterina) estaba sangrando, por lo que lo suturó. Así las cosas, podemos resaltar que evidentemente la paciente presentó un episodio hemorrágico postquirúrgico que la llevó a un shock hipovolémico con las consecuencias que pueden ser visibles en la historia clínica. Comparemos lo que el doctor X, ya vinculado formalmente a esta investigación disciplinaria, manifestó en su diligencia de versión libre y espontánea (folio 218,220) con la declaración jurada antes dicha. Es concordante el versionista con que efectivamente le practicó a la paciente una histerectomía vaginal en el Hospital de Barranquilla el 1º de febrero de 2010. Que fue un transoperatorio sin aparentes complicaciones. Que dicha paciente en la sala de recuperación presentó un sangrado por vía vaginal, aproximadamente dos horas después, cosa que aparece visible en una nota de evolución de la historia clínica (folio 118 envés arriba), y afirma que los signos vitales estaban estables, que no tenía signos de shock hipovolémico. Ya hemos resaltado en el análisis de la historia clínica que en esa nota no aparecen los signos vitales, ni se señalan las condiciones clínicas de la paciente. Y además en su declaración jurada sí dice que se encontraba hipotensa y pálida, en esa misma declaración afirma que el sangrado de la cúpula

vaginal era en capas y tomó unos puntos en dicha cúpula y este dicho es congruente con lo que dice en su versión libre. Después de éste evento del sangrado vaginal, coincide el versionista con su declaración jurada en que posteriormente la señora MARIBEL ÁLVAREZ QUIRÓZ, presentó 25 minutos después hipotensión, marcada palidez, en malas condiciones e inestable. Y se evidenció un shock hipovolémico y se le practica una laparatomía exploradora, y es en este procedimiento donde el versionista dice haberse hecho hemostasia de vasos sangrantes en la cavidad abdominal, que parecían provenir de pedículos y cercanos a la cúpula, además del hemoperitoneo de aproximadamente 3000 cc., señala también, los eventos ya anotados en la historia clínica del paro cardíaco y su remisión a un tercer nivel de cuidados críticos. El versionista puntualiza lo siguiente: “ en la declaración anterior habíamos dicho que suponíamos que un evento casual que ocurrió durante la primera cirugía (histerectomía vaginal), al romperse un nudo hubiera podido tener algún efecto en lo ocurrido, sin embargo eso no se pudo comprobar “. Anotemos lo que textualmente dijo en su declaración jurada: “ los detalles que llamaron la atención fue que en una de las ligaduras de la arteria uterina se rompió la sutura, porque nos habían dado una sutura que no era la adecuada “. El inculcado en su versión libre acepta que se le dio material de suturar Vycril O en vez de el número 1, pero que este es un excelente material de sutura, y no se le puede atribuir a ese incidente de la ruptura que haya sido la causa directa del sangrado masivo de la paciente “. Pero veamos lo que afirmó al respecto en la declaración jurada cuando se le pregunta que por qué cree usted que sangró la paciente y contestó: probablemente por el vaso que estaba sangrando por la arteria uterina y es posible que el tipo de sutura empleado haya influido en eso, porque era Vycril O y es preferible utilizar el vycril 1. Esto es contradictorio con lo que pretende afirmar en su versión, intentando restarle importancia al uso de un material de sutura diferente al que debe utilizarse en ese tipo de operaciones, Vycril 1, argumentando también que no se puede atribuir a ese incidente de la ruptura que haya sido la causa directa del sangrado masivo. Lo que se aprecia

en estas dos pruebas, declaración jurada y versión libre, del doctor X, es la evidencia de que se rompió la sutura del muñón residual de la arteria uterina en la histerectomía vaginal y que él mismo afirma en esas dos diligencias Otra afirmación que llama la atención del versionista es la siguiente: “considero también que el sangrado de cúpula no parecía tener relación con el sangrado posterior que se dio intra abdominalmente”. Además, se deduce de su versión que la paciente en estado crítico después de la laparatomía exploratoria sólo fue trasladada a la clínica Altos de San Vicente aproximada 6 horas después.

Antes de entrar a resolver el asunto materia del recurso, es oportuno, hacer algunas precisiones de carácter procesal, porque es evidente que los criterios expuestos por el Tribunal de primera instancia, son equivocados.

En vigencia de la Ley 600 de 2000, la apertura de investigación preliminar tenía como objetivo despejar las dudas que pudieran existir en relación a si los hechos denunciados constituían infracción a la ley penal, si el autor o partícipe habría actuado al amparo de una causal de exención de responsabilidad penal, si se cumplían los requisitos de procesabilidad para iniciar la acción penal o para recaudar las pruebas indispensables para la individualización o identificación de los autores o partícipes.

Lo anterior, para evitar lo que sucedió en codificaciones procesales del pasado, en los que se dictaba auto cabeza de proceso, en relación con hechos que nunca han debido ameritar tal decisión, puesto que no constituían una infracción a la ley penal, o porque el autor o partícipe había actuado al amparo de una causal de irresponsabilidad penal o porque por circunstancias procesales específicas no se debe abrir proceso penal o cuando los autores o partícipes no estaban individualizados o identificados.

En tal sentido la norma pertinente determina:

ART. 322.—**Finalidades.** En caso de duda sobre la procedencia de

la apertura de la instrucción, la investigación previa tendrá como finalidad determinar si ha tenido ocurrencia la conducta que por cualquier medio haya llegado a conocimiento de las autoridades, si está descrita en la ley penal como punible, si se ha actuado al amparo de una causal de ausencia de responsabilidad, si cumple el requisito de procesabilidad para iniciar la acción penal y para recaudar las pruebas indispensables para lograr la individualización o identificación de los autores o partícipes de la conducta punible.

De conformidad con la previsión normativa anterior, esta etapa de investigación preliminar no tiene como objetivos los señalados por la Corporación de primera instancia, porque la recaudación de todas las pruebas es tarea que debe realizarse cuando el proceso ya ha sido formalmente abierto.

La investigación preliminar tiene entonces como objetivo única y exclusivamente disipar las dudas existentes en relación con los temas antes enumerados.

También yerra el tribunal de primera instancia cuando afirma que en ésta etapa se debe vincular a los imputados, en éste caso a los médicos si existe por lo menos una prueba sumaria que los vincule como autores o partícipes de los hechos investigados, porque esta etapa de investigación preliminar no tiene tales objetivos, aunque es perfectamente posible que para disipar algunas de las dudas establecidas en la norma que se comenta, es posible tener que escuchar al imputado, caso en el cual, se le debe recepcionar el testimonio en versión libre, sin juramento, y debidamente asistido por su defensor tal como lo dispone el artículo 324 de la codificación que se comenta al determinarse:

ART. 324.—**Versión del imputado.** Cuando lo considere necesario el Fiscal General de la Nación o su delegado podrá recibir versión al imputado, la que se practicará en presencia de su defensor. Siempre se le advertirá que no está obligado a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, compañero permanente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo civil y primero de afinidad.

La aceptación de la autoría o coparticipación por parte del imputado en la versión rendida dentro de la investigación previa, tendrá valor de confesión.

No se puede alterar ni deformar los objetivos de la investigación preliminar, porque la investigación de los hechos, está reservada para la etapa de investigación procesal que se inicia con la apertura del proceso propiamente dicha. Como ya se dijo la investigación preliminar tiene como objetivo disipar unas dudas en relación con los temas destacados para evitar la apertura de procesos que no tienen razón de ser porque no son constitutivos de infracción a la ley penal, porque por razones procesales no se pueden abrir, porque no están identificados o individualizados los autores o partícipes.

Precisados los conceptos normativos anteriores, debe reconocerse que le asiste razón al impugnante porque es una realidad que la declaración que se le recepcionó al Dr. X, se adelantó bajo la gravedad del juramento y sin la asistencia de un defensor como lo determina el artículo 324 antes transcrito.

De conformidad con el principio constitucional inserto en el artículo 33 de la Carta Política, nadie puede ser constreñido a declarar en contra de si mismo o de sus parientes dentro de determinados grados de parentesco de consanguinidad, afinidad y civil. En tal sentido se determina:

ARTÍCULO 33. Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

La norma constitucional antes transcrita, garantiza entonces para el ciudadano involucrado en un proceso sancionatorio, penal o disciplinario, que no puede ser obligado a declarar contra sus propios intereses o los de su familia.

Es entonces una realidad que el juramento es un constreñimiento legal, porque al tomársele éste compromiso con la verdad, se le deben hacer una serie de prevenciones, recomendaciones y amenazas, en el sentido de que se le debe informar que si falta a la verdad, incurrirá en el delito de falso testimonio, norma que le debe ser leída, y que por hecho, incurrirá en la pena prevista para el mismo.

En tales condiciones cuando el imputado o sindicado es juramentado, se lo coloca en una verdadera situación de entre la espada y la pared, porque si apremiado por el juramento dice la verdad y admite su responsabilidad, está colocando los mojones necesarios para fundamentar un juicio de responsabilidad que lo hará acreedor a una pena y si para defenderse miente, estará incurriendo en un falso testimonio, que lo hará responsable de la pena allí impuesta.

Si a lo anterior se le agrega la disposición según la cual la confesión hecha en tal diligencia tiene plena validez, ha de reconocerse de manera necesaria, que la norma creada por el legislador es sabia para efectos de garantizar la incolumidad de la norma Superior y para garantizar los derechos consagrados constitucionalmente al imputado.

La actuación reprochada a la Corporación de instancia tiene asidero normativo, porque es un acto irregular, que afectó los derechos defensivos del imputado que han podido afectar los derechos fundamentales garantizados en la Normativa Superior.

Pero igualmente se le vulneró el derecho de contradicción probatoria, porque es una realidad que el médico disciplinado fue vinculado cuando la totalidad de la prueba había sido practicada, negándosele la posibilidad de que pudiera ejercer la contradicción probatoria en el mismo momento de la práctica de la misma. Se le desconoció el derecho de estar presente con su defensor de confianza en la práctica probatoria para ejercer de manera efectiva y eficiente el derecho constitucional de contradicción probatoria, derecho éste que con el de defensa hacen parte fundamental del concepto del debido proceso de consagración constitucional al establecerse:

“ARTÍCULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. **QUIEN SEA SINDICADO TIENE DERECHO A LA DEFENSA Y A LA ASISTENCIA DE UN ABOGADO ESCOGIDO POR ÉL, O DE OFICIO, DURANTE LA INVESTIGACIÓN Y EL JUZGAMIENTO;** a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; **A PRESENTAR PRUEBAS Y A CONTROVERTIR LAS QUE SE ALLEGUEN EN SU CONTRA;** a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso. (Lo destacado no lo es en el texto).

Le asiste entonces la razón al impugnante cuando afirma que su defendido fue vinculado tardíamente, en el sentido procesal de que cuando fue vinculado ya toda la prueba del proceso había sido practicada y en tales condiciones sus posibilidades de contradicción probatoria y de defensa se habían limitado de manera extrema.

No son de recibo las explicaciones justificantes de la primera instancia, en el sentido de que no se sabía quién era el autor de la conducta investigada, porque es una realidad que cuando la historia clínica llegó al proceso, se supo cuál era la actividad que el disciplinado había ejercido en el tratamiento brindado a la paciente que finalmente falleció. Y no había lugar a equívocos de ninguna naturaleza en éste aspecto porque por la especialidad del disciplinado, ginecoobstetra, y por la intervención quirúrgica realizada a la víctima, histerectomía, él y solamente él, podía haber sido quien la realizara.

La irregularidad normativa antes destacada toma mayor trascendencia, si se tiene en cuenta que lo afirmado y reconocido por el disciplinado en la declaración de juramento, sirvió al Tribunal de primera instancia como elemento probatorio de comparación, con lo que posteriormente sostendría en su declaración sin juramento. Es decir, que no solo existe la irregularidad procesal como tal, desconocimiento del principio constitucional de las formas propias de cada juicio, como elemento fundamental del concepto del debido proceso, sino de que efectivamente la irregularidad fue trascendente y ocasionó perjuicios procesales al disciplinado.

En las circunstancias precisadas con anterioridad se debe revocar la decisión impugnada y como consecuencia declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de la declaración que bajo la gravedad del juramento rindió el médico Dr. X el 3 de mayo de 2010.

La nulidad decretada comprende la totalidad de los testimonios recepcionados con posterioridad puesto que ni el disciplinado, ni el defensor de confianza pudieron ejercer el derecho de contradicción probatoria, ni de defensa en juicio. De la anterior decisión se excluye la versión que sin juramento y acompañado de defensor técnico rindió el disciplinado el 4 de febrero de 2011, lo anterior, sin perjuicio de que el disciplinado o su defensor pudieran solicitar la ampliación de tal diligencia, cuantas veces sea necesario tal como se dispone en la normatividad procesal.

La nulidad que se decreta aparece consagrada en los numerales 2 y 3 del artículo 306 del C. de P. P. que determina:

ART. 306.—**Causales de nulidad.** Son causales de nulidad:

1. La falta de competencia del funcionario judicial.

Durante la investigación no habrá lugar a nulidad por razón del factor territorial.

2. La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.

3. La violación del derecho a la defensa.

Es evidente que la recepción de versión libre al disciplinado bajo la gravedad del juramento y sin la asistencia de un defensor técnico constituye una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso, en cuanto se vulnera el derecho de defensa y el derecho de no estar obligado a declarar en contra de si mismo.

Al adelantarse la totalidad de la investigación preliminar y practicarse en su decurso toda la prueba testimonial del proceso igualmente se vulneraron los derechos de contradicción probatoria y de defensa.

En las circunstancias precedentes se declarará la nulidad de todo el proceso desde el momento en que se le recibió versión bajo juramento al disciplinado.

No está por demás advertir que en el momento futuro en que se aprecien las pruebas para tomar determinaciones en éste proceso, no podrán ser evaluadas ni valoradas las declaraciones que el disciplinado rindió en su declaración bajo juramento, a menos que las mismas sean reiteradas en versión sin juramento.

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

RESUELVA:

ARTÍCULO PRIMERO: REVOCAR la decisión del 17 de agosto de 2011 por medio de la cual se niega la nulidad solicitada. **ARTÍCULO SEGUNDO: DECRETAR LA NULIDAD DE TODO LO ACTUADO**, a partir de la declaración bajo juramento rendida por el médico X que aparece a folio 178 del expediente. **ARTÍCULO TERECERO: ORDENAR** el envío del proceso a su lugar de origen para que se rehaga de conformidad con el debido proceso constitucional y legal. **COMUNIQUESE Y CUMPLASE.**

Fdo. FERNANDO GUZMÁN MORA, Presidente -Magistrado-Ponente; GERMAN PEÑA QUIÑONES, Magistrado; LUIS ALBERTO BLANCO RUBIO, Magistrado; EFRAIM OTERO RUIZ, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaria.

DECLARACIÓN DE PRESCRIPCIÓN DE ACCIÓN DISCIPLINARIA.

Bogotá, marzo primero (1) del año dos mil cinco (2005).

SALA PLENA SESIÓN No.816 DEL PRIMERO (1) DE MARZO DEL AÑO DOS MIL CINCO (2005).

Ref: Proceso No.477 Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca.

Denunciados: X, X, X y X

Magistrado ponente: Doctor Fernando Guzmán Mora

Providencia No. 09-2005

VISTOS

La señora Y, se encuentra embarazada y acude a los servicios de la compañía Suramericana de Servicios de salud S.A. Susalud Medicina Prepagada. Es atendida por la Dra. X, quien inicialmente controla el embarazo. La Paciente es atendida el 25 de octubre de 2000, por el Dr. X, porque presenta contracciones y solicita se remita para el parto. El médico dice que aún no es tiempo a pesar de que la señora dice al galeno que siente su proximidad. El médico la remite a la ginecóloga, manifestándole “que si no siente el bebé vuelva por Urgencias, pues le sintió el corazón débil”.

El 27 de octubre de 2000 la paciente deja de sentir al bebé, acude inmediatamente a consulta y advierte la proximidad del parto pues los síntomas que padece son los propios de una mujer en proceso de parto. La atiende el Dr. X, quien encuentra: “ausencia de movimiento fetal y los latidos del corazón muy leves”. La remiten de Urgencias para

que le practiquen un examen de monitoreo. Dicho examen diagnóstico pone en alerta (ya tardía) al Dr. X, a quien la devolvieron después de la prueba. El Dr. X se reúne con el Dr. X y deciden hacer remisión a la Clínica Materno Infantil los Farallones.

El Dr. X atiende a la paciente en la Clínica Materno Infantil los Farallones y después de algunas ecografías y monitoreos fetales pide turno para cirugía, la que se programa para las 5 p.m. del mismo día 27 de octubre. Se realiza intervención quirúrgica operación, cesárea, se obtiene recién nacido de sexo masculino muerto. El Dr. X ordena la práctica de autopsia fetal, la cual no fue aceptada por los padres de la criatura.

Los quejosos dicen que la paciente no fue atendida, con ánimo de proteger económicamente a la entidad a la cual prestan sus servicios, “no ordenando oportunamente los exámenes de diagnóstico necesarios para salvaguardar la vida de nuestro hijo. Dicen que los exámenes fueron practicados en forma tardía, no se ofreció a la paciente el apoyo que debe brindar el médico y “sus pronósticos no tuvieron un fundamento científico y de diagnóstico” como lo haría cualquier médico precavido y es por eso que especialmente acusa a los Drs. X y X como responsables del homicidio de su hijo en el vientre de su esposa.

Luego de la actuación procesal, el Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle del Cauca considera que la Dra. X. Infringió el Art. 15 de la Ley 23/81 y los Arts. 9 y 15 del Decreto 3380/81. Y se le impone sanción disciplinaria consistente en CENSURA ESCRITA y PUBLICA.

Asimismo, la Sala considera que hay lugar a sanción disciplinaria contra el Dr. X porque violó los Art. 10 y 15 de la Ley 23 de 1981. Impone como sanción disciplinaria CENSURA ESCRITA y PUBLICA

Por último, el Tribunal Seccional considera que el Dr. X violó los Arts. 10 y 15 de la Ley 23/81 y Art. 9 del Decreto 3380/81. Impone como sanción disciplinaria CENSURA VERBAL y PUBLICA.

El apoderado de uno de los disciplinados X, interpone recurso de reposición ante el tribunal de primera instancia y en subsidio apelación. La reposición no es favorable a las pretensiones y no se concede el recurso de apelación. Este defensor no eleva recurso de queja al ser negada la apelación y, por ende, la sentencia queda en firme.

Posteriormente, solicita la declaratoria de prescripción de la acción ante la providencia 096-2004 del juez a quo, quien no favorece la reposición y sí acepta la apelación por ante el Tribunal Nacional de Ética Médica. Corresponde por reparto al Magistrado Fernando Guzmán Mora.

HECHOS

1. Y, se encuentra afiliado al régimen de salud con la compañía Suramericana de Servicios de Salud S.A. Susalud Medicina Prepagada, desde abril de 1998 y en condición de beneficiaria su esposa, A, goza de los beneficios de salud. De acuerdo al lugar de la residencia de los esposos A y Y, la atención les corresponde en el Punto de Salud de la Flora I.P .5., lugar donde prestan sus servicios los médicos que son objeto de queja mediante la comunicación dirigida al Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle.

2. La señora A, visita la IPS Punto de Salud - Susalud E.P.S.- La Flora el 2 de mayo de 2000, porque presenta retraso menstrual y considera que se encuentra embarazada. Es atendida por el Dr. X., quien manifiesta “que puede tratarse de un embarazo psicológico y en historia clínica coloca sus palabras como dichas por mi esposa”. Ordena una prueba de Embarazo que sale positiva y la remite a nueva consulta de control, previo el resultado mencionado.

3. El 19 de mayo de 2000 acude a nueva cita la señora A y es atendida por la Dra. X, quien ordena unos exámenes de laboratorio y fija nueva fecha de control para el 23 de junio.

El 23 de junio de 2000 ve a la paciente en mención, hace algunas recomendaciones y ordena consulta de control para julio 29 de 2000.

Hay que tener en cuenta que esta paciente había presentado en un embarazo anterior cuadro de hiperglicemia del embarazo.

4. Entre el 22 de mayo y el 1 de agosto de 2000 se practican ecografías que al parecer indican que todo va normal.

5. El 25 de septiembre de 2000 acude a cita con el Dr. X., quien reemplaza a la Dra. X debido a incapacidad de esta última.

La paciente A solicita que se le ordene otra ecografía y el profesional la niega. La paciente comunica al médico que siente la proximidad del parto y el Dr. manifiesta que aún no es tiempo y que para noviembre le manda la ecografía. La remite donde la nutricionista quien la atiende en octubre de 2000.

Dice el denunciante, esposo de la paciente señor Y, que considera que la remisión a la nutricionista se debió realizar desde cuando se iniciaron los controles prenatales, puesto que la paciente presentaba un cuadro de “glicemia prenatal”.

6. La Paciente es atendida el 25 de octubre de 2000, por el Dr. X, porque presenta contracciones y solicita se remita para el parto. El médico dice que aún no es tiempo a pesar de que la señora dice al galeno que siente su proximidad. El médico la remite a la ginecóloga, manifestándole “que si no siente el bebé vuelva por Urgencias, pues le sintió el corazón débil”.

7. El 27 de octubre de 2000 la paciente deja de sentir al bebé, acude inmediatamente a consulta y advierte la proximidad del parto pues los síntomas que padece son los propios de una mujer en proceso de parto. La atiende el Dr. X, quien encuentra: “ausencia de movimiento fetal y los latidos del corazón muy leves”. La remiten de Urgencias para que le practiquen un examen de monitoreo. Dicho examen diagnóstico pone en alerta (ya tardía) al Dr. X, a quien la devolvieron después de la prueba. El Dr. X se reúne con el Dr. X y deciden hacer remisión a la Clínica Materno Infantil los Farallones.

8. El Dr. X atiende a la paciente en la Clínica Materno Infantil los Farallones y después de algunas ecografías y monitoreos fetales pide turno para cirugía, la que se programa para las 5 p.m. del mismo día 27 de octubre. se realiza intervención quirúrgica operación, cesárea, se obtiene recién nacido de sexo masculino muerto. El Dr. X ordena la práctica de autopsia fetal, la cual no fue aceptada por los padres de la criatura.

9. El Señor Y y la Señora A, analizan que debido a la deficiencias que se presentaron en la atención brindada a la paciente por los Drs. X y X, se atentó contra la salud de la Señora puesto “que no fueron capaces de prevenir el desenlace funesto de la pérdida de nuestro hijo” actuando sin interés y sin respeto por la vida humana a pesar de que la paciente permanentemente los alertó sobre su sintomatología, y no fue atendida, con ánimo de proteger económicamente a la entidad a la cual prestan sus servicios, “no ordenando oportunamente los exámenes de diagnóstico necesarios para salvaguardar la vida de nuestro hijo. Dicen que los exámenes fueron practicados en forma tardía, no se ofreció a la paciente el apoyo que debe brindar el médico y “sus pronósticos no tuvieron un fundamento científico y de diagnóstico” como lo haría cualquier médico precavido y es por eso que especialmente acusa a los Drs. X y X como responsables del homicidio de su hijo en el vientre de su esposa.

10. Mediante Auto Interlocutorio No.068-2003 del 19 de Noviembre de 2003 la Sala del Tribunal de Ética Médica llamó a diligencia de descargos a los tres (3) profesionales versionados por presunta falta ética

11. DESCARGOS DE LA DRA. X.

Se concluye que sí consideró a la paciente en cuestión como de alto riesgo por su antecedente de diabetes gestacional en un embarazo anterior. Siguió con buen criterio la calificación de ROD (Riesgo obstétrico detectado), así lo consignó desde el 19 de mayo de 2000 en el primer control de embarazo y la paciente lo interpretó y siguió de

acuerdo a lo que debió quedar consignado en su carnet. No obstante la Dra. X posteriormente desestima el riesgo consignado que se suma al desconocimiento de la FUR., y la edad gestacional se sigue considerando solo ecográficamente.

...

La omisión de deberes generó responsabilidad para la Dra. X. Infringió el Art. 15 de la Ley 23/81 y los Arts. 9 y 15 del Decreto 3380/81. Teniendo como referencia el artículo 54 del Decreto 3380 de 1981 la Sala impondrá como sanción disciplinaria CENSURA ESCRITA y PUBLICA.

12. DESCARGOS DEL DR. X

En los cuales acepta oficialmente su error al no haber escrito la valoración por nutrición y hacer un mejor análisis en ese momento, el profesional investigado faltó a la ética médica, máxime si no observó el protocolo del proceso reproductivo. Por tanto, la Sala considera que hay lugar a sanción disciplinaria porque el Dr. X violó los Art. 10 y 15 de la Ley 23 de 1981. Impone como sanción disciplinaria conforme al artículo 54 del Decreto 3380 de 1981 CENSURA ESCRITA y PUBLICA.

13. DESCARGOS DEL DR. X

El Tribunal Seccional de Ética Médica concluye que el Dr. X violó los Arts. 10 y 15 de la Ley 23/81 y Art. 9 del Decreto 3380/81. Impone como sanción disciplinaria, atendiendo el artículo 54 del Decreto 3380 de 1981, CENSURA VERBAL y PUBLICA.

REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO APELACIÓN

El apoderado de la Dra. X interpone Recurso de Reposición Resolución 007-2004(Subsidio de Apelación). Después de una interesante disertación sobre la Lex Artis, el apoderado afirma que su defendida no fue más allá de los límites del riesgo permitido, y en tal condición no infringió deber de cuidado alguno, que admita reproche ético de éste tribunal, actuando dentro de las expectativas razonables y del marco

de la lex artis. En consecuencia ruego revocar la decisión inicialmente adoptada y en su lugar abstenerse de formular sanción alguna en contra de quien aquí represento.

Posteriormente hace un planteamiento sobre la viabilidad del recurso de apelación así: "...Contempla el artículo 87 de la ley 23 de 1981 que en contra de la sanción de censura escrita únicamente es procedente el recurso de reposición ante el respectivo Tribunal; sin embargo pese a lo anotado tal disposición al limitar la posibilidad de impugnar en doble instancia la decisión que adopte el respectivo Tribunal, contraviene el principio de carácter Constitucional que contempla como derecho fundamental el artículo 13 de la Constitución Política al precisar el constituyente que "todas las personas nacen libres e iguales ante la ley", lo cual significa en el caso en particular que rompe el principio de igualdad ante la ley sobre ética del Médico Colombiano en su artículo 87, al hacer diferencia, otorgándole mayores garantías procesales de contradicción e impugnación a quienes incurren en infracciones de mayor gravedad (Art. 88 y 89), comparadas con la de menor gravedad y que son objeto de solo amonestación o censura. Siendo la actividad del médico una actividad independiente, legalmente reconocida y regulada, igual que el ejercicio de la abogacía, cuyo estatuto corresponde al decreto 196 de 1971, norma frente a la cual también se infringe el principio constitucional de igualdad ante la ley al establecer en el estatuto de la abogacía, artículo 81 que contra las sentencias de primera instancia procede el recurso de apelación..."

El Tribunal Seccional responde mediante AUTO INTERLOCUTORIO No.059-2004:

Es indiscutible que la diabetes mellitus es considerada como factor de riesgo perinatal y el PROTOCOLO en mención contempla que en el evento de darse el médico general está autorizado para remitir la paciente al especialista (pag. 10 del PROTOCOLO).

Lo consignado anteriormente sirve de fundamento para no revocar la Resolución No.007 del 23 de junio de 2.004 ya que la Dra. X desatendió lo que la propia institución reglamenta para estos casos, conducta que consistió en omitir remisión para valoración por especialista, circunstancia que no tiene justificación racional pero que sí privó a la paciente de recibir una mejor atención médica por interconsulta antes de la fecha del parto.

En otros términos, colocó en riesgo injustificado a la paciente embarazada toda vez que las condiciones clínico patológicas de la señora A recomendaban contrarrestar un resultado adverso a su salud de carácter previsible, de ninguna manera imprevisible como lo argumenta el señor apoderado para enmarcar una justificación del hecho bajo el artículo 13 del Decreto 3380 de 1.981, que contempla una exoneración de responsabilidad ética.

En consecuencia, no hay lugar a revocar la decisión impugnada, y por tanto, la sanción disciplinaria debe mantenerse.

Respecto de la negativa a conceder el recurso de apelación como subsidiario expresa: La sala considera que dada la sanción impuesta a la Dra. X (Censura escrita y pública) no procede en este caso conceder el recurso de apelación como subsidiario del de reposición, por existir expresa prohibición del artículo 87 de la Ley 23 de 1.981. Lo sería si en este caso se hubiese sancionado disciplinariamente con suspensión en el ejercicio de la medicina.

Son respetables los conceptos del señor. Apoderado en el escrito que antecede pero no se comparten por cuanto nuestra Carta Política da cabida a la excepción respecto a la doble instancia al utilizar el término “salvo las excepciones que consagre la Ley” en el artículo 31, que es precisamente lo que acontece en este proceso disciplinario. La norma rectora de la doble instancia que trae el vigente estatuto de procedimiento penal encierra también esa excepción (Art. 18), sin que ello constituya un atentado contra el artículo 13 de la Constitución Nacional.

En mérito de lo expuesto, en uso de las facultades otorgadas por la Ley, la Sala del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca

RESUELVE

PRIMERO.- No reponer la sanción disciplinaria de CENSURA ESCRITA y PUBLICA impuesta a la Dra. X en la Resolución No.007-2004 de 23 de junio de 2004 por las consideraciones expuestas anteriormente.

SEGUNDO.- No conceder el recurso de apelación que de la manera subsidiaria elevó el Señor apoderado de la Médica investigada en escrito de fecha 09 de Agosto de 2004 por las razones anotadas en la parte considerativa .

En un nuevo escrito, el apoderado solicita la prescripción de la acción a través de los siguientes argumentos:

La sanción disciplinaria aplicable a la conducta de la doctora X prescribe en cinco años contados a partir del momento de la realización de la conducta, y como se dijo, esta tuvo su ocurrencia el 24 de agosto de 2000, lo que significa que a la fecha del último pronunciamiento para el honorable Tribunal, estaba prescrita la acción y en consecuencia debía declararse la prescripción de manera oficiosa como ordena la ley (artículo 531 de la Ley 806 del 31 de agosto .de 2004).

Como argumentación explicativa tengamos en cuenta el siguiente ejercicio: El artículo 82 de la ley 23 de 1981 prescribe que en lo no previsto en la presente ley, se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal. Con esta remisión normativa, entremos a analizar el contenido del artículo 83 del Código Penal en la parte de nuestro interés, la que literalmente regula: “La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad pero en ningún caso será inferior a cinco años”, todo lo cual indica que al amparo de la Ley 599 de 2000, la prescripción de la acción penal a favor de la doctora X será de cinco

años. En Concordancia Con el artículo 86 C.P.P. que indica que la prescripción de la acción se interrumpe con la resolución acusatoria debidamente ejecutoriada.

Como es de público conocimiento, y como preámbulo de la entrada en vigencia del nuevo régimen penal, sistema acusatorio, Ley 906 del 31 de agosto de 2004, artículo 531 que contiene el régimen de transición, que es de aplicación inmediata, prevé que el término de prescripción y caducidad de las acciones que hubiesen tenido ocurrencia antes de su entrada en vigencia, serán reducidos en una cuarta parte que se restará de los términos fijados en la Ley (599 de 2000), y consagra además que en ningún caso el término prescriptivo podrá ser inferior a tres años.

En este orden de ideas, es menester decir que aplicada esta nueva disposición al ejercicio precedente, dentro del Concepto de procesos de descongestión, depuración y liquidación y claro está, en desarrollo del principio de la favorabilidad penal (aplicable al procedimiento ético disciplinario), tenemos que el término de prescripción de la acción penal en contra de la doctora X queda en tres años y nueve meses contados a partir del hecho (24 de agosto de 2000), lo que indica que la acción disciplinaria para la doctora X prescribió mientras se estaba dando trámite al recurso de reposición, cuando la resolución que impone la sanción aún no estaba ejecutoriada, toda vez que al 24 de mayo de 2004 habían pasado 45 meses. Es más, la prescripción ya había tenido lugar exactamente un mes antes de proferir la resolución de sanción disciplinaria. Todo lo cual indica que la única decisión posible para el Tribunal era la declaratoria de la prescripción.

Por lo brevemente expuesto, respetuosamente le pido al Honorable Tribunal nulitar revocando la resolución 007 de 2004 y el interlocutorio 059 de 2004 conforme con los anteriores razonamientos y declare la prescripción de la acción disciplinaria en contra de la doctora X y en consecuencia archiva definitivamente la investigación.

El Tribunal Seccional responde mediante AUTO INTERLOCUTORIO No.096-2004 lo siguiente:

EXTEMPORANEIDAD DE LA NULIDAD INVOCADA

Señala el artículo 309 C.P.P que el sujeto procesal que alegue una nulidad, “deber determinar la causal que invoca...”

El señor apoderado no indicó cuál de las causales de nulidad que consagra el artículo 306 del C.P.P. era la aplicable al caso. Empero, esta inobservancia al artículo 309 no impide que la Sala aborde el tema planteado para el señor Abogado ARISTIZABAL MARIN, y responda a sus pretensiones en los siguientes términos:

RESPECTO A LA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA DE 23 DE JUNIO DE 2004:

No es cierto como lo afirma el apoderado que “la acción disciplinaria para la doctora X prescribió mientras se estaba dando tramite al recurso de reposición, cuando la resolución que impone la sanción aún no estaba ejecutoriada, toda vez que al 24 de mayo de 2,004 habían pasado 45 meses. Es más, la prescripción ya había tenido lugar exactamente un mes antes de proferir la resolución de sanción disciplinaria “ (negrillas fuera del texto) y que por ello se debe revocar la Resolución No.007 de 23 de Junio de 2004.

Para esa fecha, en materia de prescripción de la acción disciplinaria, para aplicación del principio de favorabilidad, se acudía al artículo 30 de la Ley 734 de 2.002 (Código Unico Disciplinario), lo cual significaba que cinco (5) años era el término prescriptivo de la acción disciplinaria, cuando se trataba de investigaciones propias de la Ley 23 de 1981. Para el 23 de Junio de 2.004 no se habían cumplido cinco (5) años de haber sucedido el hecho calificado como atentatorio a la ética Médica por parte de la Dra. X, pues este se dió el 24 de Agosto de 2000.

En consecuencia, es inapropiado pretender que la providencia que formulara cargos contra la profesional se revoque ahora par presunta nulidad cuando fue dictada en acatamiento al debido proceso y respetando el derecho a la defensa.

RESPECTO AL AUTO INTERLOCUTORIO DE 08 DE SEPTIEMBRE DE 2004.

No es posible en estos momentos que por la vía de la nulidad se revoque también el auto que desató el recurso de reposición interpuesto (como principal) contra la providencia que formuló cargos por violación a la Ley 23 de 1.981, con el argumento consistente en que para la fecha en que se dictó el Interlocutorio No.059 -2004 (08 de Septiembre) “la única decisión posible para el Tribunal era la declaratoria de la prescripción” como se lee en el tercer folio de la petición del Dr. X.

Cuando se deniega un recurso de apelación, se abre la probabilidad de que el recurrente acuda a interponer el recurso de queja de que trata el artículo 195 del C.P.P. , que dice;

“ Art. 195.- PROCEDENCIA DEL RECURSO DE QUEJA. Cuando el funcionario de primera instancia deniegue el recurso de apelación, el recurrente podrá interponer el de queja, dentro del término de ejecutoria de la decisión que deniegue el recurso”.(Negrillas fuera de texto). Interpuesto el recurso de queja, el interesado solicitará copia de la providencia impugnada, como de otras que estime pertinentes, y dentro de los tres días siguientes al recibo de las copias deber sustentar el recurso. Esta actuación está reglamentada por los artículos 196 y 197 del Código de Procedimiento Penal, normas que al igual que la antes citada tienen aplicación en el proceso disciplinario por expresa remisión del artículo 82 de la Ley 23 de 1981.

En el caso presente era procedente el recurso de queja si lo hubiese invocado el señor apoderado, que bien podía contener como punto nuevo, la declaratoria de prescripción. Pero pretender ahora que frente a decisiones ejecutoriadas por la vía de la nulidad se decrete la prescripción al tenor del artículo 531 de la Ley 906 de 31 de Agosto de 2.004 es improcedente porque el Auto Interlocutorio No.059/2.004 de 08 de Septiembre pasado quedo ejecutoriado al tercer día siguiente al de la notificación personal que se hizo por Secretaría al Dr, X el 14 de Octubre de 2.004 (folio 00348 V to).

Significa lo anterior que desde el mismo jueves 14 y hasta el miércoles 20 de Octubre de 2.004 (ya que el lunes 18 fue festivo) el señor apoderado pudo recurrir en queja el Interlocutorio que denegó el recurso de apelación porque ya para el 21 de octubre estaba en firme, conforme a lo regulado por el artículo 187 del C.P.P.

En conclusión, es extemporánea la nulidad invocada y consecuencialmente la petición de declaratoria de prescripción de la acción disciplinaria.

En mérito de lo expuesto, la Sala del Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca, en uso de las facultades legales, RESUELVE

No decretar la nulidad de la Resolución No.007 -2004 de 23 de Junio de 2004 ni del Auto interlocutorio No.059-2004 de 08 de Septiembre de 2004.

No declarar la prescripción de la acción disciplinaria a favor de la Dra. X.

Contra la presente proceden los recursos de reposición y apelación.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

1. ¿POR QUÉ LA OBSTETRICIA NO PUEDE GARANTIZAR RESULTADOS?

Aunque en el presente caso es evidente la falla al no remitir a una paciente de riesgo hacia personal con mayor experiencia, debe decirse que la obstetricia, como el ejercicio médico en general, a pesar de estar en manos de médicos especializados no puede considerarse una obligación de resultados, a pesar que el fallo del Consejo de Estado considera que en los embarazos de bajo riesgo no existen situaciones que no sean previsibles y susceptibles de ser corregidas por el médico. Esta visión atenta contra una de las características esenciales del ejercicio de la medicina, la cual es el factor aleatorio que conlleva intrínsecamente su práctica.

Exigirle al obstetra que domine, maneje, prevea y en últimas corrija el problema que genera el factor aleatorio es un imposible jurídico y físico. Y como claramente lo consagra nuestro ordenamiento jurídico, nadie puede obligarse a lo físico y jurídicamente imposible de cumplir. La medicina no es una ciencia exacta y afirmar lo contrario es un exabrupto. Son múltiples las situaciones en las cuales un embarazo de bajo riesgo conocido se convierten en embarazo de alto riesgo, de hecho tal como se consigna en los libros en un 17 % los embarazos de bajo riesgo desarrollan de manera impredecible situaciones de riesgo en el momento del trabajo de parto y parto, sin incluir el hecho que el 6% de los partos en países desarrollados es prematuro y además que gracias a los avances tecnológicos de la medicina hoy en día pueden aspirar a un embarazo pacientes que por su condición no lograban como las pacientes cardiópatas, o pacientes con diversos grados de infertilidad.

¿Quién puede garantizar que una madre va a llevar a feliz termino su maternidad y no presentar complicaciones de extrema gravedad como pueden ser una atonía uterina, un abrupcio o una preeclampsia las cuales son difícilmente previsibles en el momento de recibir una paciente para control prenatal, que es en donde usualmente se establece el vínculo contractual, contrato del cual el Consejo de Estado en reciente sentencia pretende derivar una obligación de resultado?

El ejercicio médico en general, y el obstétrico en particular, tienden exclusivamente a que se busque, por todos los medios posibles, la mejoría, el alivio, o la curación del paciente, según sea el caso. Pero en ningún momento esto significa que el médico pueda lograr la mejoría, el alivio o la curación del paciente.

La denominación de “embarazo sin riesgo” no existe, no es válida. Existen embarazos de bajo riesgo conocido y de alto riesgo conocido. Los riesgos que conlleva un embarazo no pueden ser previstos ni conocidos en la gran mayoría de los casos. Además, el aplicar un método diagnóstico para detectar situaciones como la anteriormente planteada a la población general de pacientes embarazadas, demandaría un gasto

médico y tecnológico que ningún sistema de salud en el mundo, y menos el nuestro, estaría en capacidad de costear.

Solamente para ilustrar queremos enumerar algunas de las complicaciones que pueden presentarse en un embarazo considerado como “normal” y un parto en apariencia “rutinario”. Muchas de ellas pueden llevar a la muerte, tanto de la madre como de la criatura.

1. URGENCIAS NO ESPERADAS

Infarto placentario

Trombosis de arterias fetales

Desprendimiento prematuro de placenta

Placenta previa sangrante

Placenta ácreta, pércrета e increta

Parto pretérmino

Ruptura prematura de membranas

2. DISTOCIAS (Problemas en el momento del parto)

Disfunción uterina hiptónica

Disfunción uterina hipertónica

Desproporción cefalopélvica

Falla en el descenso de la presentación

Dilatación estacionaria

Distocia de hombros

3. SUFRIMIENTO FETAL AGUDO (Docenas de causas no previsibles)

4. HEMORRAGIAS POSTPARTO

Atonía uterina

Fragmentos placentarios retenidos

Anomalías placentarias

Eversión uterina

Laceraciones del tracto genital

Hematomas puerperales

Ruptura uterina

5. ANOMALÍAS DEL CORDON UMBILICAL

Alteración en la inserción

Vasa previa

Circulares del cordón

Torsión del cordón

Obstrucción del cordón

Hematomas del cordón

Quistes del cordón

6. PROBLEMAS CLÍNICOS NO ESPERADOS

Coagulación intravascular diseminada

Degeneración grasa del hígado

Embolia de líquido amniótico

Embolia aérea

Accidentes cerebrovasculares por malformaciones silenciosas

Consumo no declarado de alcohol y drogas ilícitas

Exposición a contaminantes ambientales y radiación

Trauma intrafamiliar durante la gestación

7. INFECCIÓN POSTPARTO

Lo anterior, sin tener en cuenta los embarazos no controlados por falta de atención médica debido a las condiciones sociales de la mujer embarazada, ni aquellas pacientes que presentan problemas previos que las vuelve de alto riesgo.

Sin embargo, un control prenatal estandarizado y bien conducido en condiciones ideales y con recursos suficientes puede modificar el riesgo en algunas situaciones como la hipertensión inducida por el embarazo y el retardo de crecimiento intrauterino. Infortunadamente, a un control de este tipo tienen acceso una minoría de las mujeres gestantes en Colombia. Qué decir de las escasas que tienen acceso a una consulta preconcepcional o pregestacional oportuna para modificar o abolir los riesgos antes del mismo comienzo de la gestación.

Pero aún en estas condiciones “ideales” el riesgo no es totalmente previsible ni prevenible.

2. DE LOS RECURSOS PROCESALES

Debe recordarse que los recursos son un mecanismo de impugnación judicial. Es la forma de controvertir las decisiones judiciales. De enervar la decisión judicial. Hacen que las partes participen en el proceso

Como regla general, la mayoría de las decisiones judiciales tiene recursos, por lo que dice Villamil Portilla P 497 “...Instrumentos de control del poder, que realizan la impugnación para que el ciudadano no quede desprotegido ante el poder del Juez, sino que pueden contestar sus decisiones...” Si no estuviese la doble instancia o los recursos, la decisión sería única y eso limitaría el ejercicio de la contradicción. Limita a la persona que acude a la rama judicial. Son un mecanismo democrático.

Hay que tener en cuenta varios aspectos.

1. PROCEDENCIA DEL RECURSO

Es decir, si contra determinada decisión judicial es viable o procede determinado recurso. Contrario sensu, no todos los recursos proceden contra todas las decisiones. Cualquiera que sea el procedimiento, el código dice qué recursos proceden contra determinada providencia. El sistema es garantista. El juez no puede decir qué recursos saliéndose de la normatividad. Por el lado del principio de la publicidad (Ningún trámite oculto). Así por ejemplo, contra la sentencia no procede recurso de reposición. Entonces es improcedente.

La apelación no procede en sentencias de única instancia. Entonces el Legislador se va a los dos extremos para señalar la única instancia. El bien jurídico tutelado no amerita que se movilice todo el aparato jurisdiccional (Menor cuantía, familia, etc). No porque el bien no deba ser protegido, sino que frena la movilización del aparato. O es de tal importancia que es de única instancia porque lo decide el máximo

organismo jurisdiccional. (Ej: Los que denomina Villamil como aforados: ministros, congresistas, presidente, etc) para la protección de ese bien jurídico.

2. LEGITIMACIÓN

Además debe haber LEGITIMACION. Esta nace de la relación procesal, sea parte demandante, demandada o tercero interviniente.

3. INTERES

Además debe haber INTERES para recurrir. Si no se tiene interés no se puede recurrir o no se debe recurrir. Es decir, que si la persona no está afectada en cierto grado, no puede tener interés para recurrir. Así, si la decisión es totalmente favorable, seria improcedente recurrir. Esto es relativo, porque las providencias aparentemente favorables pueden contener elementos desfavorables para las partes.

4. MOTIVACIÓN

Salvo señalamiento expreso del Legislador, los recursos deben ser motivados. Y esto se debe a que si la persona discrepa de la decisión, debe argumentar la discrepancia.

5. OPORTUNIDAD

Deben ser presentados dentro de los términos establecidos por el Legislador. Esto significa que se tienen determinados días para interponer el recurso.

Recordando el principio de la preclusión (acabar) si no se presenta el recurso, precluye la oportunidad. Se vence o termina la oportunidad.

6. CONCOMITANCIA

Puede haber procedencia de dos recursos al mismo tiempo. Cuando pasa esto se puede decir: Señor Juez, procedo al recurso de reposición y en subsidio apelación. Si el juez no revoca la decisión, puede acceder al tramite de la apelación.

Los principales recursos son:

I. **RECURSO DE REPOSICIÓN.** Es aquel que se interpone y es decidido por el mismo funcionario judicial que tomó la decisión. Con la finalidad de que el funcionario reforme o revoque la decisión.

II. **RECURSO DE APELACIÓN.** Va dirigido a que el superior revoque o reforme la decisión del inferior. Según algunos doctrinantes, es el verdadero recurso, pues el superior revisa las decisiones del inferior. Pero por economía procesal se han creado los otros recursos. Quien decide si se da trámite al recurso es el juez de primera instancia. No lo decide sino quien acepta que se de trámite. Pero para contrarrestar el poder del Juez en el evento en que la apelación sea negada, existe el recurso de Queja.

El recurso de Apelación está previsto en tres efectos:

Suspensivo: La competencia del juez de primera instancia se suspende hasta que decida el superior y por lo mismo, la decisión impugnada no se cumple. También se suspende el proceso, salvo en lo que se refiere a medidas cautelares.

Devolutivo: La decisión apelada se cumple y continua el trámite del proceso. Es lo contrario al anterior.

Diferido. Se suspende la providencia apelada hasta tanto el superior no decida no se cumple, pero el proceso sigue en trámite.

III. **RECURSO DE QUEJA.** Sería arbitrario que la decisión del juez de primera instancia niegue los recursos de apelación y reposición, pues cerraría todos los caminos al derecho de defensa. Para esto está el recurso de queja, que procede para que una instancia superior conozca de la negativa del inferior. Es decir, por haber negado el inferior la apelación o casación, o haberse concedido la apelación en un efecto diferente al que corresponde (Ej: Apelación debe concederse en efecto suspensivo y el juez la concede en efecto devolutivo).

IV. RECURSO DE SÚPLICA. Se da ante los jueces colegiados (Tribunales y altas Cortes) y se dirige contra providencias dictadas por un magistrado específico, para que los demás magistrados que integran la Corporación conozcan de su decisión.

En esencia, la súplica está sustituyendo a la apelación, pues tiene los mismos efectos. Pero por que no se llama apelación? Porque está entre iguales. Es horizontal. Es como si “apelara” ante los magistrados de la sala dual. El funcionario de igual categoría da cuenta de la decisión de su par.

V. RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN Es un recurso que contradice en parte la solidez de la Cosa Juzgada. Se confía a entidades colegiadas. Se concede en los siguientes casos:

- Encuentro de documentos después de la sentencia, los cuales, de haber sido recibidos a tiempo habrían variado la decisión judicial. La razón para no haberlos aportado a tiempo obedeció a caso fortuito o fuerza mayor.
- Cuando aparezcan hechos nuevos, dentro del proceso penal, que prueben la inocencia del condenado.
- Haberse dictado sentencia con base en documentos falsos o alterados.
- Sentencia fundamentada en falsos testimonios.
- Hechos delictivos del Juez en relación con el Proceso y la sentencia.
- Condena de testigos.
- Condena de peritos cuyo dictamen fue determinante en el fallo.
- Violencia en el pronunciamiento.
- Colusión y otras maniobras fraudulentas.

3. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN ÉTICO DISCIPLINARIA

CAMBIO DE JURISPRUDENCIA EN EL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA.

Fundamentados en la Ley vigente, este Tribunal Nacional de Ética Médica, en reiteradas jurisprudencias había dicho:

En efecto, por no tener la Ley 23 de 1981 disposiciones referentes a la prescripción, es necesario acudir a lo que disponga el Código de Procedimiento Penal, según taxativa norma contenida en el artículo 82 de dicha Ley y en el 47 del Decreto Reglamentario 3380 de 1981¹. Pero el Código de Procedimiento Penal tampoco tiene disposiciones relativas a prescripción de la acción, de modo que se hace necesario aplicar el principio de analogía para cumplir con las condiciones del debido proceso; así las cosas, se puede hacer remisión a dos estatutos diferentes que contemplan el asunto de la prescripción y que son el Código Penal y el Código Disciplinario o Ley 734 de 2002.

En sus decisiones más recientes, este Tribunal Nacional se ha inclinado por aplicar el artículo 30 de la Ley 734 de 2002 por dos razones: que es evidentemente más favorable para la persona o personas sub judice como lo quieren los principios constitucionales colombianos y que las faltas consideradas en la Ley 23 de 1981 guardan en su naturaleza similitud con las contempladas en la Ley 734 o Código Disciplinario vigente.

En reciente decisión esta Corporación frente a un fenómeno de prescripción sostuvo lo siguiente:

“ La ley 23 de 1981 no determina el término de prescripción para las faltas disciplinarias en el ejercicio profesional médico.

1 **Artículo 82.** En lo no previsto en la presente Ley, se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal.

Artículo 47, decreto 3380/81. En lo no previsto en la Ley 23 de 1981 y su reglamento se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal.

El nuevo Régimen Disciplinario de los Servidores Públicos (Ley 734 de 2002) contempla para los casos ordinarios de prescripción un término de cinco años ².-

El artículo 34 de la Ley 200 de 1995 tenía una forma diferente a la del código Penal para concebir los períodos prescriptivos y es así como en el artículo 34 se disponía:

“ Términos de prescripción de la acción y de la sanción.- La acción disciplinaria prescribe en el término de cinco (5) años. La prescripción de la acción empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de la consumación y, desde la realización del último acto, en las de carácter permanente o continuado.-

PARÁGRAFO 1.- Cuando la prescripción ocurra una vez notificado en legal forma el fallo de primera instancia, el término prescriptivo se prorroga por seis (6) meses más.

PARÁGRAFO 2.- La ejecución de la sanción disciplinaria prescribe en un término de dos (2) años, contados a partir de la ejecución del fallo.

“ Estos términos prescriptivos se aplicarán a la sanción disciplinaria originada en conductas realizadas por los miembros de la fuerza pública.-

Es decir, que en criterio del legislador la prescripción de la acción se interrumpía con la sentencia de primera instancia y no con la resolución

2 Art. 30.- **Término de prescripción de la acción disciplinaria.-** La acción disciplinaria prescribe en cinco años, contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación y para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último acto.-

En el término de doce años, para las faltas señaladas en los numerales 4, 5, 6, 7, 9, 10 del artículo 48 y de las del artículo 55 de éste código.-

Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un solo proceso, la prescripción de las acciones se cumple independientemente para cada una de ellas.-

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

de acusación y a partir de ese momento se reanudaba nuevamente el período prescriptivo de la acción por seis (6) meses más.-

Esa norma de la ley recientemente derogada fue analizada por la Corte Constitucional en juicio de constitucionalidad y por medio de sentencia con ponencia del Dr. Carlos Gaviria Díaz, el 30 de mayo de 1996, por sentencia C- 244, declaró la inconstitucionalidad del párrafo 1º. del artículo 34 de la Ley 200 de 1995 al sostener:

d. El párrafo 1o. del artículo 34 de la ley 200 de 1995

En esta disposición se consagra que “cuando la prescripción ocurra una vez notificado en legal forma el fallo de primera instancia el término prescriptivo se prorroga por seis (6) meses más”, lo cual es considerado por la demandante como inconstitucional, al lesionar el artículo 29 de la Carta, precepto que ordena adelantar el proceso sin dilaciones injustificadas, pues “el procesado no tiene por qué asumir la inercia del Estado”.

Para efectos del análisis del precepto impugnado es indispensable tener en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso primero del mismo artículo, el término de prescripción de la acción disciplinaria es de cinco (5) años, contados a partir del día de la consumación del hecho, cuando se trata de faltas instantáneas, o desde la realización del último acto, en caso de faltas permanentes o continuadas.

La prescripción de la acción es un instituto jurídico liberador, en virtud del cual por el transcurso del tiempo se extingue la acción o cesa el derecho del Estado a imponer una sanción.

Este fenómeno tiene operancia en materia disciplinaria, cuando la Administración o la Procuraduría General de la Nación, dejan vencer el plazo señalado por el legislador, -5 años-, sin haber adelantado y concluido el proceso respectivo, con decisión de mérito. El vencimiento de dicho lapso implica para dichas entidades la pérdida de la potestad de imponer sanciones, es decir, que una vez cumplido dicho período sin que se haya dictado y ejecutoriado la providencia que le ponga fin

a la actuación disciplinaria, no se podrá ejercitar la acción disciplinaria en contra del beneficiado con la prescripción.

El fin esencial de la prescripción de la acción disciplinaria, está íntimamente ligado con el derecho que tiene el procesado a que se le defina su situación jurídica, pues no puede el servidor público quedar sujeto indefinidamente a una imputación. Si la acción disciplinaria tiene como objetivo resguardar el buen nombre de la administración pública, su eficiencia y moralidad, es obvio que ésta debe apresurarse a cumplir con su misión de sancionar al infractor del régimen disciplinario, pues de no hacerlo incumpliría una de sus tareas y, obviamente, desvirtuaría el poder corrector que tiene sobre los servidores estatales. “La defensa social no se ejerce dejando los procesos en suspenso, sino resolviéndolos....

Si el proceso no se resuelve, no será por obra del infractor, sino, ordinariamente, por obra de la despreocupación o de la insolvencia técnica de los encargados de juzgar”.

El término de cinco años fijado por el legislador, en el inciso primero del artículo 34 de la ley 200 de 1995, para la prescripción de la acción disciplinaria, fue considerado por éste como suficiente para que se iniciara por parte de la entidad a la cual presta sus servicios el empleado o la Procuraduría General de la Nación la investigación, y se adoptara la decisión pertinente, mediante providencia que ponga fin al proceso.

Así las cosas, no encuentra la Corte justificación razonable para que se extienda dicho término de prescripción, más allá de los cinco años señalados, para los casos en que se haya notificado fallo de primera instancia, como se hace en el parágrafo 1o. objeto de demanda, disposición que configura una clara violación de los artículos 29 y 13 de la Constitución, como se verá enseguida.

Según el parágrafo demandado, si el fallo de primera instancia se ha notificado al procesado, el término prescriptivo se prorroga por seis meses más, lo cual quiere decir, que si a un empleado estatal a quien se le ha iniciado investigación disciplinaria en la que se ha dictado

providencia de primera instancia, la cual le ha sido debidamente notificada, el lapso de prescripción de la acción será de 5 años y seis meses, mientras que para los demás empleados, esto es, a quienes no se les haya notificado la providencia de primera instancia, el término prescriptivo es tan sólo de cinco años.

Discriminación a todas luces contraria al Estatuto Máximo, pues si el Estado no ejercita el derecho que tiene de adelantar y fallar la investigación disciplinaria en el tiempo fijado por el legislador, ya sea por desinterés, desidia o negligencia no puede el empleado público sufrir las consecuencias que de tales hechos se derivan, sino la misma Administración por incurria, incapacidad o ineficiencia.

Es que si el Estado no ejercita su potestad disciplinaria dentro del término quinquenal señalado por el legislador, no puede después, invocando su propia ineficacia, desinterés o negligencia, ampliar dicho lapso prescriptivo sin violar el derecho del infractor, de exigir una pronta definición de su conducta. Es que la potestad sancionatoria no puede quedar indefinidamente abierta, hasta cuando la autoridad respectiva la quiera ejercer, de ahí que el legislador haya establecido un límite en el tiempo 5 años.

Y como si esto fuera poco, el término para fallar también se amplía, pues el fallador de segunda instancia, dentro de cualquier proceso disciplinario cuenta con cuarenta (40) días para proferir su decisión mientras que en el caso que es objeto de demanda, puede hacerlo dentro del término de seis (6) meses, creando una desigualdad injusta e irrazonable en contra del infractor.

Si el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones, la obligación de adelantar los procesos sin dilaciones injustificadas también lo es. La justicia impartida con prontitud y eficacia no sólo debe operar en los procesos penales -criminales-, sino en los de todo orden, administrativos, contravencionales, disciplinarios, policivos, etc.

Con fundamento en lo expuesto, la Corte declaró inexecutable el parágrafo 1o. del artículo 34 de la ley 200 de 1995, por infringir los artículos 29 y 13 de la Constitución.

Pero antes de pasar a otro punto, considera la Corte pertinente anotar que esta decisión no contradice la tomada en la sentencia C-345/95, en la cual se declaró executable el artículo 82 del decreto ley 100 de 1980 -Código Penal-, que establece el término de prescripción de los delitos cometidos por empleados oficiales, pues en dicha ocasión se encontró que la diferenciación entre los particulares y los servidores estatales, para tales efectos, se encontraba plenamente justificada, debido a que por “la posición privilegiada en que se encuentran los funcionarios públicos que delinquen”, tienen mayor oportunidad de ocultar pruebas o dificultar su consecución “gracias al cargo o las funciones que desempeñan”, lo cual representaría un “mayor costo social al permitir que los delitos cometidos por servidores públicos queden en la impunidad, con la consecuente pérdida de legitimidad del Estado.”

En el caso que hoy se analiza, la desigualdad se crea entre un mismo grupo de personas -los trabajadores del Estado-; frente a un mismo acontecimiento la prescripción de la acción disciplinaria-, por un hecho ajeno a su conducta y atribuible a la autoridad competente para decidir sobre ella, y que consiste en ampliar el término prescriptivo de la acción disciplinaria, en los procesos en que se ha notificado al procesado el fallo de primera instancia, quedando éste en cinco años y seis meses, mientras que en los procesos en que tal hecho no ha tenido ocurrencia, la prescripción se produce en cinco (5) años, lo que resulta injustificado e irrazonable, pues la incapacidad del Estado para ejercer la potestad punitiva en materia disciplinaria no puede trasladarse al empleado, sin violar su derecho a obtener en un plazo determinado una decisión que resuelva su situación jurídica.

Hoy con la norma disciplinaria vigente, no se menciona en ninguna parte la interrupción de la acción disciplinaria y no se podría mencionar porque es bien conocido el mandato constitucional según el

cual, declarada inexecutable una norma, queda prohibido que pueda ser nuevamente reproducida por una nueva norma ³.-

Pero esta no era posición únicamente de este Tribunal, como se ha mencionado exhaustivamente.

La Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, con proyecto del Magistrado Ponente: Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL de Fecha: Septiembre 23 de 1997 (No. de Rad.: 13333-97), ha dicho:

La prescripción de la acción en materia penal, cuando no existe resolución acusatoria ejecutoriada, opera en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si es privativa de la libertad, atendidas las circunstancias de agravación o atenuación concurrentes, siempre y cuando no sea inferior de cinco años ni superior de veinte, pues de serlo, el fenómeno se entenderá cumplido en uno y otro término límite, respectivamente (art.80 del Código Penal, modificado por el 31 de la ley 40 de 1993).

En la etapa de juzgamiento, este tiempo se reduce a la mitad, contado a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, sin que, en ningún caso, su duración pueda ser inferior de cinco años (art. 84 ejusdem).

...

De acuerdo con las normas que vienen de citarse, se tiene que el término de prescripción para el delito por el que se procede sería, en la etapa de la causa, de tres años, pero como en ningún caso puede llegar a ser inferior de cinco, es éste el tiempo que debe tenerse en cuenta para determinar si la acción se encuentra prescrita. Se declarará, por tanto, la prescripción de la acción penal en este asunto y se ordenará la cesación de todo procedimiento en contra del procesado...

3 Artículo 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la constitución.

La misma Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Penal dijo en otra sentencia siendo Magistrado Ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas, de Fecha: Septiembre 3 de 1992 (No. de Rad.: 6114-92)

El término de prescripción únicamente se ve alterado cuando el Estado-jurisdicción hace un pronunciamiento serio sobre el hecho investigado y la eventual responsabilidad de sus actores y cómplices y esa decisión no es otra que la resolución de acusación.

De nuevo, la Corte Suprema de Justicia en la misma Sala de Casación Penal, con ponencia del Magistrado Dr. MARIO MANTILLA NOUGUES de Fecha: Octubre 7 de 1997 (No. de Rad.: 12813-97) dijo:

“La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad pero, en ningún caso, será inferior a cinco años ni excederá de veinte. Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes.”

...

De manera que si el lapso mayor de prescripción de la acción penal es de veinte años en su previsión para la fase instructiva, de acuerdo con la remisión que al artículo 80 hace el 84 ejusdem el término extintivo cimero en la etapa de la causa es de 10 años, equivalente a la mitad del máximo fijado en el referido 80. Así viene determinándolo la Corte, como puede apreciarse en providencias de fecha septiembre 29 de 1994, casación No. 9164, M.P. Jorge Enrique Valencia M. y octubre 30 de 1996, casación No. 9500, M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote.

En estas condiciones, abatido por el tiempo el ius puniendi de que es titular el Estado, situación que se consolidó, en este caso, aún antes de celebrarse la segunda audiencia pública (marzo 14 de 1996, fs. 515 y ss. cd. 2), se impone así declararlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 del C. de P.P., situación que impide el estudio sobre la admisión de la impugnación extraordinaria y cualquier otro desenvolvimiento de la extinguida acción penal.

Por lo anterior, no cabe duda que el proceso entró en prescripción y aunque no se satisfagan las pretensiones de la denunciante, debe cumplirse con la ley por encima de cualquier consideración en este aspecto.

La única figura válida al respecto sería la de la renuncia a la prescripción, pero sin siquiera haber encontrado un posible inculpado, esto tampoco es posible.

Respecto de nuestro caso en cuestión, este Tribunal Nacional había considerado lo siguiente:

- a. Los hechos tuvieron ocurrencia en mayo 2 de 2000.
- b. La sentencia sancionatoria de primera instancia se produjo el 23 de junio de 2004.
- c. La sentencia que niega la reposición y no concede la apelación tiene fecha de 8 de septiembre de 2004.
- d. El código procesal (Ley 906 de 2004 comenzó su vigencia) el 2 de septiembre de 2004, lo que en principio daría la posibilidad de que la norma sobre prescripción (art 531) pudiera ser aplicada a éste proceso.
- e. El Tribunal de primera instancia le había formulado cargos el 19 de noviembre de 2003.
- f. La norma sobre prescripción antes aludida determina:

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.

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 afecten 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; cohecho impropio; enriquecimiento ilícito de servidor público; 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 todos aquellos 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.

- g. De conformidad con los apartados destacados en la norma anterior, este es uno de los procesos excluidos para que se les aplique dicha norma, porque si bien es cierto que la figura procesal del cierre de la investigación no existe en los procesos disciplinarios si es una realidad, que cuando comenzó a regir el nuevo código procesal

en lo relacionado con la prescripción en éste proceso ya se había producido el pliego de formulación de cargos.- Bien se sabe que el pliego de cargos ha sido equiparado a la resolución de acusación en los procesos penales y si ello es así ha de concluirse que el cierre de la investigación es previo a la formulación de cargos y en tales circunstancias, por la semejanza entre los dos procesos es claro que en éste proceso ya se había superado la etapa procesal del cierre, que es la que excluye a algunos proceso para que les sea aplicable la norma comentada.-

- h. En las condiciones precedentes se estimó que a éste proceso no le era aplicable la norma que solicitaba el defensor.

4. EL CAMBIO EN LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA RESPECTO DE LA PRESCRIPCIÓN

Varios elementos han incidido de manera directa en la reconsideración respecto de la prescripción de la acción disciplinaria ético médica:

A. LA APLICACIÓN DE LA ANALOGÍA IN MALAM PARTEM

Al aplicar la analogía entre el pliego de cargos y la resolución de acusación entre los procesos disciplinario y penal, se está efectuando una aplicación analógica “in malam partem”. Y al restringirse la aplicación de un instituto jurídico liberador como lo es la prescripción se está efectuando a través de la analogía que, en procesos penales, aplica solamente en materias permisivas.

Revisemos un poco lo concerniente con el concepto de analogía, para fundamentar la decisión a tomar.

Interpretar es buscar una explicación del sentido de una cosa y principalmente de textos faltos de claridad. Aunque la voluntad y la intención del Legislador van de la mano, pues en Derecho lo que su autor quiere, en algunas ocasiones lo querido no coincide con lo expresado. Por ello, la norma debe interpretarse. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 8 de la Ley 153 de 1887:

“...cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen los casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de Derecho...”

El artículo en mención fue declarado exequible por la sentencia C-083 de 1 de Marzo de 1995 en la Corte Constitucional.

ANALOGÍA quiere decir relación de semejanza entre cosas distintas y constituye un método por el cual una regla de Derecho se extiende, por semejanza, a casos no comprendidos en ella. Se trata pues de aplicar una norma para regular un caso no previsto en la Ley, partiendo de esa norma que rige un caso similar.

La analogía tiene su origen histórico en las escuelas exegéticas, inicialmente bizantinas, quienes trataban de explicar el contenido de las palabras, aplicándolas al caso concreto, sin hacer mayores observaciones de tipo teleológico o de finalidad de la norma. Se ceñían más a las palabras o lenguaje del Código más que al espíritu. Estos fueron continuados por los neoglosadores, que se ceñían solo al código y a sus palabras. Esto constituyó un gran retroceso en la hermenéutica jurídica, pues se regresa al siglo XII de los exégetas. La moderna escuela gramatical o exegética afirma que el sentido se deduce de las mismas palabras.

En efecto, la analogía se basa en la convicción de encontrarse todo derecho en la misma ley, explícita e implícitamente. Por lo tanto, el intérprete siempre hallará en ella la solución a cualquier caso concreto.

Los argumentos de la analogía, en el derecho Civil, son:

1A. SIMILI AD SIMILI. Si un hecho específico produce una consecuencia determinada, esta consecuencia debe también presentarse para un hecho diferente que cumple los supuestos del primero. Donde hay la misma razón, debe existir la misma disposición.

2A. MINORE AD MAIUS. La consecuencia producida por un hecho menor, con mayor razón se cumple ante un hecho similar de magnitud

superior. Igualmente, la consecuencia que no se cumple con un hecho menor, tampoco lo hará para otro hecho mayor de la misma especie.

3A. MAIORE AD MINUS. Lo que se previene para el caso mayor se encuentra implícito para el caso menor.

Sus bases incluyen:

-RESPETO A LA NORMA ESCRITA: La aplicación analógica se aplica en los casos en los cuales la diferencia con casos contemplados en la misma no es relevante y, por lo tanto, no afectan la razón de ser de la norma (ratio juris).

-PRINCIPIO DE IGUALDAD: Es la base de la justicia: situaciones similares deben recibir tratamiento similar.

-OBEDIENCIA A LOS PRINCIPIOS GENERALES: Aunque es una aplicación de lo particular a lo particular, la norma general siempre se tiene en cuenta.

-ACATAMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN: Específicamente el artículo 230: “Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la Ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.”

-IDENTIDAD ESENCIAL EN LOS CASOS Y EL RESULTADO DE LA APLICACIÓN DE LA NORMA

-CONSERVAR EL MODELO GENERAL SOBRE EL CASO PARTICULAR: Se debe caracterizar como un desarrollo de la norma positiva, cuya aplicación debe conservar el genus (modelo) sobre el que cabe como species (figura particular) del caso no previsto en la norma.

-CONSERVACIÓN DE LA UTILIDAD SOCIAL: En el sentido de respetar la seguridad, la libertad y la dignidad humanas.

Existen dos tipos de analogía en Derecho:

ANALOGÍA LEGIS. Extensión de una solución jurídica a un caso semejante. Parte de una norma concreta que regula un caso de la vida real bajo determinados presupuestos. Se utilizan disposiciones que regulen casos similares o materia análogas.

ANALOGÍA JURIS. Esta no parte de una norma específica, como la anterior, sino de varias disposiciones particulares, de las cuales extrae principios generales y los aplica a casos no regulados por la ley. Es decir, se decide de acuerdo con los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado.

La analogía juris es mucho más dispendiosa y abstracta. Se compone de dos fases: En la primera se escogen las disposiciones específicas; en la segunda se abstrae la regla implícita que sirve para resolver el caso en cuestión.

Aunque la analogía es de gran valor en casos no previstos en la Ley, no pueden darse reglas específicas para su uso. Lo importante es que exista una identidad esencial entre los dos casos que se contraponen. Además, el juez debe analizar si el resultado de dicha aplicación es racional.

La analogía no debe aplicarse en casos de excepción a reglas generales, pues por su misma naturaleza las excepciones son de tipo restrictivo. Tampoco puede aplicarse la analogía en casos de sanciones, pues sin una tipificación precisa, la sanción no existe (*nulla poena sine lege*). Adicionalmente, su uso es restringido por la interpretación extensiva de una norma general.

Respecto del Derecho Penal, existen unos principios esenciales para aplicar la Ley, los cuales incluyen:

VOLUNTAD LEGISLATIVA. Se debe tener en cuenta el sentido, la voluntad y el fin que quiso el Legislador en el momento de promulgar esa norma.

ARMONÍA. El otro aspecto a tener en cuenta es la armonía que debe existir entre la norma misma, la CN y los Tratados Internacionales. Muchos de estos ya son de fundamento constitucional.

APLICABILIDAD. El tercer aspecto al aplicar una norma es no tener en cuenta el momento de promulgación de la norma, sino el momento de su aplicación.

SISTEMÁTICO. El cuarto es el aspecto sistemático. No se puede aplicar una norma de una forma singular o aislada. Las normas penales están dentro del sistema penal.

IN DUBIO PRO REO. En todas las dudas se favorece al inculpado.

PRIMACIA DE LA LEY ESPECIAL. La ley especial se prefiere a la Ley General.

PREFERENCIA DE LA NUEVA LEY. La ley posterior se prefiere a la Ley anterior.

FAVORABILIDAD DE LA LEY. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplica de preferencia a la Ley restrictiva o desfavorable.

Concretamente, en lo que hace referencia a la analogía en Derecho Penal, el principio enunciado en el artículo 7 del Código, este va concatenado al principio de legalidad. La analogía no se puede aplicar en el derecho penal, no se puede juzgar por tipos penales análogos. En el derecho penal lo que no esta prohibido se entiende que esta permitido teniendo en cuenta el principio de legalidad.

La analogía, en este aspecto, puede ser:

- a. **ANALOGÍA PROPIA:** No se aplica en el derecho penal.
- b. **INTERPRETACIÓN EXTENSIVA DE LA LEY,** la cual puede ser extensiva, restrictiva, progresiva y gramática, no se aplica al derecho penal y esta puede ser:

- c. **LA INTERPRETACIÓN ANÁLOGA:** Esta si se aplica en el derecho penal y consiste en la interpretación de la norma teniendo en cuenta todo el sistema al que pertenece; cuando una norma es confusa se aplica otra de igual alcance y que verse sobre el mismo caso.

Esta interpretación analógica es la que excepcionalmente se práctica en Derecho Penal y en el Derecho Disciplinario.

5. LA FAVORABILIDAD EN LA APLICACIÓN DE NORMAS PROCESALES PENALES QUE TIENEN CARÁCTER SUSTANCIAL

Los grandes problemas son la justicia, validez y eficacia de la norma jurídica individual y del ordenamiento en su totalidad. La justicia esta dada por la coincidencia de ella con los valores superiores de una sociedad, es la búsqueda del deber ser, es el problema de los deberes relativos a una situación social dada.

La validez es un problema de comparación en el cual se deben buscar tres requisitos:

1. Que haya sido creada por el órgano competente.
2. Que siga unos modelos preestablecidos por el ordenamiento mismo.
3. Que no choque contra una norma de carácter superior.

La eficacia busca determinar la validez de la norma no solo dentro del sistema, sino además si se cumple en el mundo real de manera espontánea, o si es necesario aplicar coerción para su acatamiento; por ello el grado de espontaneidad en el cumplimiento de la norma nos informa acerca de su eficacia si está desnuda de coerción, ya que se reconoce una armonía entre el querer individual y aquello que imponga la norma. Al juez le corresponde asegurar la eficacia de todo el ordenamiento jurídico, el futuro democrático esta en sus manos, pues son los garantes de la vigencia de dicho ordenamiento.

La dogmática es la parte del derecho público que se ocupa del estudio de principios y reglas que orientan el debido proceso. Lo que concierne al

derecho procesal es la forma como se aplican y desarrollan los principios constitucionales que garanticen los límites del ejercicio del poder público en la función jurisdiccional, administrativa y aún en la privada.

El derecho procesal es público pues sus formas y contenidos están inscritos en los modelos de la Constitución. En Colombia por disposición constitucional art.29, el debido proceso se aplica a todas las actuaciones judiciales y administrativas por lo que es de uso exclusivo de la función jurisdiccional del Estado.

No hay unanimidad al respecto de los principios del derecho procesal, por tres razones fundamentales:

1. Los principios están dados de acuerdo al sistema imperante. Si es de estirpe filosófica liberal, los principios que gobiernan son muy garantistas. Rodean al individuo de garantías. En cambio, cuando es de derechas, hay un recorte sustancial a esos principios. Por lo tanto, debe mirarse el contexto en donde esos principios se enunciaron, porque además hay totalitarismo de ambos lados.

2. El Derecho, entre ellos el procesal, varía con la época. Antes de la Revolución Francesa los principios y garantías eran escasos, por no decir que nulos. A partir de esta época se establecen principios y garantías en el manejo del Estado y, por ende, en la concepción del Derecho.

Actualmente, Ovalle en México, Clemente Díaz en Argentina y otros, establecen categorías diferentes, juzgando que no todo lo que se ha considerado como principio lo es, sino que pasan a ser reglas técnicas. Hernando Devis Echandía en nuestro medio, enuncia por lo menos treinta principios del Derecho Procesal y del procedimiento, muchos de los cuales en la técnica procesal moderna están revaluados.

EL PRINCIPIO DE LA PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL está garantizado por el art 228 de la CN. En concordancia con el artículo 4 del CPC, al interpretar la ley procesal el juez debe tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es

la protección del derecho sustancial Allí realiza el Debido Proceso, la Igualdad de las Partes y el Derecho a la Defensa.

Si bien es cierto que las normas sustanciales consagran deberes derechos y obligaciones, la norma procesal lleva consigo los mecanismos para hacer efectivos esos derechos. El Legislador no dice que sea la norma procesal de menor nivel, sino que señala que esa norma procesal, estando en un plano de igualdad debe hacer efectivo el derecho sustancial. El binomio norma sustancial y norma procesal hace que sea efectiva y rápida la administración de justicia. Si toman caminos separados viene el colapso de la administración de justicia. Una y otra se necesitan. No pueden existir solo normas sustanciales, pues faltaría el mecanismo de hacerlas efectivas. Por otro lado, al haber solo normas procesales, se perdería el sentido de la ley y la justicia.

A lo anterior debe sumarse que la norma procesal tiene dos grandes grupos: la puramente instrumental y la norma procesal que conlleva efectos sustanciales. Y a esta última aplican, como a la norma sustancial en sí, los principios de aplicación del derecho penal y disciplinario.

La aplicación del principio de favorabilidad deviene de claros Mandatos Superiores, pues expresamente aparece consagrado en el artículo 29 de la Constitución cuando se lo establece como una de las garantías integradoras del debido proceso al determinarse:

ARTÍCULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

.....

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. ⁴.-

4 <Concordancias>

Ley 65 de 1993; Art. 2; Art. 134

Ley 80 de 1993; Art. 22; Art. 57; Art. 58; Art. 59

Ley 104 de 1993; Art. 116

Ley 142 de 1994; Art. 29

Ley 200 de 1995

Ley 241 de 1995; Art. 54

Ley 270 de 1996; Art. 3
Ley 333 de 1996; Art. 11; Art. 16
Ley 379 de 1997
Ley 388 de 1997; Art. 66; Art. 70; Art. 71
Ley 418 de 1997; Art. 73
Ley 599 de 2000
Ley 600 de 2000
Ley 679 de 2001
Decreto 1975 de 2002; Art 8; Art. 9
Ley 745 de 2002
Ley 747 de 2002
Ley 759 de 2002
Ley 764 de 2002
Ley 765 de 2002
Ley 777 de 2002
Ley 782 de 2002; Art. 27
Ley 793 de 2002; Art. 8; Art. 9; Art. 10
Ley 794 de 2003
Ley 813 de 2003
Ley 830 de 2003
Ley 837 de 2003

<Jurisprudencia Concordante>

Corte Constitucional

Sentencias de control de constitucionalidad:

C-479-92; C-541-92; C-543-92; C-549-92; C-556-92; C-557-92; C-561-92; C-587-92; C-599-92; C-606-92; C-010-2001; C-013-2001; C-046-2001; C-047-2001; C-052-2001; C-060-2001; C-095-2001; C-096-2001; C-140-2001; C-143-2001; C-173-2001; C-252-2001; C-329-2001; C-333-2001; C-361-2001; C-364-2001; C-403-2001; C-404-2001; C-429-2001; C-477-2001; C-479-2001; C-551-2001; C-553-2001; C-554-2001; C-555-2001; C-556-2001; C-557-2001; C-581-2001; C-620-2001; C-1026-2001; C-1066-2001; C-1147-2001; C-1178-2001; C-1195-2001; C-1212-2001; C-1247-2001; C-1251-2001; C-011-2002; C-012-2002; C-040-2002; C-041-2002; C-042-2002; C-043-2002; C-087-2002; C-091-2002; C-131-2002; C-156-2002; C-187-2002

Sentencias de Tutela:

T-006-92; T-009-92; T-011-92; T-013-92; T-015-92; T-402-92; T-411-92; T-419-92; T-429-92; T-436-92; T-438-92; T-440-92; T-441-92; T-442-92; T-444-92; T-445-92; T-458-92; T-460-92; T-463-92; T-467-92; T-471-92; T-474-92; T-476-92; T-482-92; T-488-92; T-489-92; T-490-92; T-492-92; T-493-92; T-494-92; T-496-92; T-498-92; T-500-92; T-503-92; T-516-92; T-519-92; T-520-92; T-521-92; T-525-92; T-531-92; T-540-92; T-552-92; T-554-92; T-565-92; T-568-92; T-572-92; T-576-92; T-581-92; T-582-92; T-584-92; T-585-92; T-591-92; T-595-92; T-596-92; T-597-92; T-601-92; T-602-92; T-001-2002; T-002-2002; T-016-2002; T-019-2002; T-020-2002; T-021-2002; T-023-2002; T-024-2002; T-028-2002; T-032-2002; T-033-2002; T-046-2002; T-047-2002; T-048-2002; T-049-2002; T-056-2002; T-059-2002; T-060-

Si se observa la redacción utilizada por el legislador se podría concluir que el principio en estudio es aplicable: “ En materia penal” y por tal expresión de conformidad a lo que ha sostenido la doctrina debe comprenderse no solo las leyes del derecho penal material, sino también las leyes procesales y en tales condiciones ha de concluirse que tal principio es aplicable a la transición de leyes procesales que se acaba de presentar, así la ley 906 haya iniciado su implementación de manera gradual y así la misma, en una de sus disposiciones diga que la nueva normatividad procesal se aplicará únicamente para los delitos cometidos con posterioridad al 1º de enero de 2005.

Debemos primero que todo recordar lo dispuesto en el art. 40 de la ley 153 de 1887 con relación a la sucesión de leyes procesales y la aplicación de las nuevas. Dice así la ley citada:

“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieron iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”.

Partiendo de esta disposición legal algunos procesalistas llegaron a afirmar que las leyes procesales eran de aplicación inmediata y que por tanto a ellas no era aplicable el principio de favorabilidad.

Pero es en realidad una muy simple concepción porque parten del presupuesto equivocado que todas las leyes procesales son neutras, es decir que todas son normas que hacen relación a la sustanciación, ritualidad y competencia de los procesos y que no las hay de contenido material, es decir aquellas que debemos entender que contienen o consagran aspectos de fondo, que con su aplicación comportan beneficios o perjuicios al procesado y la realidad legislativa nos demuestra que de la misma manera que existen muchas normas que no tienen otra finalidad, ni contenido que delimitar competencias,

2002; T-062-2002; T-066-2002; T-077-2002; T-080-2002; T-082-2002; T-094-2002; T-100-2002; T-112-2002; T-121-2002; T-123-2002; T-133-2002; T-137-2002; T-138-2002; T-144-2002; T-149-2002; T-168-2002; T-209-2002

precisar las formas y ritos que deben seguirse en la realización de los diversos actos y diligencias que integran el proceso penal, o de normas que indican la forma de adelantar o sustanciar el proceso; también las hay de contenido material, es decir, aquellas que a pesar de ser normas de procedimiento, por la importancia de las garantías que contienen, implican con su aplicación notables beneficios o perjuicios a los procesados.

A esas leyes de contenido material o sustancial alude el artículo 6º de la ley 600 cuando determina:

ARTÍCULO 6o. LEGALIDAD. Nadie podrá ser investigado, ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al tiempo de la actuación procesal, con observancia de las formas propias de cada juicio.

LA LEY PROCESAL DE EFECTOS SUSTANCIALES PERMISIVA O FAVORABLE, AUN CUANDO SEA POSTERIOR A LA ACTUACIÓN, SE APLICARÁ DE PREFERENCIA A LA RESTRICTIVA O DESFAVORABLE.

La ley procesal tiene efecto general e inmediato. (Lo destacado no lo es en el texto)

La verdad es que el ámbito delimitador del derecho penal material y del derecho procesal penal nunca ha estado debidamente precisado, porque es indescubrible que en el código penal existen normas de contenido procesal; creemos que nadie osaría discutir que normas como las relacionadas con la aplicación de la ley en el tiempo y en el espacio, las relacionadas con la prescripción de la acción y de la pena, o las relativas a la extradición son de un profundo contenido procesal.

En la misma forma, en la codificación procesal existen normas procesales de un claro contenido material, porque como ya se dijo, la importancia de los derechos que ellas contienen o salvaguardan son de tanta trascendencia como la de los contenidos en las normas propiamente materiales. Es por ello que puede afirmarse que las

normas procesales que contienen normas de contenido constitucional son normas materiales o sustanciales pese a su ubicación.

MANZINI refiriéndose a este punto dice que:

“ Son, por tanto, normas de «derecho penal material» todas aquellas que atribuyen virtualmente al Estado el poder punitivo o también a los órganos del mismo Estado, o a particulares, el poder disposición del contenido material del proceso, o sea, de la pretensión punitiva o de la pena (ejemplo: facultad de querrela, de remisión, etc.; amnistía, indulto, gracia, prescripción, condena condicional, etc.).

Son, en cambio, normas de “derecho procesal penal «todas y solamente las que regulan de manera general el inicio, el desarrollo y el fin del proceso, que establecen las garantías jurisdiccionales de la ejecución de las cosas juzgadas, que indican las formas con que los sujetos procesales pueden valerse de sus facultades dispositivos del contenido material del proceso, y que atribuyen a los órganos del Estado o a los particulares un poder de disposición del contenido formal del proceso, esto es, de las mesas formas procesales (ejemplo: derecho de defensa, de impugnación, de renuncia, etc.).

“Así, por ejemplo, la facultad de remisión, por ser una facultad que, al ejercitarse, hace desaparecer la pretensión punitiva del Estado, es de derecho material; pero las formalidades con las que se debe declarar la remisión misma, constituyen derecho procesal.

“De lo expuesto se infiere que el estar una norma comprendida en el Código de procedimiento penal o en el Código penal no basta para calificarla, respectivamente, como norma de derecho procesal o de derecho material, tanto menos cuanto que el propio Código de procedimiento penal nos ofrece un ejemplo de verdadera y propia incriminación (contravención prevista por el art 137, relativo al uso de la lengua italiana)”⁵

5 MANZINNI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal. Tomo 1*, Buenos Aires, Ediciones de Cultura Jurídica, 1951, pág. 108.

Por su parte CLARIA OLMEDO, refiriéndose al mismo tema sostiene:

“Hemos advertido ya que todas las normas constitutivas del orden jurídico son materiales o sustantivas, y que las realizadoras pueden ser tanto sustantivas como procesales. Las constitutivas establecen el orden jurídico penal y lo garantizan mediante la sanción correlativa a la conducta descrita; pero son también constitutivas las normas que condicionan directamente la punibilidad, no las que orientan o impiden el pronunciamiento de fondo.

“La norma penal constitutiva es la que debe determinar el contenido del fallo al fondo (mérito). Este fallo se obtiene conforme a la voluntad manifestada en las normas realizadoras destinadas a componer el orden alterado. Para ello determinan poderes, condiciones, medios y formas, y aseguran el cumplimiento de la actividad así reglamentada.

“ (...)

“Son procesales penales las normas de realización que establecen los órganos de actuación, fijándoles poderes y deberes concretos respecto de; contenido formal del proceso, y la que reglamentan el modo, forma y condiciones de la actuación de esos órganos y de los demás intervinientes. Los poderes genéricos de jurisdicción, acción y excepción son sustanciales, pero se desenvuelven en virtud de atribuciones y sujeciones procesales.

“El total de normas procesales penales se integra con previsiones sobre los objetos, las atribuciones y las formas para la realización de la justicia penal a través de toda la trayectoria del proceso. Pero hay algunos aspectos del derecho penal realizador regulados por normas sustanciales y procesales que conforme ya hemos expresado, se conocen como zonas de penumbra: sirvan de ejemplo la acción penal, la querella, la instancia privada, la prescripción, la renuncia o el desistimiento, la libertad condicional, etc.”⁶

En las condiciones precedentes es indispensable concluir que la norma

6 CLARÍA OLMEDO, Jorge A. *Derecho procesal. Torno 1*, pág 90. Editorial Córdoba- ba, Córdoba, 1984.

de la ley 153 de 1887 hace referencia única y exclusivamente a las leyes relacionadas con la competencia, con las ritualidades procesales y con las que impulsan o ayudan a sustanciar el proceso, y estas evidentemente son de aplicación inmediata, pero no las otras a las que se hizo referencia, las que por la trascendencia de las garantías contenidas les es igualmente aplicable el principio de favorabilidad.

Existe además una interpretación de contenido constitucional que lleva a la misma conclusión anterior, porque recuérdese que la Carta de 1886 contenía la expresión: “En materia criminal, la ley permisiva...”.

Y es claro que cuando la norma superior hablaba del principio de favorabilidad y se refiere a leyes en materia criminal, tenemos que entender incluídas tanto las penales materiales como las procesales penales, pues una norma de rango secundario, no podría hacer distinciones donde la Constitución no las hace.

El procesalista payanés BENJAMÍN IRAGORRI DÍEZ opinó sobre el tema cuando expresó:

“La interpretación de las leyes penales está regida por el principio de: favorabilidad amplianda sunt, odiosa restringenda (lo favorable debe ampliarse y lo odioso restringirse). Y este principio, según el art. 26 de la Constitución, tiene efecto sobre toda ley “en materia criminal”. El texto no hace distingo entre leyes penales sustantivas y leyes penales formales o de procedimiento; unas y otras quedan amparadas por el concepto libertad de favorabilidad, aunque sean posteriores al hecho.

El art. 3º del C. P. reza:

“La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”. No hace distinción alguna entre leyes que definen y castigan delito, o los tipifican, y leyes de carácter procedimental, por mucho tiempo mal llamadas adjetivas. El art. 44 de la ley 153 de 1887, muy importante en los principios generales sobre observancia y derogación de las leyes, proclama: “En materia penal la ley favorable o permisiva prefiere en los juicios a la odiosa

o restrictiva, aun cuando aquella sea posterior al tiempo en que se cometió el delito» La palabra juicios debe entenderse como procesos, como los anteriores, no hace diferencia en cuanto a la naturaleza o clase de leyes⁷.

La jurisprudencia de la Corte en vigencia de la Carta Política de 1886, sostuvo tesis similar, es decir que el principio de favorabilidad era igualmente aplicable a las normas penales materiales como a las procesales penales. Por su importancia debe citarse aquella de que fue ponente el Magistrado GUSTAVO RENDÓN GAVIRIA cuando la Corte dijo:

“3º) En la ley penal, tomada en su contenido sustantivo, que define los hechos punibles y determina las sanciones, el principio general de la no retroactividad rige para el común de las leyes, pero está excepcionado, por razones preponderantes, en beneficio de los infractores, para hacer retroactiva cuando es más favorable o benigna que la ley anterior bajo cuyo imperio pudieron tener ocurrencia hechos todavía no juzgados, e incluso sentenciados.

“4º) La consagración por el constituyente del equitativo principio de que «la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable», a que alude el inciso 2 del art. 26, no ampara a la persona en el juicio criminal solo por el aspecto sustantivo del derecho penal, como pudiera entenderse de las normas contenidas en los artículos 40 y 43 de la ley 153 de 1887.

“Lo que la Carta establece en cuanto a la ley preexistente, en materia criminal, comprende por igual los preceptos sustantivos y de procedimiento, dejando, eso sí, a salvo el canon fundamental de la retroactividad cuando la ley posterior es más favorable al imputado de la comisión de un delito.

⁷ IRAGORRI DÍEZ, Benjamín. *Instituciones de derecho procesal penal*. Bogotá, Editorial Temis, 1974, pág. 164.

“5º) Admitido que las normas procesales son de orden público, no sujetas a dilaciones en su cumplimiento y aplicación, porque respecto de ellas no puede hablarse de «derechos adquiridos» que inhiban al legislador para modificar la competencia y la ritualidad de los procesos que cursan, y que por tal razón no prima la ley de procedimiento vigente al momento de la infracción, como es opinión de algunos tratadistas de derecho constitucional y de derecho procesal penal, lo evidente es que, aún frente a ese supuesto que interpretaría con arbitrarias restricciones la primera parte del artículo 26 de que se trata, la segunda parte del mismo texto hace imperativo, en lo sustantivo y en lo procesal, caso de tránsito entre las legislaciones, aplicar la ley más favorable.

“6º) Las leyes de procedimiento no solo están destinadas para fijar competencias y disponer ritualidades adjetivas de los juicios criminales. Muchas de sus disposiciones, las más importantes, consagran los recursos contra las providencias judiciales, los términos probatorios, el debate dentro del plenario, la asistencia profesional del acusado, los medios de defensa, los recursos extraordinarios, los motivos de detención preventiva, entre otras cosas, todas ellas fundamentales, que de un procedimiento a otro pueden, de modo esencial, afectar los derechos del sujeto pasivo de la acción penal.

“7º) Sería contrario a la Constitución Nacional imponer a un procesado un régimen de excepción en materia de procedimiento, limitado y estrecho en cuanto a recursos y medios de defensa, si cuando este acusado delinquiró regía un sistema, una institución de procedimiento criminal más favorable en lo tocante al derecho inalienable de defensa.

“8º) El alcance del artículo 26 de la Constitución Nacional y de los textos penales antes transcritos no permiten dudar sobre las anteriores consideraciones. El juicio previo debe descansar en la ley anterior al hecho del proceso, y la aplicación de una ley posterior a ese evento está condicionada a su carácter permisivo favorable para el acusado”⁸.

⁸ “G. J.”, núm. 2238, mayo de 1961.

Habiéndose concluido de tal manera, debemos recordar el principio general que gobierna la aplicación de la ley penal en el tiempo y que no es otro que el de la irretroactividad, según el cual la ley rige desde el momento de su promulgación hasta su derogatoria, con sus dos grandes excepciones proyectadas ambas en el caso de la aplicación de la ley penal más favorable en el caso de tránsito de legislaciones y que son la retroactividad y la ultraactividad.

De conformidad con la primera excepción, la ley nueva cuando contiene aspectos más favorables a los previstos en la norma que la precedió aplica sus efectos a los hechos ocurridos en el pasado, es decir que se termina aplicando la ley a hechos que se ejecutaron cuando la ley nueva no existía porque no había sido promulgada.

De conformidad con la segunda excepción, se continúa aplicando la ley derogada, porque la nueva ley contiene aspectos desfavorables con relación a los previstos en la ley derogada. El fenómeno de la ultraactividad permite entonces la aplicación de una ley penal a hechos que ocurrieron en su vigencia, pero que finalmente son fallados cuando esta ley se encuentra derogada, pero por ser más favorable que la nueva se continúa aplicando.

Es obvio que para se produzca la posibilidad de aplicación del principio de favorabilidad es indispensable que se presente una sucesión de leyes, porque si ello no se da es lógico que la ley vigente en el momento de la ocurrencia de los hechos será la aplicable si la misma aún se encuentra rigiendo para ese momento.

El principio de favorabilidad es aplicable entonces en el ámbito penal y también en el procesal; la fórmula constitucional se conservó casi que idéntica en el nuevo texto de 1991 y solo se cambió el vocablo “criminal” por el de “penal” y por si llegase a existir alguna duda sobre su aplicación a las leyes procesales se consagró el principio rector idéntico en las leyes 600 y 906 en las que se dice explícitamente:

“ La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aún cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Es importante destacar que en las primeras reuniones para elaborar el código penal de 1980, se acordaron entre los comisionados las bases metodológicas de trabajo y entre ellas, estuvieron de acuerdo que las ponencias que se elaborasen debían serlo teniendo como punto de partida los trabajos del Código Penal tipo para América Latina⁹.

Habiéndole sido asignada al Dr. Baquero Borda las ponencias sobre validez temporal y espacial de la ley penal, presentó una relacionada con el primer tema donde se negaba la posibilidad de aplicación del principio de favorabilidad a las leyes excepcionales y a las temporales y ello precisamente porque el comisionado antes citado, respetando el acuerdo inicial sobre metodología de trabajo presentó un texto similar

9 “Justamente, por iniciativa del Instituto de Ciencias Penales de Chile, a partir del año de 1963, se ha logrado la reunión periódica de los más destacados profesores de Derecho Penal del Continente Latinoamericano para la elaboración de un Código Tipo que sirva de base o modelo para todos los países que quieran adoptarlo.

“Concluída y aprobada ya la Parte General de ese Código en cuya redacción y desde el comienzo ha participado una Comisión de Juristas colombianos, algunos de los cuales forman ahora parte de la Comisión creada por el Gobierno, resulta apenas obvio y natural que dicho trabajo sea aprovechado y utilizado por nosotros. Este afortunado esfuerzo de integración americana en materias científicas que ha permitido unificar pensamiento y doctrinas, deja a salvo el derecho de cada país para adoptarlo parcial o totalmente, o modificado en la medida en que los intereses de cada nación así lo requiera.

“(...

“Acto seguido, los señores comisionados acuerdan que los respectivos trabajos deberán ser presentados por sus ponentes con la debida anticipación y por escrito, compuestos de dos partes, a saber: la primera, el articulado respectivo, y la segunda, la exposición o motivación de dicho articulado. De otro lado, se deja constancia que para la elaboración de los tenias de ponencia se tuvo en cuenta, respecto de la parte general, el Código Penal Tipo Latinoamericano que servirá de material de discusión en las labores de la Comisión (Acta Núm. 2. Pág 14. Actas del Nuevo Código Penal Colombiano. Vol 1 E. Pequeño Foro. Bogotá, 1980).

al del Código Penal tipo.¹⁰

La situación generó una muy interesante discusión que finalmente concluiría con la aprobación del principio actualmente vigente según el cual el principio de favorabilidad es aplicable a todas las leyes y ello incluye necesariamente las leyes extraordinarias y también las leyes transitorias o temporales.

En aquella ocasión el Dr. Luis Enrique Romero Soto sostuvo:

“...y, al respecto quiero destacar la posición del profesor Jiménez de Asúa para quien la ley temporal debe estar sujeta a los mismos principios de las demás leyes, porque él en el fondo no hacía diferencia entre ley excepcional y ley temporal; como ustedes bien saben pero no sobra repetir para las actas, la ley excepcional es la dictada en circunstancias especiales, en tiempo de crisis, guerra, etc, agravando por lo general las penas o creando nuevos ilícitos, pero que no tienen

10 **Art. 9° de la Ponencia presentada por el Dr Baquero.**“Los hechos realizados durante la vigencia de una ley destinada a regir temporalmente, se juzgarán siempre con sujeción a ésta”.

“Esta disposición se ha tomado integralmente del artículo décimo del C.P.T. y creemos que debe contemplarse en la legislación penal colombiana porque nuestro ordenamiento jurídico ha previsto en algunas épocas leyes de carácter temporal, esto es, que solamente rigen dentro de un determinado tiempo. Así, por ejemplo, actualmente está en vigencia el Decreto 1988 de 1971 que aumentó las penas respecto de determinados delitos y que rige “mientras dure el estado de sitio”.

“También hay legislaciones que contemplan las llamadas leyes excepcionales definidas como aquellas expedidas para satisfacer necesidades excepcionales del Estado y que naturalmente tienen ese carácter respecto de las normas generales. “Respecto de una y otra existen dos criterios:

“Uno en el que predomina la favorabilidad y por tanto se somete a los principios ya consignados en el proyecto y otro, como el del C. P. T. en el que no se reconoce la favorabilidad.

“En mi opinión personal no vale la pena contemplarla norma de carácter excepcional, porque en nuestro país en muy raras ocasiones se han expedido estatutos con ese carácter, a menos que la Comisión tenga otro criterio” (Acta Núm. 5, en Actas..... Vol. 1. Ob. cit., pág. 36).

un tiempo determinado o fijo de vigencia y simplemente se entiende que ella rige hasta que sea derogada, es decir, hasta que terminen las circunstancias en que fue dictada. En cambio, la ley temporal si tiene una disposición que señala el día en que va a terminar la vigencia. Esta es la única diferencia entre las dos clases de ley y yo comparto el criterio del profesor Jiménez de Asúa de que en relación con el principio de favorabilidad no debe hacerse diferencia entre una y otra.

Más aún: creo que si una ley temporal crea un delito y al llegar el momento de caducidad de la ley no hay otra posterior, que siga considerando ese hecho como ilícito, entonces deben aplicarse los principios generales y entre ellos el consagrado por el art. 45 de la ley 153 de 1887. Es que a mí me parece en realidad, aberrante e injusto, que a un individuo que ha cometido un hecho que una ley temporal considera como delito, pero que al terminar la vigencia de esa ley, por el transcurso del plazo fijado para regir, ya no se considere como tal, se le siga sancionando. Por ejemplo se me ocurre el caso del acaparamiento previsto como ilícito en una ley temporal, es decir, con vigencia determinada en el tiempo, y se lleva en virtud de ella a un individuo a la cárcel, pero dada la lentitud del proceso o por cualquiera otra circunstancia se cumple el tiempo de vigencia y por tanto tendríamos a dicha persona procesada o condenada por acaparamiento aunque en ese momento ya el hecho ha dejado de ser punible. De modo que resulta una situación perfectamente aberrante e injusta. En consecuencia no estoy de acuerdo con el art. 9º de la ponencia del Dr. Baquero, que trata de la ley temporal, aunque no se ha abierto la discusión sobre esta norma, porque me parece al respecto de los dos fenómenos, el de la ley excepcional y el de la ley temporal, se puede aplicar el principio de favorabilidad”.¹¹

Debemos decir que por leyes extraordinarias deben entenderse aquellas que surgen de circunstancias políticas, sociales, o económicas excepcionales, internas o externas, que exigen que el Ejecutivo cuente con instrumentos legislativos distintos a las leyes ordinarias para poder superar esa situación que puede poner en peligro la subsistencia de

11 Anteproyecto de Código Penal Colombiano. Revisado por Alfonso Reyes Echandía. Acta Núm. 8. 1. La Picota, Bogotá, 1974, pág. 58.

la nación. De manera regular reciben esta denominación los decretos legislativos que dicta el Ejecutivo como legislador extraordinario en uso de las facultades constitucionales que se le confieren en virtud de la declaratoria del estado de excepción¹².

12 C. N., art. 212: “El Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Guerra Exterior. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para repeler la agresión, defender la soberanía, atenderlos requerimientos de la guerra, y procurar el restablecimiento de la normalidad.

“La declaración del Estado de Guerra Exterior Solo procederá una vez el Senado haya autorizado la declaratoria de guerra, salvo que ajuicio del Presidente fuere necesario repeler la agresión.

“Mientras subsista el Estado de Guerra, el Congreso se reunirá con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales, y el Gobierno le informará motivada y periódicamente sobre los decretos que haya dictado y la evolución de los acontecimientos.

“Los decretos legislativos que dicte el Gobierno suspenden las leyes incompatibles con el Estado de Guerra rigen durante el tiempo que ellos mismos señalen y dejarán de tener vigencia tan pronto se declare restablecida la normalidad. El Congreso podrá, en cualquier época, reformarlos o derogarlos con el voto favorable de los dos tercios de los miembros de una y otra cámara”.

- Art. 213.--”En caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de Policía, el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Conmoción Interior, en toda la República o parte de ella, por término no mayor de noventa días, prorrogable hasta por dos períodos iguales, el segundo de los cuales requiere concepto previo y favorable del Senado de la República.

“Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos.

“Los decretos legislativos que dicte el Gobierno podrán suspender las leyes incompatibles con el Estado de Conmoción y dejarán de regir tan pronto como se declare restablecido el orden público. El Gobierno podrá prorrogar su vigencia hasta por noventa días más.

“Dentro de los tres días siguientes a la declaratoria o prórroga del Estado de Conmoción, el Congreso se reunirá por derecho propio, con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales.

“El Presidente le pasará inmediatamente un informe motiva sobre las razones que determinaron la declaración.

“En ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar”.

El maestro español LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA define así las leyes excepcionales:

“Son leyes excepcionales las que tratan de satisfacer excepcionales necesidades del Estado, causadas por una concreta situación anormal (guerra, terremoto, epidemia, bandolerismo). Como puede advertirse por este somero enunciado, las leyes excepcionales, por su naturaleza misma, tienen, aunque no expresamente, predeterminado el límite de tiempo de eficacia, y por eso pueden incluirse en el género de las leyes transitorias”¹³

Art 214.—“Los Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones:

“1) Los decretos legislativos llevarán la firma del Presidente de la República y todos sus ministros y solamente podrán referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que hubiere determinado la declaratoria del Estado de Excepción.

“2) No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regalará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos.

“3) No se interrumpirá el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado.

“4) Tan pronto como hayan cesado las guerra exterior o las causas que dieron lugar al Estado de Conmoción Interior, el Gobierno declarará restablecido el orden público y levantará el Estado de Excepción.

“5) El Presidente y los ministros serán responsables cuando declaren los estados de excepción sin haber ocurrido los casos de guerra exterior o de conmoción interior, y lo serán también, al igual que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades a que se refieren los artículos anteriores.

“6) El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refieren los artículos anteriores, para que aquélla decida definitivamente sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento”.

13 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de derecho penal. Tomo 11, Buenos Aires, Editorial Losada, 1958, pág. 646.

Por su parte hemos de entender por leyes temporales o transitorias, aquellas que en su propio texto llevan determinado el tiempo de su vigencia, contra lo que ocurre generalmente con las leyes ordinarias que se dictan hacia el futuro y su duración es incierta, pues algunas duran muy poco tiempo y por el contrario existen otras que prolongan su vigencia por centurias.

El maestro antes citado opina sobre el tema:

“Las leyes temporales, son aquellas en que está prefijado el término de su vigencia; es decir, que rigen en un cierto tiempo por ellas mismas determinado. No hay que confundir - para la correcta solución de los problemas que plantean las leyes temporales- la temporalidad con la contingentibilidad - esto es, con la índole de algunas leyes decretadas por causas contingentes y transitorias. Este carácter es meramente sociológico o político, extrínseco a la ley misma, en el sentido de que su eventual temporalidad no se halla fijada en el texto legislativo, pero depende de la desaparición de las circunstancias que la motivaron”¹⁴.

De conformidad con los criterios antes expuestos ha de concluirse que de conformidad con el mandato constitucional y legislativo, el principio de favorabilidad, debe ser aplicado a toda clase de leyes, incluidas las procesales y su aplicación no puede tener excepciones, puesto que tratándose de un principio Superior es evidente que su aplicación es de carácter integral.

14 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Ob. cit., tomo 11, pág. 646.

En la misma obra y en el mismo tomo en la página 354 el autor citado hace referencia a las leyes transitorias u ocasionales así: “A veces, con carácter excepcional, se precisa legislar para circunstancias de índole aguda y por ello transitoria. En vez de dictar una ley permanente, se sanciona y promulga una disposición legal para la ocasión, que durará lo que ésta (por ejemplo, las leyes de neutralidad que los países no beligerantes publican cuando una contienda, como la pasada, envuelve a países que están más o menos limítrofes), y que a menudo lleva en sí misma el señalamiento temporal de su vigencia. No suele ser fácil distinguir con exactitud las leyes temporales de las ocasionales, pues unas y otras tienen de común su excepcionalidad y caducidad”.

Pero su vigencia, imperatividad e ilimitividad no se circunscribe únicamente al mandato constitucional, puesto que el principio es igualmente reiterado en las normas de los Tratados sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia y que integran el Bloque de Constitucionalidad. Efectivamente, el Pacto Universal de Derechos Humanos, - Ley 74 de 1968 -, en su artículo 15 determina:

Artículo 15.-1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de someterse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de someterse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

Y de manera similar la Convención Americana de Derechos Humanos, - Ley 16 de 1972 -, en su artículo 9 determina:

Art. 9o. Principio de legalidad y de retroactividad. - Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de someterse no fueran delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

En las circunstancias precedentes con mayor fundamento normativo ha de concluirse en la necesaria aplicación del principio de favorabilidad.

Nadie discute de que efectivamente el Acto Legislativo Nro 3 de 2002, que le abrió la posibilidad de implementación del sistema procesal acusatorio determina que debe ser la ley la que determine con qué gradualidad se debe comenzar a aplicar la nueva norma procesal, de la misma manera que precisa que se aplicará “ únicamente “ para

los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella se estableciera.

Pero ésta no es una argumentación que sirva para justificar la no aplicación del principio de favorabilidad, porque es una realidad que la norma constitucional y la legal no podrían determinar otra cosa, pues bien se sabe que la vigencia de las leyes en el tiempo es hacia el futuro, la ley rige desde su promulgación o desde la fecha que ella misma determine hacia el futuro. Es el principio general que rige la aplicación de la ley penal en el tiempo que es el de la irretroactividad, con sus naturales excepciones impuestas por el principio de favorabilidad: la retroactividad y la ultraactividad de las leyes penales favorables.

En tales circunstancias el Acto Legislativo se limita a repetir lo que todas las leyes penales deben determinar, generalmente en sus últimos artículos, en el sentido que su aplicación será solo hacia el futuro, es decir para los hechos que ocurran con posterioridad a su vigencia y ello debe ser así, porque surge necesariamente imperativo del principio de legalidad impuesto constitucionalmente y en los Tratados que integran el Bloque de Constitucionalidad como ya se ha demostrado.

El Acto Legislativo en ninguna de sus disposiciones, ni la norma procesal que contiene la nueva normatividad procesal determinan que por la aplicación gradual de la nueva codificación no serán aplicables las garantías constitucionales y menos aún que no será aplicable a ellas el principio de favorabilidad. Y es obvio concluir que dicha disposición jamás podrá estar contenida en una norma vigente en un verdadero Estado de Derecho, puesto que los principios de legalidad y favorabilidad son los más extraordinarios instrumentos defensivos que el Estado proporciona a sus súbditos para evitar la arbitrariedad de los funcionarios que ejercen la represión y evitar que la omnipotencia del Estado pudiera llegar a propiciar una colectiva e injusta persecución por cualquier motivación.

En conclusión: que el Acto Legislativo haya dicho, o autorizado la vigencia gradual del nuevo código procesal y que haya precisado

que solo se aplicaría a los hechos ocurridos con posterioridad a su vigencia no constituye argumento válido para que se pueda concluir en la inaplicabilidad del principio de favorabilidad como ya se demostró.

Es evidente que fue querer del Constituyente que existieran dos sistemas procesales autónomos y paralelos, pero el hecho de que esa haya sido la voluntad del mismo, no puede llevar a la conclusión que las normas constitucionales deben dejar de ser aplicadas, porque precisamente es de la esencia del principio de favorabilidad, que cuando se presenten tránsitos legislativos el ciudadano sometido a proceso sea favorecido con la ley que le sea más favorable, la nueva o la precedente.

Porque si bien es clara la voluntad del Constituyente para la existencia de dos sistemas paralelos, no existen indicios de que igualmente la voluntad del Constituyente haya sido de la no aplicación de los principios que integran el concepto del debido proceso y entre ellos el de favorabilidad.

A pesar de que la doctrina Universal ha sostenido en la imposibilidad de la aplicación de la *lex tertia*, lo cierto es que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha hecho importantes, reiterados y uniformes pronunciamientos, en los que ha sostenido que si se trata del reconocimiento del principio de favorabilidad debe tener aceptación la integración de un tercer texto legal, surgido de la aplicación de las normas en tránsito para efectos de proteger los derechos e intereses de los sometidos a proceso. El primer pronunciamiento en éste sentido tuvo ocurrencia el 3 de septiembre de 2001 (Radicación 16.837) con ponencia del H. M. Jorge Aníbal Gómez Gallego donde en la parte pertinente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sostuvo:

“ Conforme con el artículo 476 de la Ley 599 de 2000 (Nuevo Código Penal), este estatuto entrará a regir un año después de su promulgación, lograda con su inserción el Diario Oficial número 44.097 del 24 de julio del citado año. El acto de promulgación, de acuerdo con el artículo 60 de la Ley 4ª de 1913, quedó consumado a la medianoche del día indicado, lo cual significa que al comenzar el día 25 de julio de 2001

se inició la vigencia del nuevo ordenamiento sustantivo (es igual la previsión del artículo 536 de la Ley 600 de 2000).

En ese orden de ideas, será necesario presupuestar cuál de los dos estatutos resulta más favorable a la situación del procesado, inicialmente en materia de consecuencias o penas.

En efecto, de acuerdo con el artículo 144 del Código Penal de 1980, modificado primero por el artículo 57 de la Ley 80 de 1993 respecto de la pena privativa de la libertad y de la multa, y después por el artículo 32 de la Ley 190 de 1995, sólo en relación con la sanción pecuniaria, el procesado debería recibir la pena de cuatro (4) a doce (12) años de prisión y multa en cuantía entre diez (10) y cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales, en razón del delito de celebración indebida de contratos que se ha demostrado. De igual manera, y a título de sanción principal, el acusado sería sometido a inhabilitación para ejercer cargos públicos y para proponer y celebrar contratos con entidades estatales por diez (10) años, conforme con el artículo 58, numeral 3° de la Ley 80 de 1993. Como quiera que los hechos ocurrieron en el mes de octubre de 1997, las normas reseñadas serían la ley aplicable por ser la preexistente al acto que se imputa al sentenciado.

Sin embargo, el artículo 408 del Nuevo Código Penal, que regula en los mismos términos típicos la infracción examinada, le apareja tres (3) sanciones principales a la conducta: la pena privativa de la libertad (prisión), que es igual a la del estatuto derogado; la multa sería superior porque oscila entre cincuenta (50) y doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas que fluctúa entre cinco (5) y doce (12) años.

Con el fin de determinar cuál es la ley más favorable, resulta indispensable partir de la definición de favorabilidad en materia sustantiva que trae el artículo 6° del Nuevo Código Penal, en los siguientes términos:

“Legalidad. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco.

“La ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados.

“La analogía sólo se aplicará en materias permisivas” (Se ha resaltado).

Por lo menos dos cambios se advierten en la nueva legislación, en relación con la desaparecida, porque la favorabilidad quedó incluida dentro del principio de legalidad, dado que aquella apenas constituye una excepción a uno de los matices de la legalidad (ley previa), pues de todos modos, aunque la ley sea posterior, por ser favorable (y sólo por ello) estaría eximida del requisito de la preexistencia, pero igualmente deberá ser escrita, estricta y cierta. De la misma manera, la analogía favorable excusa la exigencia de ley estricta, pero ésta deberá reunir las demás características. El segundo cambio atañe al énfasis legal, como norma rectora, de que la favorabilidad se aplicará “sin excepción”.

Se recordará que el Código Penal de 1980 consagraba el principio de legalidad en el artículo 1º, la favorabilidad en el artículo 6º y la exclusión de analogía en el artículo 7º.

A partir de los cambios normativos resaltados, será necesario reinterpretar el significado de la palabra “ley” en el artículo 6º de la Ley 599 de 2000.

En primer lugar, la favorabilidad es un problema que ocupa al funcionario judicial en el momento de aplicar la ley, desde luego siempre de cara a una vigencia sucesiva de normas. Es decir, como no es un problema de producción legislativa (legislador) sino de aplicación de la ley (funcionario judicial), debe atenderse al máximo al caso concreto o a la práctica y un poco menos al acervo teórico,

con más veras si el propósito legislativo ha sido el de que no se ponga cortapisa a la aplicación de la ley benigna o favorable así definida (“sin excepción”, dice el precepto).

En razón de la amplitud que perfila el legislador en la aplicación de la ley permisiva, ha de entenderse por “ley” la norma o precepto que por regular jurídicamente un comportamiento, materia, problema o institución determinada, logra su propia individualización y tiene su particular ámbito de aplicación, sin importar en el concepto el grado de relación entre ellas, porque éste se encuentra supeditado a la ontología de aquéllas.

Así pues, en el caso de las penas principales concurrentes, como quiera que cada una de ellas tiene su regulación general, sus propios fines y el respectivo ámbito de aplicación que depende solamente del cumplimiento de la condición que significa el supuesto de hecho, en hipótesis (justificable sólo para determinar la ley más favorable) sería factible conformar una norma con cada una de ellas y el presupuesto común. Es decir, para el caso del artículo 408 del Nuevo Código Penal, analíticamente podrían advertirse tres (3) normas, porque la prisión de 4 a 12 años se prevé para la conducta de contratar con violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, y por igual comportamiento también se disponen sucesiva y concurrentemente las consecuencias de multa entre 50 y 200 salarios mínimos legales mensuales e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas entre 5 y 12 años. De modo que, en cada caso concreto, será necesario predecir racionalmente entre las dos legislaciones que se suceden en el tiempo, cuál de ellas contiene la disposición más favorable en materia de pena privativa de la libertad, multa e inhabilitación, individualmente consideradas, porque si bien las tres consecuencias están previstas como concurrentes en un solo tipo penal, en su aplicación resultan perfectamente separables como normas individuales.

Igual ocurre con las penas accesorias porque ellas también ostentan su propio régimen, finalidad y ámbito de aplicación característicos,

según se prevé en la parte general y en el tipo correspondiente de la parte especial, y, no obstante que accedan a las sanciones principales, de todas maneras no depende primeramente de éstas su aplicación sino de la satisfacción del supuesto de hecho.

De modo que en este caso, como quiera que es igual la pena privativa de la libertad dispuesta en el artículo 144 del anterior código y en el 408 del vigente, no se presentaría por ese aspecto discusión de favorabilidad. En cambio, sí es más benigna la sanción de multa señalada en el estatuto derogado (entre 10 y 50 salarios mínimos legales mensuales).

Por otra parte, el artículo 58, numeral 3° de la Ley 80 de 1993, norma complementaria del Código Penal de 1980, preveía como pena principal la inhabilitación para ejercer cargos públicos y proponer y celebrar contratos con entidades estatales por diez (10) años, pero dicha norma fue tácitamente derogada por el artículo 408 del Nuevo Código Penal, en vista de que éste no la previó sino que dispuso otra de distinto alcance, cual es la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas entre 5 y 12 años. Si uno de los propósitos de la nueva regulación penal era el de recoger e integrar la legislación punitiva dispersa en estatutos de distinta naturaleza, en materia de mandatos, prohibiciones y obviamente de consecuencias penales, lo obvio será comprender la mencionada derogación implícita, máxime que la primera norma fijaba la inhabilitación en el ejercicio de cargos públicos, mientras que la nueva abarca el más amplio espectro del ejercicio de derechos y funciones públicas (Ley 153 de 1887, art. 3° y C. C., arts. 71 y 72).

Desde luego que la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas, prevista como pena principal concurrente en el artículo 408 del vigente Código Penal, también tenía su par en el estatuto derogado, más a título de sanción accesoria y con la mera diferencia cortical de denominarla “interdicción” en lugar de “inhabilitación”. Así las cosas, como el artículo 52 de este último ordenamiento dice que la pena de prisión implica la sanción accesoria de interdicción de derechos y

funciones públicas por período igual al de la sanción principal, en su momento se escogerá la más favorable.

Quienes piensan que la favorabilidad sólo puede preverse en relación con el código, ley o tipo complejo como sistemas o instituciones, y así, verbigracia, aplicarían integralmente el nuevo estatuto porque consagra una pena privativa de la libertad más benigna, no obstante contemplar una sanción pecuniaria más grave que la del anterior ordenamiento, sencillamente han dejado de aplicar la favorabilidad en esa última materia, a pesar de ser ésta perfectamente deslindable en su concepción teórica y práctica, aunque haga parte de un todo orgánico; o, en otras palabras, le han puesto restricciones a un instituto que el legislador quiere que los jueces desplieguen generosamente, siempre y cuando el precepto conserve su identidad y sentido jurídicos, por más que en su aplicación concreta deba relacionarse con otras normas. Adicionalmente, quienes de esa manera proceden, han puesto a depender la identidad y concreción de la pena de multa (o de la accesoria, en su caso) de la sanción privativa de la libertad, y no de la realización del supuesto de hecho, como debe ser.

Lo importante es que identificada una previsión normativa como precepto, cualquiera sea su conexión con otras, se aplique en su integridad, porque, por ejemplo, no sería posible tomar de la antigua ley la calidad de la pena y de la nueva su cantidad, pues un tal precepto no estaría clara y expresamente consagrado en ninguno de los dos códigos sucesivos, razón por la cual el juez trascendería su rol de aplicador del derecho e invadiría abusivamente el ámbito de la producción de normas propio del legislador. A esta distinción de preceptos para efectos exclusivos de favorabilidad (ella supone una ficción), de modo que hipotéticamente puedan separarse en su aplicación, contribuye, verbigracia, el espíritu del artículo 63 del estatuto vigente, según el cual el juez podrá suspender la ejecución de la pena privativa de la libertad y exigir el cumplimiento de las otras (multa e inhabilitación), sin que por ello se convierta en legislador o renegado de la respectiva disposición sustantiva que obliga la imposición de las tres penas como

principales y concurrentes, pues la decisión judicial no es norma sino derecho aplicado.

Así entonces, en cuanto a la pena privativa de la libertad se aplicará el artículo 144 del Código Penal de 1980, por ser la ley preexistente y tampoco suscita problemas de favorabilidad. En relación con la pena de multa, se aplicará el mismo estatuto tanto por ser ley previa como en razón de la mayor benignidad en su cuantía. (Lo destacado no lo es en el texto).

Con lo anteriormente precisado se ha concluir entonces que es la propia Corte Suprema la que ha permitido la aplicación de la denominada por la doctrina “Lex tertia” y en tales circunstancias los argumentos sobre imposibilidad de conformar la denominada lex tertia no tienen aplicación si de aplicar el principio de favorabilidad se trata.

Para efectos de nuestra demostración es importante recalcar la expresión contenida en el artículo 6º del C. P. que en consonancia con las normas constitucionales quiso aclarar y precisar que la aplicación del principio de favorabilidad no puede tener excepciones. En tal sentido se dispone:

ART. 6º—Legalidad. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco.

La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, SIN EXCEPCIÓN, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados.

LA ANALOGÍA SÓLO SE APLICARÁ EN MATERIAS PERMISIVAS. (Lo destacado no lo es en el texto).

En las circunstancias precedentes, el paralelismo de las normas procesales vigentes y la vigencia gradual de una de ellas, no puede impedir bajo ninguna circunstancia la no aplicación del principio constitucional de la favorabilidad.

El profesor Antonio González Navarro en un trabajo publicado en la “Faceta Jurídica” Leyer de Enero de 2.005 Pág. 23 y s.s. sobre este problema tiene importantes consideraciones, por ejemplo cita las discusiones que sobre el punto se hicieron:

2. Anteproyecto Código Procedimiento Penal de la Corporación Excelencia en la Justicia.

Artículo 4º. Legalidad. Nadie podrá ser investigado, ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al tiempo de la actuación, por autoridad competente, con observancia plena de las formas propias de cada proceso.

La ley procesal tiene efecto general e inmediato; sin embargo la ley procesal de carácter sustancial, permisiva o favorable, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable, sea anterior o posterior a la actuación.

3. Actas de la Comisión Redactora Constitucional creada por el Acto Legislativo 03 de 2002.

3.1 Acta 04 (febrero 7 de 2003).

Artículo 4º. Legalidad. (Anteproyecto de la Corporación excelencia en la justicia).

“El doctor Carlos Arturo Gómez Pavajeau manifestó que en este artículo existe una contradicción entre el inciso primero y el segundo puesto que, en el primero se establece que la ley aplicable es aquella vigente al momento de la comisión de la conducta punible y, en el segundo se determina que la ley tiene efecto inmediato. A este respecto el Fiscal General de la Nación recordó que se debe tener congruencia con lo establecido por el Acto Legislativo 003 de 2002 en este sentido.

El doctor Jaime Granados propuso redactar el artículo en el sentido de que la vigencia de la ley procesal se cuente, en lugar de a partir de la comisión, a partir de la actuación, incluyendo la actuación no solo al procesal sino la actuación meramente investigativa inicial.

EL DOCTOR GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ TOMÓ LA PALABRA PARA EXPLICAR QUE TENIENDO EN CUENTA QUE LOS CÓDIGOS PROCESALES CONTIENEN ASPECTOS NO SOLO PROCEDIMENTALES SINO TAMBIÉN SUSTANCIALES, SE DEBE DAR UN TRATAMIENTO DISTINTO A UNAS Y OTRAS. EN ESTE SENTIDO, EXPLICÓ QUE NO EXISTE INCONVENIENTE EN QUE LAS NORMAS FORMALES OPEREN DE INMEDIATO, PERO LAS SUSTANTIVAS DEBEN OPERAR DESDE LA COMISIÓN DE LA CONDUCTA PARA EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LA LEY FAVORABLE, LO CUAL TIENE CONCORDANCIA CON LA CONSTITUCIÓN.

El doctor Gómez Pavajeau aclaró que su molestia es con el inciso primero cuando establece que la Ley procesal que se aplica es la vigente al momento de la comisión del acto ya que ésta debe tener efecto general e inmediato.

La comisión, por unanimidad, aprobó se modificara en el inciso 1º del artículo analizado, que la ley procesal aplicable es aquélla vigente al tiempo de la actuación.

Por su parte, el Honorable Senador Rodrigo Rivera en relación con el inciso segundo, propuso modificar la redacción de la parte final del inciso segundo del artículo en estudio, el cual determina que la ley de carácter sustancial, permisiva o favorable se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable, sea posterior o anterior, por la fórmula clásica: la Ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se preferirá a la desfavorable.

El doctor Jaime Granados manifestó que en materia procesal existen dos puntos de referencia: la comisión del hecho y la actuación procesal y el criterio general es el de la época en que se inicie la actuación, a menos que sea más favorable.

Nuevamente se recuerda por parte de la Presidencia, el mandato del artículo 5º del acto legislativo en cuanto a la aplicación del nuevo sistema, para lo cual se dio lectura al citado artículo. En efecto,

el doctor Osorio advierte que el mandato constitucional de este artículo es dominante sobre la regla de favorabilidad o no y debe entenderse bajo la lectura pura y simple, según la cual sólo será aplicable la normatividad del nuevo sistema para aquellas conductas que tengan lugar inmediatamente después de la entrada en vigencia de la nueva legislación. Explicó que la idea es empezar la aplicación de las normas de procedimiento para las causas ocurridas a partir de la entrada en vigencia del código y las anteriores a ese momento continuarían tramitándose bajo la legislación anterior con servidores “de descongestión” y evitando un solo trasteo de expedientes.

Por su parte, el doctor Guillermo Mendoza, Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia expresó la importancia de distinguir las normas de efectos transitorios y las normas rectoras del código. Existen muchos casos de normas sustanciales incorporadas en el Código de Procedimiento Penal, entonces sí se quiere que la conducta no sea el referente, se le da un carácter general e inmediato aplicando la ley más favorable para el caso de la ley sustantiva.

La comisión decidió terminar la sesión y continuar en la próxima reunión, en la cual nuevamente se abriría la discusión de los principios rectores y las garantías procesales”.

3.2 Acta 5. (febrero 14 de 2003)

Artículo 6º. Legalidad.

“Nadie podrá ser investigado judicialmente, ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al tiempo de la actuación procesal, con observancia de las formas propias de cada juicio”.

El doctor Jaime Granados propuso eliminar la expresión “judicialmente”, pues podría dar a entender que las labores de la Fiscalía, por no ser judiciales, no tienen que estar apegadas al principio de la legalidad; posición con la cual coincidió el doctor Adolfo Salamanca.

Al respecto, el doctor Andrés Ramírez explicó que la expresión “judicialmente” fue propuesta para distinguir la investigación formalizada de la no formalizada y evitar enviar mensajes ambiguos.

En este punto de la discusión, el Fiscal General de la Nación dio la bienvenida al Honorable Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, doctor Álvaro Orlando Pérez y le agradeció que compartiera su criterio respecto del artículo en estudio, por ser esta materia de su especialidad.

EL DOCTOR ÁLVARO ORLANDO PÉREZ MANIFESTÓ NO TENER OBSERVACIONES SOBRE LA PRIMERA PARTE DEL ARTÍCULO, SIN EMBARGO EN CUANTO A LA SEGUNDA, PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD, OBSERVÓ LA IMPORTANCIA DE PREVER LA APLICACIÓN FAVORABLE DE LA JURISPRUDENCIA ADEMÁS DE LA FAVORABILIDAD DE LA LEY, LO CUAL SERÍA DE TRASCENDENCIA.

La doctora María Margarita Zuleta, Viceministra del Interior y de Justicia, consideró que esta propuesta es pertinente, en la medida en que en el proyecto gubernamental de reforma a la administración de justicia existe un artículo sobre el rescate de la jurisprudencia y por lo tanto no tendría sentido dar regulación diferente a lo penal frente a lo civil y laboral.

Para el doctor Andrés Ramírez, si bien la aplicación obligatoria de la jurisprudencia implica un reto teórico interesante, en la práctica puede menoscabar el principio de legalidad tradicionalmente consagrado en la Constitución y la ley colombianas y convertirse en una de las formas que más podría vulnerar los derechos humanos. Por tal razón, sugiere que el tema se envíe nuevamente a la mesa de trabajo y a la subcomisión para su estudio detallado.

Ante esta sugerencia, el doctor Carlos Arturo Ramírez solicitó que también vuelva a ser estudiada en la mesa la teoría de la ley tercia.

A la luz de la propuesta del doctor Álvaro Orlando Pérez, el doctor Jaime Granados señaló que sería necesario considerar la importancia

del recurso de certificación, cuyo propósito es establecer soluciones prácticas para la conducción del juicio oral.

El doctor Luis Camilo Osorio instó a que, teniendo en cuenta los comentarios expuestos, los temas de la jurisprudencia como fuente de derecho penal y el recurso de certificación vuelvan a ser analizados por la mesa de trabajo y la subcomisión para que sean presentados a la Comisión Redactora Constitucional de manera más decantada, en una ocasión posterior.

No obstante lo anterior, el doctor Eduardo Cifuentes sugirió avanzar en la discusión sin recargar de trabajo a la mesa y a la subcomisión. Señaló, además, que a pesar de ser consciente de la importancia de la jurisprudencia, el tema de las fuentes del derecho ya está definido en la Constitución Política; lo más que se podría hacer es ratificar el principio de legalidad sin excluir la aplicación de otras fuentes.

El doctor Luis Camilo Osorio, por el contrario, aseguró que el hecho de plasmar las normas constitucionales en el Código de Procedimiento Penal, tiene, en su opinión, un valor pedagógico y didáctico muy importante. Insistió en que el tema vuelva a ser debatido en la mesa de trabajo.

Por su parte, el doctor Yesid Ramírez interpretó que la voluntad de algunos de los miembros de la comisión redactora constitucional es establecer que la jurisprudencia no sea solamente fuente auxiliar, sino que se constituya en ley para el caso práctico.

Manifestó se agregue en el artículo en estudio, lo que dice el doctor Pérez, la aplicación de la favorabilidad de una jurisprudencia, en el contexto del artículo 230 de la Constitución Política.

Antes de dar por terminada la discusión acerca del artículo 6º del anteproyecto, el doctor Jaime Granados solicitó que también fuera remitida nuevamente a la mesa de trabajo la inclusión de la expresión “judicialmente”.

El doctor Osorio cerró la discusión del artículo 6º, advirtiendo que su contenido volverá ser debatido por la mesa de trabajo”.

3.3 Acta 8 (marzo 7 de 2003)

“Artículo 6º. Legalidad. Nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al tiempo de la actuación procesal, con observancia de las formas propias de cada juicio.

La ley procesal tiene efecto general e inmediato; sin embargo, la de efectos sustanciales permisiva o favorable, aún cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Las disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para el juzgamiento de las conductas punibles ocurridas con posterioridad a su vigencia.

El doctor Jesús Ignacio García propuso adicionar en el último inciso la expresión “la investigación”. Con la adición anterior el artículo quedó aprobado.”

En estos términos fue presentado al Congreso.”

En el texto mencionado continua el autor:

“IX. ¿EL ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002 (artículo 5º) y la Ley 906 de 2004 (artículo 6º inciso 3) dejan sin efecto el principio de favorabilidad penal contemplado en el artículo 29 de la Carta y los tratados internacionales (bloque de constitucionalidad)?

Ha sido objeto de inquietud este aspecto en el escenario de la judicatura y la academia, como efecto el distinguido profesor -Augusto Ibáñez Guzmán en el XXV Congreso colombiano de Derecho procesal- celebrado en la ciudad de Cartagena argumentó sobre el tema objeto de análisis:

“No existe duda alguna que la conquista liberal es incuestionable y, sin mella o detrimento, vemos en la cultura jurídica este principio, el principio de legalidad, en este caso legalidad del sistema procesal,

“Nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente, al momento de los hechos, con observancia de las formas propia de cada juicio.”

La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Las disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos ocurridos con posterioridad a su vigencia” (artículo 6º Ley 906).

La novedad consiste en el último inciso, que posee consecuencias con respecto a las normas de vigencia. Así pues nos preguntamos, ¿qué sucederá con el principio de favorabilidad? Será que aún estamos haciendo referencia a la división entre normas sustantivas y procedimentales? Sería un despropósito”.

El abogado Juan Carlos Prias Bernal en un artículo publicado en el periódico “ámbito jurídico de Editorial Legis” pregunta ¿Excepción a la favorabilidad? y anota:

“Siguiendo la reiterada jurisprudencia constitucional, tanto de la Ley 600 del 2000, como de su sucesora, se introdujo el principio general de favorabilidad en materia procesal bajo el hoy indiscutible presupuesto de que tanto la norma sustantiva como la adjetiva tienen la posibilidad de consagrar derechos y garantías y, en esa medida, otorgar ventajas o desventajas derivadas del tránsito de legislación.

Sin embargo para asegurar el carácter progresivo de la entrada en vigencia del nuevo sistema en materia funcional y geográfica se acudió a la restricción de dicho principio, aclarándose que su aplicación se limitaría a los delitos cometidos después del 1º de enero del 2005.

Si bien una disposición de este tipo pudiera justificarse en términos operativos, no ocurre lo mismo desde el punto de vista constitucional, mucho menos en frente del contenido y antecedente del Acto Legislativo 3 de 2002, cuya motivación es eminentemente garantista. Al menos

en teoría se trata de una reforma paradigmática -no cosmética-, cuya naturaleza tiende a equilibrar el natural desbalance de la confrontación individuo-Estado.

Desde esta perspectiva sería necesario reconocer que la nueva normativa es abiertamente más favorable, por lo cual difícilmente puede entenderse la razón que justifique su aplicación preferencia a una zona o región del país o solamente a los negocios nuevos. En contraste, es más evidente en la medida que institutos tan importantes como la defensoría pública, la función de control de garantías, la aplicación del principio de oportunidad, los preacuerdos y negociaciones con la fiscalía entre otros resultarían vedados a los negocios en curso y lo que es más insólito, aun en vigencia del nuevo código a determinadas regiones del país por los próximos años”.

POSICIÓN QUE SE ASUME

En la sentencia C-873 de 2003, el Tribunal Constitucional refiriéndose al Acto Legislativo 03 de 2002 y orientando sobre su interpretación constitucional con respecto al sistema penal, en cuanto al contexto jurídico en el cual se desenvuelven las relaciones jurídico-penales, precisa lo siguiente:

(a) Las fuentes de derecho aplicables siguen siendo, en lo esencial, las mismas, con la diferencia de que existe, con posterioridad al acto legislativo, una regulación constitucional más detallada de los principales aspectos del procedimiento penal que configuran un nuevo sistema que se inscribe dentro de la Constitución adoptada en 1991. Ello implica que, en virtud del principio de unidad de la Constitución Política. Ver, entre otras, la sentencia SU-062 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett., las modificaciones introducidas por el acto legislativo deben interpretarse y aplicarse en forma tal que guarden armonía con los principios generales y los derechos fundamentales consagrados en el texto constitucional.

(b) Los principios fundamentales que rigen el proceso (i) siguen gozando de rango constitucional, (ii) se interpretan a la luz de las disposiciones

relevantes de los instrumentos internacionales de derechos humanos que vinculan a Colombia (art. 93, C.P.), y (iii) deben ser desarrollados, por mandato de la Constitución y del acto mismo, acto legislativo, a través de disposiciones legales orientadas a precisar su alcance y contenido específicos en el contexto del procedimiento penal.

(c) El status de los órganos estatales que intervienen en el proceso sigue siendo, esencialmente, el mismo del esquema de 1991, puesto que (i) la fiscalía como órgano continúa incluida entre los que administran justicia (C.P., art. 116 reformado), a pesar de que sus funciones han sido sustancialmente modificadas, como ya se advirtió.

Nuestro sistema constitucional reconoce el debido proceso como un derecho fundamental y eso proviene de su estrecho vínculo con el principio de legalidad al que deben ajustarse no solo las autoridades judiciales sino también las administrativas en la definición de los derechos de los individuos.

El debido proceso es todo un conjunto de garantías que protegen a las personas, a efectos de asegurar durante el mismo una pronta y cumplida justicia.

Sin lugar a dudas la norma constitucional que establece el debido proceso, es una de las disposiciones de mayor trascendencia e importancia como quiera que consagra aquel conjunto de garantías que contribuyen a mantener el orden social, la seguridad jurídica, la protección al ciudadano que se ve sometido a un proceso y permite asegurarle pronta y cumplida justicia a través de las formas esenciales de cada rito legal.

Dentro de ese conjunto de garantías que estructuran el debido proceso, considerado como derecho fundamental orientado por nuestro nuevo paradigma constitucional se encuentra el Instituto de la Favorabilidad Penal.

EN ESE ORDEN DE IDEAS TENEMOS QUE LA FAVORABILIDAD PENAL COMO PRINCIPIO CONSTITUTIVO DEL DEBIDO

PROCESO POR ENDE CON CATEGORÍA DE DERECHO FUNDAMENTAL NO PUEDE SER MENGUADO, ATENUADO SUSPENDIDO, DEROGADO O EXCEPCIONADO; LAS RAZONES QUE ASÍ LO JUSTIFICAN DESDE MI PONDERADO EXAMEN CONSTITUCIONAL SON:

1. Siendo el debido proceso un derecho fundamental y haciendo parte del mismo la favorabilidad queda cobijada por lo dispuesto en el artículo 5° de la Carta de 1991: “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primaria de los derechos inalienables de la persona ...”.

...

En virtud de esto los derechos fundamentales constitucionales se tornan en limitación al legislador en dos vertientes:

a) No le permiten tocar su contenido y son limitación para la ejecución de la labor legislativa.

b) Permiten paralelamente al legislador completar el contenido constitucional de los derechos fundamentales o reconocer otros que no estén regulados en la norma constitucional, que, para el caso estos harán parte del bloque de constitucionalidad (Cfr. Bernardita Pérez Restrepo).

7. Las normas sobre derechos fundamentales son intangibles por parte del legislador, pero frente a este axioma, surge un interrogante que pasa con una reforma constitucional en torno a los derechos fundamentales, como en el caso que nos ocupa, donde estimo o considero que a través del Acto Legislativo 03 de 2002 (artículo 5°), desarrollado en el artículo 6° de la Ley 906 de 2004, inicialmente pareciera ser, que dejara sin efecto, suspendiera o derogara o se crea una excepción en torno del inciso 3 del artículo 29 de la Carta (Debido proceso-favorabilidad penal) considerado o reconocido como un derecho fundamental.

...

Reflexión Temática: Las reformas constitucionales en torno a derechos fundamentales deben comprenderse bajo la óptica que el constituyente secundario puede aumentar o enriquecer el contenido fundamental de

los mismos, pero no menguarlos, derogarlos, suspenderlos, limitarlos o crearles excepciones incongruentes a su naturaleza misma; Esta filosofía constitucional se debe a que los derechos fundamentales o de primera generación se traducen en garantías que consultan lo más íntimo de la dignidad humana, sin las cuales se desvirtúa la naturaleza de ésta y se niegan posibilidades propias del ser, con esa comprensión hay que interpretar los artículos 377 y 152 literal a de la Constitución de 1991.

...

Sobre estos conceptos, se puede arribar a la conclusión que si la idea es interpretar que el Acto Legislativo 03 de 2002 con su artículo 5° (vigencia) y su eco, el artículo 6° inciso 3 de la Ley 906 de 2004 excepcionaron, menguaron o atenuaron una de las estructuras del debido proceso constitucional como es la favorabilidad penal (artículo 29 inciso 3) no es posible, debido a que este instituto por ser un derecho de primera generación o fundamental el legislador tiene las limitaciones precitadas con los efectos señalados, de lo cual no hay la menor duda sobre el considerando de la primacía a los derechos inalienables de la persona (derechos fundamentales o de primera generación) que regula el artículo 5° de la Carta.

...

La Constitución es norma de normas

Cualquiera sea el sistema de juzgamiento penal que se hubiera impuesto llámese, inquisitivo, mixto o acusatorio debe ceñirse sin restricción alguna a estos principios fundamentales y como tal el sistema acusatorio que nos rige no puede ser ajeno a eso, de ahí que en un sistema constitucional donde la persona humana es el centro o eje, donde en todas sus se le reconoce como un sujeto de derechos y no un objeto, el principio de favorabilidad reconocido como una de las garantías que estructuran el debido proceso, (derecho fundamental) no puede ser objeto de restricción, suspensión o mengua ya que su justificación de existencia es incita a la primacía de los derechos fundamentales o derechos de primera generación o inalienables del

ser humano, esa es la razón para que el tratadista Giuseppe Bettiol, quien en Italia ha sido un firme defensor de que la libertad individual debe protegerse al máximo dentro del proceso penal y que entre las normas que rigen se debe elegir la interpretación más favorable a las posiciones del imputado haya dicho:

“Bajo un cierto ángulo visual, el principio favor rei es el principio básico de toda la legislación procesal de un Estado inspirado, en su acción política y en su ordenamiento jurídico, por el criterio superior de libertad. No hay en verdad Estado auténticamente libre y democrático, en el cual tal principio no haya encontrado acogida, de ahí que en los esquemas jurídicos de semejante organización estatal siempre estará presente un estímulo hacia un reconocimiento de libertad y de autonomía de la persona humana. En la contraposición al ius puniendi del Estado, de un lado, y el ius libertatis del imputado, de otro, la preeminencia debe ser atribuida a este último, si se quiere que el valor de la libertad sea el que triunfe”.

En vista de la contradicción que generan los textos vertidos en los incisos 2 y 3 del artículo 6º de la Ley 906 de 2004, estimo viable aplicar el artículo 6º de la Ley 599 (Código Penal) en el cual no hay contradicción alguna y señala que la favorabilidad se aplicará “sin excepción alguna”, no olvidemos que la Ley 599 de 2000 rige en todo el territorio colombiano, su vigencia no está sometida a la gradualidad determinada por el Acto Legislativo 03 de 2002, sobre la premisa que el derecho penal debe fundarse en el respecto a la dignidad humana y por eso no es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución (Debido proceso-favorabilidad) por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales, sin olvidar que con la Constitución Política de 1991, explícitamente se ha constitucionalizado todo el derecho, ya que la Constitución es su hilo conductor, por el artículo 4º que establece que ésta es norma de normas y no haya área jurídica inmune al derecho constitucional.”

En la sentencia C-873 de 2003, el Tribunal Constitucional refiriéndose al Acto Legislativo 03 de 2002 precisó:

“EN ESE ORDEN DE IDEAS TENEMOS QUE LA FAVORABILIDAD PENAL COMO PRINCIPIO CONSTITUTIVO DEL DEBIDO PROCESO POR ENDE CON CATEGORÍA DE DERECHO FUNDAMENTAL NO PUEDE SER MENGUADO, ATENUADO SUSPENDIDO, DEROGADO O EXCEPCIONADO”

Debemos precisar que por decisión del 16 de febrero de 2.005 M.P. Dr. Alfredo Gómez Quintero, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, avala – como es apenas natural – la aplicación de normas contenidas en la Ley 906 de 2.004 a hechos ocurridos antes de la entrada en vigencia de la normativa anterior, ello en virtud del principio de favorabilidad.

En adelante me permito transcribir algunos apartes de la decisión, pues considero que ello es ilustrativo para efectos del tema analizado. Manifestó la Corte:

“De ese contexto positivo bien pueden desbrozarse las distintas especies de normas que han de regir un proceso penal, al igual que el alcance de cada una de ellas, así: i) las sustanciales, cuyas permanencia -aún previa a la ejecución del delito- y aplicación -ya al interior de la actuación- perduran inclusive hasta el agotamiento de la fase de ejecución de la sentencia (art. 6 C.P.), a menos que una norma de similar naturaleza la reemplace para que sea aplicada esta última bajo la condición de ser más favorable. ii) las simplemente instrumentales, que igualmente antecedentes al hecho, deben gobernar el proceso, aunque sujetas a ser desestimadas en su aplicación cuando se expida una norma de su mismo carácter, tal como lo señala el artículo 40 de la Ley 153 de 1886, sin que de ellas -dada su neutralidad- sea demandable la favorabilidad. iii) las procesales de efectos sustanciales, cuyo manejo -desde luego al interior de la actuación- se asimila a las materiales, conforme lo señala el dispositivo últimamente transcrito.”

Así, refulge que cometido un delito, toda la normatividad que lo regula en su descripción típica, en su sanción y en las normas procesales de

efectos sustanciales, acompañan ad infinitum a ese comportamiento y a su autor, salvo que con posterioridad surja norma nueva que favorablemente modifique tales atributos para que ésta sea aplicada retroactivamente, tal como lo autoriza la norma superior, lo precisa la Ley 600/00 y lo reitera para el futuro el nuevo código de procedimiento (ley 906/04). En cambio, lo que sí choca contra aquélla -y aún con el sentido común- es que se aplique retroactivamente una nueva normatividad con efectos desfavorables. A su turno, lo que atañe a las disposiciones legales simplemente instrumentales, así como al cambio del juez (por razones de competencia) por otro igualmente existente antes de la comisión del delito, son de aplicación inmediata, sin que de su mutación -como se dijo- pueda reclamarse ingrediente alguno de favorabilidad.

...

Ahora bien, en pos de las orientaciones legales y constitucionales ya citadas, surge imperativo el pregón de favorabilidad, de donde se desprende que referirse a la favorabilidad es hablar -por regla general- de un tránsito de legislaciones originado en una sucesión de leyes que regulan de un modo distinto una concreta situación o institución jurídicas, dando lugar a aplicar ultractivamente la ley vigente al momento de la comisión del hecho (que sería el punto de referencia inicial) o retroactivamente la posterior porque comporte consecuencias más ventajosas.

...

Dígame, de igual manera, que de esta clasificación (normas procesales de efectos sustanciales) hacen parte -en concreto- las atinentes a las rebajas de pena por confesión y por sentencia anticipada, cuando cometido el delito la reducción se establecía en un monto determinado, el que se ve posteriormente modificado por una ley, bien para aminorarlo, ora para eliminarlo respecto del momento en que se confiesa o que se solicita el trámite abreviado, casos en los cuales el análisis comparativo de favorabilidad se impone para reconocer la rebaja mayor.

Asimismo, no hay duda que tratamiento igual han de recibir las causales de libertad, bien porque estando consagradas el día de comisión del

hecho se hayan eliminado por una ley posterior en el momento en que se solicitan, o bien porque no estando establecidas normativamente el día del hecho una ley posterior les dé cabida en el ordenamiento legal, pues en el primer evento habrá de concederse por aplicación ultractiva de la ley y en el segundo por la retroactividad por favorabilidad, desde luego que -en cada caso- cuando se satisfagan las exigencias que imponga el legislador para la causal.

De las precedentes consideraciones, se ha de concluir entonces que el principio de favorabilidad es aplicable a la nueva codificación procesal y por remisión a las normas del proceso ético disciplinario.-

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 ¹⁵.

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.

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

15 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.

los términos fijados en la ley. En ningún caso el término prescriptivo podrá ser inferior a tres (3) años.

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.

Además de los argumentos precedentes téngase en cuenta que allí se hace una exclusión de los delitos más graves o aquellos que afectan intereses públicos o victimiza a menores.

La diferencia establecida por el legislador nos lleva a concluir que fue su voluntad, que esta norma favorable solo se excluyera para los delitos de mayor trascendencia social y económica.

Lo anterior nos demuestra que la mayoría de procesos adelantados por todos los actos de delincuencia tipificados en el código penal les sería aplicable ésta norma por favorabilidad.

En las condiciones precedentes sería aberrante que se excluyera su aplicación a una falta disciplinaria, de mucho menor gravedad que un delito y que además tal exclusión en la aplicación de la ley procesal favorable, se hiciera como consecuencia de una aplicación analógica de la misma.

6. EL CAMBIO EN POSICIONES JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINARIAS

Si bien es cierto que los jueces deben someterse al imperio de la Ley, esto no quiere decir que no deban analizarse las circunstancias de cada caso particular antes de dictar una sentencia.

El Derecho es y debe ser dinámico. Debe adaptarse a los cambios sociales manifiestos en las nuevas legislaciones y a los planteamientos jurisprudenciales y doctrinales que aplican las normas a casos concretos.

Aquí solamente mencionemos un aparte del artículo sobre **Demiurgia jurídica, lenguaje y creación de la realidad conceptual, de J.**

Francisco Escudero, como parte de (El “motor inmóvil” jurídico y los actos mágicos, en Noviembre de 2000:

Lo más importante para nuestro argumento es que para todo “acto” jurídico existe una “norma” jurídica que determina las condiciones necesarias y suficientes de acuerdo con las cuales el acto jurídico se produce. Una norma de este tipo es llamada “norma de competencia” y la facultad que instituye para que cierta persona realice un acto jurídico se denomina “competencia” o “capacidad”.

Al realizar un acto jurídico el sujeto que habla (o escribe) ciertamente “hace cosas con palabras”. Señala Alf Ross que los efectos específicos del acto jurídico dependen de la existencia de un orden jurídico, entendido como institución social, que opera como una “maquinaria” (“motor inmóvil”) que se mueve con palabras. En virtud de que el orden jurídico faculta a un individuo o grupo de individuos para desencadenar mediante palabras las fuerzas de esa compleja maquinaria, entonces la realización de un acto jurídico viene a ser semejante a la magia: las palabras crean el efecto que nombran.

El trabajo de los “operadores jurídicos” es en cierto sentido permanente y en cierto sentido efímero. Lo que es bueno permanece. Lo que es erróneo morirá. En lo bueno radica el fundamento sobre el cual nuevas estructuras serán construidas. Lo malo será desterrado y expulsado en el laboratorio de los años. Y poco a poco la vieja doctrina queda ajada. Frecuentemente los cambios son tan graduales que su significación no se nota.

Finalmente descubrimos que el contorno del crucigrama jurídico ha cambiado, que los viejos paisajes ya no sirven. De hecho, si comparásemos nuestra sociedad actual con la romana de hace veinte siglos, se apreciarían notables diferencias, sin embargo muchas de las instituciones jurídicas, seguirían siendo tan viables como entonces y la diferenciación entre el jurista romano y el actual apenas si podría ser perceptible...”

7. LA DECISIÓN DEL RECURSO FAVORABLE INVOLUCRA A TODOS LOS INCUPLADOS

Es claro que, de acuerdo con la normatividad penal vigente, cuando una sentencia en recurso de alzada favorece a quien lo plantea, involucra en decisión a todos los inculpados.

Por lo anterior, debe declararse la prescripción para todos los médicos encartados, revirtiendo la decisión de sanción del Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle, quedando sin efecto las decisiones sancionatorias contra los doctores X, X, X y X.

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 que sobrevivan o lleguen de novo ante los jueces a quo.

Son suficientes las anteriores consideraciones para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de sus atribuciones consagradas en la ley

RESUELVA

ARTÍCULO PRIMERO. Declarar la Prescripción de la Acción Disciplinaria en el proceso contra la doctora X. **ARTÍCULO SEGUNDO.** Declarar la Prescripción de la Acción Disciplinaria en el proceso contra el doctor X. **ARTÍCULO TERCERO.** Declarar la Prescripción de la Acción Disciplinaria en el proceso contra el doctor X. **ARTÍCULO CUARTO:** Decretar la preclusión de la presente investigación por haber operado el fenómeno de la prescripción. **ARTÍCULO QUINTO:** Una vez en firme la presente decisión devolver el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia. **Notifíquese y Cúmplase.**

Fdo. JUAN MENDOZA VEGA, Presidente; FERNANDO GUZMAN MORA, Magistrado Ponente; CARLOS ALBERTO GAVIRIA NEIRA, Magistrado; DIEGO ANDRES ROSSELLI COCK, Magistrado; EFRAIM OTERO RUIZ, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaria.

**TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA
REVOCA SANCIÓN A GINECO-OBSTETRA Y
APOYA LOS ARGUMENTOS DE LA DEFENSA.**

Bogotá, diciembre seis (06) del año dos mil once (2011).

**SALA PLENA SESIÓN No.1114 DEL SEIS (06) DE
DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL ONCE (2011).**

Ref: Proceso No. 1070, Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle del Cauca

Contra: Médicos del Hospital San Juan de Dios de Cali, Valle

Denunciante: Señor Y

Asunto: Recurso de Apelación

Magistrado ponente : Dr. Juan Mendoza Vega

Providencia No. 117-2011

VISTOS:

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle del Cauca, en Sala Plena del 31 de Agosto de 2011, impuso a la doctora X la sanción de Censura Escrita y Privada, dentro del proceso 1070 abierto en ese tribunal por queja presentada por el señor Y.

El abogado Harold Aristizábal Marín, defensor de la doctora X, interpuso dentro de términos y sustentó por escrito los recursos de reposición y en subsidio apelación contra la providencia respectiva. En Sala Plena del 12 de Octubre de 2011 el tribunal seccional resolvió no reponer su fallo y concedió la apelación subsidiaria, por lo que envió el expediente a este Tribunal Nacional para lo de competencia.

Recibido el expediente el 9 de Noviembre de 2011, fue puesto para reparto en Sala Plena del 22 de Noviembre y correspondió por sorteo al Magistrado Juan Mendoza-Vega.

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

HECHOS:

El 6 de Mayo de 2008 se recibió en el Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle del Cauca la queja escrita del señor Y contra médicos del Hospital San Juan de Dios de Cali, por presuntas fallas en la atención prestada a su esposa A en el parto del cual nació la niña B, hechos ocurridos el día 6 de Febrero de 2007.

Manifestó el señor Y que el 6 de Febrero de 2007 la señora A acudió a consulta en el Hospital Carlos Carmona de la ciudad de Cali, donde se le controlaba su primer embarazo, porque había empezado a sentir “la sintomatología propia de un parto inminente”; de allí fue remitida sin demora a una institución de mayor nivel, el Hospital San Juan de Dios de la misma capital, porque la médica que la atendió inicialmente creyó observar macrosomía fetal; en el Hospital San Juan de Dios fue admitida a las doce y media del mismo día y como tuviera dilatación cervical uterina de 6 centímetros, le empezaron a aplicar oxitocina. La dilatación del cérvix había llegado a 9 centímetros hacia las nueve de esa noche pero, según el quejoso, solo a la una y treinta de la madrugada siguiente le realizaron intervención cesárea, “cuando ya era demasiado tarde para evitar las complicaciones” pues la niña B nació con muy serios problemas que le causaron como secuelas espasticidad muscular, síndrome convulsivo de difícil manejo, retardo psicomotor y las limitaciones consecuentes.

El tribunal seccional aceptó la queja y abrió investigación, en el curso de la cual obtuvo copia de las historias clínicas correspondientes a la señora A y a la recién nacida B, identificó a los profesionales médicos

que participaron en la atención a estas personas y recibió ratificación y ampliación juramentada de la queja. El estudio de los documentos permitió señalar a la médica X como directamente involucrada en la atención del parto de la señora A y el tribunal seccional la oyó en versión libre y espontánea, durante la cual la doctora X fue asistida por el abogado William Vásquez Valencia en condición de defensor; la doctora X relató la forma en que atendió a la señora A, a quien controló desde las siete y media de la noche del día de los hechos hasta realizarle “cesárea de emergencia” que culminó a las 2 y media de la madrugada del 7 de Febrero de 2007 con el nacimiento de una niña con peso de 3500 gramos y talla de 50 centímetros; se encontró “líquido amniótico meconiado espeso e hipertérmico”, a la criatura se le practicó aspiración “y se la entrega a pediatría”, la madre evoluciona sin complicaciones y en la mañana del 8 de Febrero se le da salida con orden de antibióticos. Advierte la declarante que durante el trabajo de parto, que ella controló con examen clínico en 6 ocasiones entre las 7 y 30 pm y la 1 y 30 am siguiente, no se encontraron signos de sufrimiento fetal, que esta condición “se evidencia en el momento de la cesárea cuando se identifica el líquido amniótico meconiado” y que en la mesa quirúrgica se aspira meconio espeso abundante en nariz, boca y faringe de la criatura, la cual es intubada por la pediatra que la recibe y sometida a ventilación con presión positiva por veinte minutos, hasta que se logra respiración espontánea.

Bajo juramento fue recibido el testimonio de la especialista en pediatría ..., quien atendió desde el primer momento a la niña B; ella confirma lo declarado por la doctora X y señala que se trató de una recién nacida con asfixia perinatal severa. El tribunal seccional obtiene también concepto pericial de un médico obstetra, quien señala que el “partograma” es el instrumento práctico para evaluar el proceso de parto y alertar precozmente sobre aparición de signos de alarma, que “en la mayoría de los protocolos se considera que el (período) expulsivo no debe durar más de dos horas en las pacientes primigestantes” y que respecto al caso bajo estudio la única observación pertinente es que las curvas de progresión del parto “se encontraban en la zona

de alerta de la curva de alarma que requería un seguimiento más estricto y posiblemente tomar medidas más precoces”; el dictamen pericial recibió un pliego de observaciones del abogado defensor de la disciplinada, quien insistió en que ella “cumplió con los protocolos existentes para la atención de la paciente en su trabajo de parto, desde el momento de su ingreso a turno en el centro hospitalario, tomando las decisiones adecuadas”.

El tribunal de primera instancia consideró que debía formular pliego de cargos contra la doctora X, lo hizo en Sala Plena del 16 de Diciembre de 2010 por presuntas faltas contra los artículos 1 numeral 1, 10, 15 y 34 de la Ley 23 de 1981 y le señaló fecha para la respectiva diligencia de descargos. La doctora X designó como su nuevo apoderado al abogado Harold Aristizábal Marín, con suplencia del abogado Juan Felipe Jiménez, con cuya asistencia rindió descargos en Sala Plena del 19 de Enero de 2011; explicó que la prolongación del parto se debió principalmente a que la señora no colaboró adecuadamente al pujar, que intentó usar espátulas pero tampoco fue posible, que su examen clínico reiterado a partir de las siete de la noche no le mostró datos que obligaran a interferir con el trabajo de parto porque este parecía normal y que solo al comprobar que la señora no puja adecuadamente, ya en la sala de partos, se decide llevar a cesárea tras una hora y 45 minutos de esfuerzos de expulsión fallidos, todo lo cual en su sentir comprueba que actuó de acuerdo con los protocolos y la *lex artis*. Dice que no expuso a la recién nacida a riesgos innecesarios porque la prolongación del período expulsivo fue “un evento no esperado, súbito, inevitable e irresistible” no causado porque “el galeno a cargo obrara de forma imperita, negligente o imprudente o violando reglas de cuidado”; en cuanto a la ausencia del partograma en la historia clínica, sugirió haberlo diligenciado y no saber por qué no se encuentra en la historia, por lo que solicitó inspección judicial a dicho documento en el Hospital de San Juan de Dios donde debe estar conservado según las disposiciones legales. La inspección judicial solicitada se practicó el 1 de Junio de 2011, no permitió encontrar el partograma buscado ni aclarar las razones de su ausencia.

Los descargos de la doctora X no fueron aceptados por el tribunal de primera instancia, que resolvió en Sala Plena del 17 de Agosto de 2011 imponerle sanción de Censura Escrita y Privada. Es de anotar que la mencionada decisión identifica erróneamente a la disciplinada como X, pero como el número de la cédula de ciudadanía y de la tarjeta profesional coinciden totalmente con los de la disciplinada, este Tribunal Nacional considera que el trastrueque de apellidos es error secretarial no fundamental, subsanado por conducta concluyente con la diligencia de notificación y la interposición de recursos contra la providencia; de estos recursos, el de reposición fue negado por el tribunal seccional y el de apelación concedido, por lo que llegó este asunto al Tribunal Nacional de Ética Médica por competencia.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

Tanto la calidad de médica de la disciplinada como su intervención directa en los hechos están debidamente probadas en el informativo. Al sustentar la apelación, el defensor de la doctora X hace énfasis inicial en que el ejercicio de la Medicina y dentro de ella, el de la Obstetricia es actividad de medios y no de resultados, pues éstos no pueden garantizarse ni es posible hablar de embarazo sin riesgo; argumenta ampliamente que en el caso presente, lo que se presagiaba como un parto “de rutina” cambió de un modo que no era previsible por anticipado, de manera que el resultado insatisfactorio es evento fortuito y no consecuencia de exposición a riesgo injustificado; que la terapéutica ordenada e implementada por la doctora X en su atención al parto de la señora A, fue brindada de manera idónea y adecuada, actuando “en realidad en procura de disminuir el riesgo que para ese momento evidenció el paciente”. Alega que la cesárea se decidió no por sufrimiento fetal sino porque el proceso de parto no respondió al incremento en la administración de oxitocina y tal hecho coincidió con la falta de colaboración de la paciente, además de anotar que no se sobrepasó el tiempo de espera previsto en las normas científicas; en cuanto a la inexistencia del registro conocido como partograma en

la historia clínica, señala que ello “no significa necesariamente que la doctora X no haya diligenciado tal documento” porque este pudo extraviarse en poder de quien custodia la historia clínica, hecho posible del cual no se puede atribuir responsabilidad a su defendida. Termina su razonada y detallada argumentación alegando que la doctora X “no fue más allá de los límites del riesgo permitido y en tal condición no infringió deber de cuidado alguno, que admita reproche ético”.

Para este Tribunal Nacional, la argumentación de la defensa es congruente con el acervo probatorio reunido en este expediente; al contrario de lo que se afirma en el documento inicial de queja, la médica disciplinada sí controló a la joven parturienta varias veces entre las siete de la noche y la una de la madrugada, trató de llevar a feliz término el parto por vías naturales que parecía haberse iniciado en ese lapso y cuando se convenció de que ello no sería posible, decidió y practicó sin complicaciones la intervención cesárea que estaba indicada en la circunstancia aunque no se habían captado señales de sufrimiento fetal. Es evidente que *a posteriori*, conociendo ya los detalles del resultado que perjudicó a la recién nacida, aunque en el proceso ético disciplinario médico no se juzgan resultados, se puede decir que habría sido mejor realizar la cirugía tal vez una hora antes, pero tal deducción no tenía asidero científico suficiente cuando los hechos estaban sucediendo y por lo mismo no puede servir de base para inculpación o sanción alguna. También está llamado a prosperar el argumento relacionado con la presunta falta en el diligenciamiento de la historia clínica por ausencia del partograma, pues fue la misma doctora X quien pidió inspección judicial para buscarlo, al parecer convencida de que lo había llenado y por lo mismo se encontraría en el archivo de la institución asistencial; es razonable la duda de que haya podido extraviarse allí, y tal duda se resolverá *pro reo*.

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

RESUELVA:

ARTÍCULO PRIMERO - Revocar, como en efecto revoca, la decisión del Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle del Cauca en el proceso 1070, por la cual impuso sanción de Censura Escrita pero Privada a la doctora X, y en cambio absolver a la doctora X de los cargos que se le imputaron, de acuerdo con la parte motiva de esta providencia. **ARTÍCULO SEGUNDO** - Devolver el expediente al tribunal de origen para su archivo. **ARTÍCULO TERCERO**- Contra la presente providencia no procede recurso alguno. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Fdo. FERNANDO GUZMAN MORA, Magistrado –Presidente; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado Ponente; EFRAIM OTERO RUIZ, Magistrado; GERMAN PEÑA QUIÑONES, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico y MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaria.

**MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL NACIONAL
DE ÉTICA MÉDICA REVOCAN SANCIÓN A
ESPECIALISTA.**

Bogotá, abril diez (10) del año dos mil doce (2012).

**SALA PLENA SESIÓN No. 1126 DEL DIEZ (10) DE
ABRIL DEL AÑO DOS MIL DOCE (2012)**

Ref: Proceso No. 471, Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico
Contra la Doctora X

Denunciante: Sr. B.

Asunto: Apelación

Providencia No. 31-2012

Magistrado ponente: Dr. Juan Mendoza Vega.

VISTOS:

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico, en Sala Plena del 8 de Febrero de 2012, resolvió imponer a la doctora X la sanción de Suspensión en el Ejercicio Profesional por tres (3) meses, dentro del proceso 471 adelantado con base en la queja presentada por el señor Y.

El abogado Luigi Carlo Cianci Flórez en su condición de defensor de la doctora X presentó, en escrito sin fecha recibido en el tribunal seccional el 6 de Marzo de 2012, recurso de apelación contra la providencia mencionada. El tribunal seccional concedió el recurso interpuesto y envió el expediente a este Tribunal Nacional de Ética Médica para lo de competencia.

Los cuatro cuadernos que contienen las diligencias fueron recibidos en el Tribunal Nacional el 21 de Marzo de 2012; puesto el caso para reparto en Sala Plena del 27 de Marzo, correspondió por sorteo al Magistrado Juan Mendoza-Vega.

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

HECHOS:

Con fecha 15 de Julio de 2009, el Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico recibió la queja presentada por el señor Y contra la doctora X, ginecóloga obstetra, y “personal profesional en salud” (sic) por presuntas fallas en la atención prestada a la señora A a partir del 8 de Diciembre de 2008 en la Clínica Campbell de la ciudad de Barranquilla. La señora A, según el escrito de queja, fue atendida por presentar embarazo de 34 semanas con signos de placenta previa y sufrimiento fetal, por lo que se la sometió a cesárea de urgencia y se obtuvo un niño vivo en buen estado; la cesárea no tuvo complicaciones intraoperatorias pese a que se encontraron numerosas adherencias peritoneales que comprometían el útero, la vejiga urinaria y diversas porciones intestinales; en el postoperatorio inmediato según la historia clínica hubo buena evolución de la paciente y por ello el día 31 de Diciembre de 2008, la doctora X, quien estaba de turno, le dio salida, aunque con tratamiento y advertencias de control por la posibilidad de complicaciones, de todo lo cual quedó nota en la historia clínica. Un día después del egreso, la señora fue llevada de nuevo a la clínica por cuadro de fiebre y vómito al parecer de contenido fecaloide; se le diagnosticó cuadro de abdomen agudo, fue intervenida por cirujano general que encontró dos perforaciones intestinales con salida de materia fecal a cavidad peritoneal, peritonitis aguda y las adherencias antes señaladas; la evolución en esta etapa fue tórpida a pesar de los cuidados médicos, apareció cuadro de falla multisistémica y la señora falleció el 28 de Enero de 2009.

El tribunal seccional recibió la queja, abocó la investigación y en el curso de ella recibió ratificación y ampliación de la queja bajo juramento, por parte del señor Y; obtuvo copias de la historia clínica correspondiente a la señora A, oyó en declaración juramentada a la doctora X a quien asistió su abogado defensor (folios 142 a 144 rectos del cuaderno principal); recibió testimonios juramentados de otros miembros del equipo asistencial que participaron en la atención a la señora A y, con base en el acervo probatorio, resolvió iniciar investigación formal contra la doctora X (folio 226 recto) y llamarla a versión libre sin juramento, la cual fue recibida el 10 de Octubre de 2010 y en ella tuvo la asistencia de su abogado Luigi Carlo Cianci Flórez. En tal diligencia, la doctora X insistió en afirmar que cumplió las órdenes dejadas para la señora A por la doctora X, quien fue la cirujana del caso, y que le dio salida a la operada 38 horas después de la intervención porque hasta ese momento la evolución había sido favorable, se encontraba sin fiebre, toleraba la vía oral y el examen físico no mostraba signos de complicación intraabdominal; al ser preguntada concretamente, dijo que *a posteriori* podía pensar que la complicación, perforación intestinal por la que debió ser reintervenida la señora A, pudo ocurrir cuando ya dicha señora se encontraba en su casa.

El tribunal seccional, en sala plena del 6 de Abril de 2011, resolvió elevar pliego de cargos contra la doctora X por presuntas faltas contra los artículos 3 y 10 de la Ley 23 de 1981 y la citó para la correspondiente diligencia de descargos, la cual se cumplió el 18 de Mayo de 2011 ante la Sala Plena.

En su diligencia de descargos, la disciplinada y su abogado defensor argumentaron que la atención prestada a la señora A el 31 de Diciembre de 2008, que fue la única ocasión en que estuvo la paciente a cargo de la doctora X, fue la que correspondía a su cuadro clínico del momento y se realizó de manera correcta, ya que la doctora comprobó que se habían cumplido las órdenes de controles y tratamiento dadas por la cirujana ginecóloga y le dio salida a la recién operada porque al examinarla la encontró sin signos de complicación abdominal, sin fiebre y tolerando

la vía oral; que el cuadro de complicación posterior fue atendido por otros profesionales que estaban de turno, sin que pueda achacarse a la disciplinada culpa alguna por lo sucedido ni por el desenlace fatal; recordó que de toda su actuación dejó notas completas en la historia clínica.

El tribunal de primera instancia no juzgó aceptables los descargos, consideró que no se había desvirtuado el pliego de cargos entre otras cosas porque en las notas de la disciplinada en la historia clínica “no está registrada la temperatura”, “no está anotado si había o no peristalsis, ni tampoco datos negativos que para el caso era necesario señalar como son (sic) el vómito”; en Sala Plena del 8 de Febrero de 2012, consideró que los antecedentes de la señora A y las adherencias encontradas durante la operación cesárea exigían “de parte de la doctora X una cuidadosa evaluación clínica en busca de las pesquisas (sic) que mostraran la probabilidad de la aparición de un cuadro clínico relacionado con alguna lesión de las asas intestinales”, y que al no hacerlo “con su accionar defectuoso no le brindó a la paciente los beneficios de la medicina, ni puso los medios a su alcance, conocimientos, capacidades y habilidades, tampoco una racionalidad lógico científica en procura de detectar con prontitud las probabilidades de las mencionadas complicaciones, que al final se presentaron como están evidenciadas en el sumario”. En consecuencia, sancionó a la doctora X con suspensión en el ejercicio profesional por tres (3) meses.

Notificada la providencia, el abogado Luigi Carlo Cianci presentó y sustentó dentro de términos el recurso de apelación que ahora se resuelve.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

Tras analizar el acervo probatorio, este Tribunal Nacional de Ética Médica debe señalar que no ha lugar la acusación contra la doctora X por presunta falta contra el artículo 3 de la Ley 23 de 1981; en efecto, el artículo 3 dispone que “el médico dispensará los beneficios de la

medicina a toda persona que los necesite, sin más limitaciones que las expresamente señaladas en esta ley”, por lo que solamente violaría esta disposición un médico que se negara a atender a una persona que solicitara sus servicios alegando como explicación de su negativa cualquier causa distinta de las que la misma ley acoge en su articulado como aceptables para una actitud semejante; la doctora X fue requerida, por estar de turno, para atender a la señora A, la examinó con el detalle necesario para valorar su situación postoperatoria en la que no había signos ni síntomas de complicación, y tomó la decisión correcta al darle la salida de la clínica, de manera que por parte alguna se trasluce la conducta violatoria que se le endilga.

En cuanto al cargo por el artículo 10, este Tribunal Nacional considera que no hay argumentos suficientes para llevar a una sanción; en efecto, como lo alega reiteradamente el recurrente, tanto la historia clínica como las declaraciones de la disciplinada y de la enfermera que se hallaba de turno el día de los hechos, muestran de modo concordante que la señora A tuvo un postoperatorio inmediato sin signos de complicación y a las 38 horas del mismo estaba sin fiebre, toleraba la vía oral y de hecho estaba tomando desayuno cuando la encontró la disciplinada, no mostraba al ser examinada por la doctora X signos de irritación peritoneal y no hay constancia alguna de que hubiera vomitado; a este respecto, solamente es contradictoria la afirmación del quejoso, pero tal afirmación no puede tenerse como prueba, al tenor de la jurisprudencia sentada por la Honorable Corte Constitucional en su sentencia C-1177 de 2005 y mucho menos aceptarse que desvirtúe lo anotado en la historia clínica, que se considera en la jurisdicción ético-disciplinaria médica como la mejor prueba. A la luz de lo recogido en el expediente, la doctora X dedicó a esa paciente el tiempo necesario para una correcta atención y procedió de acuerdo con las necesidades demostradas de la paciente. Será necesario entonces acceder a lo solicitado por el recurrente.

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

RESUELVA:

Artículo Priemro. – Revocar, como en efecto revoca, la decisión adoptada por el Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico por la cual sancionó a la doctora X con suspensión de tres meses en el ejercicio de su profesión, en el proceso 471, y absolver en cambio a la doctora X de las acusaciones que se le imputaron, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. **Artículo Segundo.** – Devolver el expediente al tribunal de origen para su archivo. **Artículo Tercero.** - Contra la presente providencia no procede recurso alguno. **COMUNIQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. JUAN MENDOZA VEGA, Presidente- Magistrado Ponente; LILIAN TORREGROSA ALMONACID, Magistrada; EFRAIM OTERO RUIZ, Magistrado; FERNANDO GUZMAN MORA, Magistrado; FRANCISCO PARDO VARGAS Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaria.

TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA DECRETA NULIDAD DE LO ACTUADO.

Bogotá, enero veinticinco (25) del año dos mil once (2011).

SALA PLENA SESIÓN No.1071 DEL VEINTICINCO (25) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL ONCE (2011)

Ref: Proceso No. 686 del Tribunal de Ética Médica del Cauca.

Contra : Drs. X y X

Denunciante: Procuraduría Regional de Putumayo.

Magistrado ponente. Dr. Efraim Otero Ruiz. MD.

Providencia No.02 -2011

VISTOS:

Mediante fallo de agosto 10 de 2010 el Tribunal de Ética Médica del Cauca decidió no reponer y conceder la apelación por el fallo de fondo del 15 de abril de 2010 mediante el cual sancionó al medico general del Hospital de Villagarzón Dr. X con amonestación escrita y pública y absolvió al obstetra del Hospital de Mocoa Dr. X por presuntas infracciones a la ética médica durante su atención pre y postmortem en abril 20 y 21 de 2008 en el Hospital José María Hernández de Mocoa a la sra. A quien falleció allí por hemorragia postpartum después de haber sido referida en estado casi terminal desde el Hospital de Villagarzón. La demanda ante el Tribunal seccional fue instaurada el 22 de abril de 2008 por el Procurador Regional del Putumayo contra el obstetra Dr. X “para que se evalúe y analice las posibles irregularidades y faltas en que pudo incurrir dicho profesional de la medicina en el procedimiento de inspección técnica del cadáver de la sra. A, hecho

que fuera informado por el comandante del Departamento de Policía Putumayo” En su fallo de fondo el Tribunal seccional hizo extensiva la sanción al médico general Dr. X por infracciones a los artículos 10, 15 y 34 de la Ley 23 de 1981 “en concordancia con la Resolución 1995 de 1999 que regula la obligación de elaborar la historia clínica de manera detallada y secuencial”. La demanda al obstetra se originó en la expedición de certificado de defunción sin haberse practicado la autopsia, aunque ella si fue ordenada y llevada a cabo después por Medicina Legal.. La apelación, de agosto 19 de 2010, apoyando el recurso de reposición presentado a nombre de los mencionados doctores por la Dra. Olga Lucía Salazar, apoderada de los mismos, fue enviada al Tribunal Nacional de Etica Médica donde fue recibida el día 23. Puesto el expediente para reparto en Sala Plena del 29 de agosto correspondió por sorteo al Magistrado Efraim Otero Ruiz.

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

HECHOS:

De acuerdo con la historia clínica, el informe escrito de conclusiones y los descargos por escrito de los médicos implicados se trató de una paciente sordomuda de 28 años de edad, madre de 3 hijos, atendida en varios controles prenatales en el Centro de Salud San Miguel Arcángel del municipio de Villagarzón y finalmente en trabajo de parto por el Dr. X habiéndose obtenido un feto vivo de 5.520 g en buenas condiciones. El posparto se complicó con retención placentaria, vómitos y severa hemorragia por atonía uterina a partir de la media noche que no cedió a las medidas aplicadas (aparentemente solo aparecen las notas de enfermería de esta evolución aguda) por lo cual a las 3 am el Dr. X la remitió al Hospital de Mocoa en ambulancia acompañada de enfermera auxiliar presentando continua hemorragia y estado de shock hipovolémico. Allí a las 4:15 am fue atendida en cuidados intensivos por el Dr. X junto con otros médicos y a pesar de las medidas instauradas falleció una hora después. Con el diagnóstico

de hemorragia y shock por atonía el Dr. X, como médico tratante firmó el certificado de defunción. La autopsia practicada en el Instituto de Medicina Legal del Putumayo, al decir de X confirmó la impresión clínica sobre la causa de muerte. Dicho protocolo de autopsia no aparece agregado al expediente.

El cuaderno único correspondiente al proceso, de 310 folios, contiene los siguientes documentos allegados como pruebas:

1. Copia de la historia clínica del Hospital San Gabriel Arcángel de Villagarzón, Putumayo, correspondiente a la sra. A (folios 26 a 91). No hay nota ni folio alguno correspondiente a la atención a la paciente en el Hospital de Mocoa.
2. Copia –sin firma ni fecha- del informe de conclusiones expedido por el Magistrado instructor Dr. Angel José Ceballos (folio 93). En el se afirma erróneamente que el parto en Villagarzón fue atendido en abril 20 de 2008 por el Dr. X, cuando en realidad el médico tratante fue el Dr. X. Que se ignora el sitio y la hora del deceso (obviamente, pues sucedió en Mocoa a una hora de distancia). Que “a pesar de que a la sra. se le hizo autopsia en Medicina Legal este Tribunal no conoce el protocolo de la misma pues reposa en dependencias judiciales y no ha sido posible obtenerlos”. Que “en los momentos críticos de esta paciente las notas médicas brillan por su ausencia y además las evoluciones fueron muy espaciadas (según lo que uno observa en notas de enfermería) y no se aprecia por anotaciones en la historia su atención al estado crítico”. Por ello y por haber firmado el certificado de defunción sin preocuparse por conocer la causa del problema, sugiere abrir pliego de cargos a los médicos X y X, “quien no figura como acusado pero es el médico que estuvo a cargo de las complicaciones que esta paciente presentó”. Los artículos de la Ley 23 presuntamente violados son los números XXXXXX (sic) (aparecen sobreañadidos en tinta los números 10 y 15).
3. Resolución No. 35 de junio 2 de 2009 mediante la cual el Tribunal de Ética Médica del Cauca dicta pliego de cargos contra los doctores X y X (folios 94 a 97)

4. Diligencia de descargos rendida ante el Tribunal seccional el 17 de septiembre de 2009 por el Dr. X (folios 125 y 126) acompañado de su apoderada y ampliada por escrito con su hoja de vida (10 folios) y amplia literatura sobre síndrome HELLP y hemorragias postpartum (41 folios). (Folios 127 a 180). En ella refiere cómo, después de explicar a la familia la gravedad del caso, decide remitirla al Hospital de Mocoa para atención especializada.
5. Diligencia de descargos ampliada por escrito rendida ante el Tribunal seccional el 6 de octubre de 2009 por el Dr. X, acompañado de su apoderada, con su hoja de vida acompañada de copiosa literatura sobre protocolo y guías de manejo de parto, normas para el manejo de la historia clínica, diversas circulares y decretos y un artículo de la Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología sobre morbilidad materna extrema en la Clínica Rafael Uribe Uribe de Cali (folios 181 a 229).
6. Fallo de fondo de Sala Plena del Tribunal seccional del 15 de abril de 2010 mediante el cual se impone a los médicos Antonio X y X sanción disciplinaria consistente en amonestación escrita y pública (Folios 230 a 234).
7. Recurso de reposición y en subsidio de apelación presentado el 27 de mayo de 2010 por la Dra. Olga Lucía Salazar a nombre del Dr. X, en que se adjunta más literatura sobre etiología y terapéutica de la hemorragia postpartum (folios 237 a 286).
8. Recurso de reposición y en subsidio de apelación presentado el 27 de mayo de 2010 por la misma abogada a nombre del Dr. X Alegando que en solo en el pliego de cargos más no en el fallo, se cuestiona la presunta omisión en el procedimiento de inspección técnica del cadáver y no ordenar una necropsia cita además los argumentos jurídicos que exigen efectuar una necropsia, los cuales no se dieron en el presente caso y por tanto eximen de responsabilidad al médico X (folios 287 a 298).

9. Resolución No. 68 de 10 de agosto de 2010 del Tribunal seccional, mediante la cual ordena reponer para revocar la sanción impuesta al Dr. X, admitiendo que en su caso no era necesaria la práctica de la necropsia “toda vez que la información existente sobre su enfermedad era suficiente para conocer el motivo del fallecimiento y expedir el certificado de defunción”. Y ordena NO reponer para revocar la sanción impuesta al Dr. X “por el cumplimiento defectuoso de los protocolos de atención del parto”, concediendo el recurso de apelación.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS :

Después de estudiar cuidadosamente los documentos allegados como prueba, este Tribunal Nacional concluye que el expediente adolece de severas fallas, a saber:

- a. La ausencia de la historia clínica correspondiente a la atención de urgencias en el Hospital San Rafael de Mocoa a la sra. A, desde el momento en que fue admitida hasta el momento de su muerte.
- b. Por tanto el informe de conclusiones que llevó a dictar el pliego de cargos está basado únicamente en la historia clínica del Hospital o Centro de Salud San Gabriel Arcángel de Villagarzón. Se llegó a confundir inicialmente al Dr. A (quien atendió el caso de urgencia en Mocoa) con el Dr. X, médico general que estuvo a cargo de la paciente en Villagarzón, atendió exitosamente su parto inicial y luego se hizo cargo de las complicaciones hasta que se vió en la necesidad de remitir a la paciente a un hospital de nivel superior. Ese error se trata de corregir al incluir el nombre del Dr. X al final del informe de conclusiones.
- c. La ausencia del informe de la autopsia practicada por Medicina Legal en Mocoa y que permitiría corroborar las conclusiones a que se llegó para absolver al Dr. X. Esa ausencia está corroborada por el Magistrado instructor en su informe de conclusiones.

- d. No está claro por qué, en el fallo de fondo se acusa al Dr. X de violación al artículo 15 (“ el médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados”) si solamente se aducen los defectos en la elaboración de la historia clínica.

Considera este Tribunal Nacional que esas fallas pudieran introducir vicios de nulidad en el proceso (vicios hasta ahora no percibidos ni aducidos por la defensa). Pero que, en todo caso, impiden llegar a conclusiones objetivas sobre la responsabilidad de los médicos implicados en el presente caso.

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 : Declarar la nulidad de lo actuado a partir del Informe de Conclusiones del Tribunal de Etica Médica de Cauca y Putumayo. **ARTÍCULO SEGUNDO:** Remitir el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia. **COMUNIQUESE Y CUMPLASE.**

FDO. LUIS ALBERTO BLANCO RUBIO, Presidente; EFRAIM OTERO RUIZ, Magistrado Ponente; GERMAN PEÑA QUIÑONES, Magistrado; FERNANDO GUZMAN MORA, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaria.

**MAGISTRADOS CONFIRMAN SENTENCIA
INHIBITORIA. MÉDICOS ACTUARON
CONFORME A LA LEX ARTIS.**

Bogotá, febrero veintidos (22) del año dos mil cinco (2005).

**SALA PLENA SESIÓN No.815 DEL VEINTIDOS (22)
DE FEBRERO DEL AÑO DOS MIL CINCO (2005).**

Ref: Proceso No. 388, Tribunal Seccional de Ética Médica de Risaralda

Contra: Doctor X

Asunto: Apelación de Auto Inhibitorio

Ponente: Dr. Juan Mendoza-Vega

Providencia No.05-2005

VISTOS:

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Risaralda, en sesión de Sala Plena del día 23 de Noviembre de 2004, dictó providencia de fondo por la cual se inhibe de abrir proceso ético-disciplinario contra el doctor X, por los hechos contenidos en la queja presentada por la señora A; dentro de los términos legales, la quejosa presentó recurso de reposición y en subsidio el de apelación. Aceptada la apelación y de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 23 de 1981, el tribunal de primera instancia procedió a enviar a este Tribunal Nacional el cuaderno con las diligencias respectivas, para lo de competencia.

El cuaderno mencionado fue recibido en este Tribunal Nacional el día 4 de Febrero de 2005; puesto el asunto para reparto en Sala Plena del 15 de Febrero, correspondió por sorteo al Magistrado Juan Mendoza-Vega.

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

HECHOS:

La señora A presentó, en escrito sin fecha pero recibido el 29 de Septiembre de 2003, queja formal ante el Tribunal Seccional de Ética Médica de Risaralda, contra “el personal médico de la sala de maternidad de la Clínica Risaralda, especialmente contra el doctor X”, por considerar deficiente la atención que a ella se le prestó el día 1 de Septiembre de 2003, cuando acudió al mencionado centro asistencial porque tenía 38 semanas de embarazo y sentía “dolores de parto” y “pérdida de líquido”. Su impresión de deficiencia la basa en que el doctor X no creyó que hubiera salida de líquido amniótico y quiso enviarla de vuelta a su casa, pero cuando ella le insistió en que “había roto fuente”, le ordenó a una enfermera que le “hiciera un monitoreo”, después del cual resolvió internarla en la Clínica pero “no me pusieron suero, no me hicieron nada”; esta situación se prolongó a lo largo del siguiente día 2 de Septiembre y sólo el día 3 indujeron farmacológicamente el parto, proceso que duró todo el día y del cual nació un niño que “a los cinco minutos de haber nacido se puso morado y la pediatra se lo llevó”. De acuerdo con las notas de historia clínica, ese niño nació con Apgar de 8/10, mejoró en los minutos siguientes hasta 9/10, pero luego presentó dificultad respiratoria que se agravó con alguna rapidez y que le causó la muerte, a pesar de que fue trasladado a la Clínica Comfamiliar para asistencia respiratoria con ventilador porque en la Clínica Risaralda no se disponía de tal aparato en ese momento. Se anotó como causa de la muerte, neumonía por germen que no se alcanzó a identificar.

La señora A se ratificó en su queja ante el Tribunal seccional e insistió en que el doctor X no le creyó cuando ella relató la salida de líquido por la vagina, a pesar de que era ese su tercer embarazo y ella “sabía lo que decía”. En declaración sin juramento, el doctor X admitió haber atendido a la quejosa en la fecha y circunstancias relatadas por ella, pero señaló que al examinarla cerca de la media noche del 1 de Septiembre

de 2003, no pudo apreciar salida de líquido y por ello decidió dejarla en observación con las instrucciones adecuadas para que se pudiera comprobar si en efecto había ruptura de membranas; que la controló dos veces más en esa madrugada y luego entregó su turno a las siete de la mañana y nunca volvió a ver a la señora A, porque de acuerdo con los procedimientos de la Clínica Risaralda, ella quedó a cargo de los médicos de turnos siguientes.

El tribunal de primera instancia obtuvo y estudió la historia clínica de la quejosa; recibió declaraciones juramentadas de una enfermera y de tres médicas que participaron en la atención que se dio a la señora A y a su hijo recién nacido; como consecuencia, tras analizar lo que aconsejan los textos médicos para casos de ruptura de membranas antes de término, la posible relación entre esa ruptura y un cuadro de sepsis del neonato, y los datos documentados en la historia clínica sobre las actuaciones de los profesionales, consideró que no hay razón para formular pliego de cargos contra ninguno de los médicos y que el doctor X, además, solamente tuvo a su cargo la señora por las siete u ocho horas entre el ingreso a la Clínica y la entrega de su turno; en consecuencia, dictó auto inhibitorio en sala plena del 23 de Noviembre de 2004 y así lo notificó a las partes en forma legal.

Recibida la notificación, la quejosa presentó por escrito, con fecha 17 de Enero de 2005, recurso de reposición y en subsidio apelación, que según oficio TEM-029 del 12 de Febrero de 2005 fue aceptado y las diligencias enviadas al Tribunal Nacional de Ética Médica.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

En la sustentación a su recurso de apelación, la señora A reitera su inconformidad porque “le dieron mala atención médico asistencial” en el parto, a partir del 1 de Septiembre, por causa de la cual su bebé “nació prácticamente asfixiado”; puntualiza que llegó a la clínica “no fue a la madrugada, fue a las 11 p.m. del día lunes 1 de Septiembre 03”, vuelve a contar que el líquido cuya salida la llevó a consultar sin

demora “no era orina ni flujo, era un líquido claro que no podía detener y me salía en gran cantidad”, asegura que el médico la hospitalizó “solo por mi insistencia”, que pasaron 43 horas entre su consulta inicial y el momento del parto, que “se sospechaba una ruptura alta de membranas pero nunca lo confirmaron y mientras tanto mi bebé se quedó sin líquido y nació con deficiencia respiratoria”.

Como se puede apreciar en las páginas de la historia clínica, si bien son ciertos los datos relativos a la hora de ingreso y del parto, los profesionales de la Clínica Risaralda procedieron en ese lapso como lo aconseja la *Lex Artis ad hoc*, con prudencia y diligencia, de manera que el lamentable resultado atribuido a cuadro séptico neumónico apareció a pesar de tales actuaciones y no como consecuencia de ellas. Con buen criterio y suficiente ilustración, el tribunal de primera instancia no encuentra motivos para plantear pliego de cargos por dicha atención. Y en cuanto al doctor X, hay aún mayor razón para considerar que no infringió la Ley 23 de 1981 ni faltó a sus deberes profesionales, por cuanto apenas tuvo a su cargo la paciente por siete u ocho horas, en el curso de ellas la examinó tres veces y al entregar su turno había dejado ya instrucciones para que se la controlara en busca de comprobar la salida de líquido que sería signo de ruptura de membranas, signo que él no había visto aunque la paciente se lo relatara.

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.- Confirmar, como en efecto confirma, la providencia en la cual se declara que no existe mérito para abrir proceso ético disciplinario contra el doctor X, de condiciones personales y profesionales conocidas en el informativo. **Artículo Segundo.-** La presente providencia agota la vía disciplinaria. **Artículo Tercero.-** Una vez en firme esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen para su archivo. **Notifíquese y Cúmplase.**

FDO. JUAN MENDOZA VEGA, Presidente- Magistrado Ponente; CARLOS ALBERTO GAVIRIA NEIRA, Magistrado; FERNANDO GUZMAN MORA, Magistrado; DIEGO ANDRES ROSSELLI COCK, Magistrado; EFRAIM OTERO RUIZ, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaria.

TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA PRECLUYE PROCESO EN CONTRA DE MÉDICOS INVESTIGADOS

Bogotá, febrero primero (01) del año dos mil once (2011).

SALA PLENA SESIÓN No.1072 DEL PRIMERO (01) DE FEBRERO DEL AÑO DOS MIL ONCE (2011)

Ref: Proceso Número 606, Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas

Contra: los doctores J, F, M y N

Denunciante: Señora A.

Asunto: Recurso de Apelación

Magistrado ponente. Luis Alberto Blanco Rubio M.D

Providencia No. 05-2011

VISTOS:

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas, en sala plena del 24 de Agosto de 2010, resolvió la preclusión de la investigación disciplinaria iniciada por este Tribunal en contra de los médicos **J, F, M, y N** porque no se logró desvirtuar la presunción de inocencia que ampara a los citados profesionales de la medicina, ni existe material probatorio que permita corroborar la vulneración por su parte a los postulados establecidos por la ley 23 de 1981 y su decreto reglamentario, ante la denuncia puesta por **Señora A.**

En escrito fechado el 24 de Agosto de 2010, recibido en el tribunal seccional el día 7 del mes de septiembre, la Señora **A** en su condición de

demandante, presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la providencia mencionada.

El tribunal seccional, en providencia adoptada en Sala Plena del 19 de Octubre 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 10 de Noviembre de 2010; puesto para reparto en la sala plena del 10 de Noviembre de 2010, correspondió por sorteo al Magistrado Luis Alberto Blanco R. Cumplidos los términos, se procede a decidir de acuerdo con los siguientes

HECHOS:

En escrito fechado el 5 de Enero de 2007, la señora **A** presentó ante el Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas, queja contra los doctores **J, F, M, y N**, quienes atendieron a la quejosa en su proceso de alumbramiento y consultas previas. Manifiesta que el 29 de marzo de 2007 consultó a salud Total, servicio de urgencias porque presentaba “ruptura fuente y pese a mi embarazo el cual era gemelar (sic), la doctora en su primera opinión dijo que tenía un flujo severo, insistí en que era algo más, me pasaron donde un segundo médico quien me contradijo dirigiéndose a mí negligentemente diciéndome que yo era una ignorante ante el tema y por ello no podía opinar del mismo, yo acepté creyendo que de alguna forma tenía criterio.

Regresó a su casa con los mismos síntomas. Al tercer día se dirigió a un ginecólogo a otra consulta y el “me dijo que tenía la fuente rota, inmediatamente fui remitida a la Clínica Versalles, donde la ineficiencia del personal permitió que yo fuera trasladada a Pereira, siendo alejada de mi familia, corriendo con los gastos que no me correspondían y aun así poniendo en peligro la vida tanto de mis bebés como la mía, ya que debido a la gravedad corría el riesgo de infectarnos y así morir debido a la ignorancia y a la incompetencia de los dos supuestos médicos

que me atendieron. Debido a la negligencia de estos médicos, muchas cosas más me sucedieron” .

El tribunal de primera instancia aceptó la queja, realizó averiguación preliminar durante la cual examinó copias de las historias clínicas correspondientes a la señora **A**, y oyó en declaración sin juramento a los disciplinados; analizado el material probatorio así reunido, ese tribunal aceptó en su totalidad el informe de conclusiones del magistrado investigador y decidió precluir la investigación disciplinaria iniciada por este Tribunal en contra de los médicos porque no se logró desvistar la presunción de inocencia que ampara a los citados profesionales de la medicina , ni existe material probatorio que permita corroborar la vulneración por su parte a los postulados establecidos por la ley 23 de 1981; 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

Contra el criterio establecido por el Tribunal Nacional, el Tribunal de Ética Médica de Caldas, considera que si la ley concede el derecho a apelar las decisiones interlocutorias, es obvio que el pliego de cargos debe tener segunda instancia.

Pero por razones de jerarquía acepta el criterio de esta Corporación y manifiesta que como no se puede incurrir en el error de parangonar el pliego de cargos con la preclusión, concluye que esta decisión si debe tener segunda instancia y por tal razón concede la apelación interpuesta.

Las razones en que fundamenta su decisión son las siguientes:

“ De conformidad al anterior criterio plasmado por el Honorable Tribunal Nacional, el cual respeta pero no comparte este Tribunal,

no nos es dable negar los recursos que por ley han sido concedidos soportados en los argumentos antes descritos toda vez que no puede este Tribunal equiparar el Pliego de Cargos, respecto del cual no deprecamos y mucho menos concedemos recurso alguno, con el auto de preclusión de la Investigación pues esta última difiere totalmente, diferencias de fondo respecto del Pliego de cargos; en la Preclusión de la investigación el proceso no tendrá que ir a la segunda instancia por sentencia alguno, (sic) ya que esta es una forma de terminación del proceso ético disciplinario fallado en primera instancia, lo que se traduce en que la segunda instancia sólo se vería avocada a confirmar o revocar la decisión de primera instancia. No evidencia pues este Tribunal que por el hecho de conceder los recursos legales al Auto de Preclusión de la investigación se esté generando un conflicto de derechos el cual la forma de ponderar, según criterio del Honorable Tribunal Nacional, sea la de negar al quejoso unos recursos que fueron concedidos por ley, tampoco se desconoce el principio del juez natural, pues como ya se manifestó el proceso jamás tendría que ir a segunda instancia con posterioridad por una sentencia, pues no se puede cometer el error de equiparar el Pliego de Cargos con el Auto de Preclusión. Ante lo anterior, y dado que no puede este Tribunal desconocer los derechos otorgados por la Ley procede a conceder el Recurso de Apelación.

Es evidente que nadie que haya pasado por los corredores de una escuela de derecho podría afirmar similitud o equiparamiento de las dos formas de calificación conocidas actualmente, pero el hecho de que no se incurra en tal error conceptual no quiere decir, que la Corporación de primera instancia tenga la razón porque incurre en errores conceptuales graves en materia procesal cuando hace las siguientes afirmaciones:

“.....EN LA PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN EL PROCESO NO TENDRÁ QUE IR A LA SEGUNDA INSTANCIA POR SENTENCIA ALGUNO, (SIC) YA QUE ESTA ES

UNA FORMA DE TERMINACIÓN DEL PROCESO ÉTICO DISCIPLINARIO FALLADO EN PRIMERA INSTANCIA, LO QUE SE TRADUCE EN QUE LA SEGUNDA INSTANCIA SÓLO SE VERÍA AVOCADA A CONFIRMAR O REVOCAR LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.....”.

Obsérvese que contra la realidad del proceso se afirma por la primera instancia que la preclusión decretada no tendrá posibilidad de ir en segunda instancia para la sentencia puesto que la preclusión es una forma de terminación del proceso.

A pesar de la afirmación anterior asevera de manera contradictoria que la segunda instancia se vería avocada a confirmar o revocar la decisión de primera instancia.

Es una realidad que la preclusión es una forma de terminar el proceso siempre y cuando que tal decisión obtenga ejecutoria, porque como lo prevé la decisión que se comenta, la segunda instancia puede confirmar o revocar la decisión objeto de la apelación y si ocurre lo segundo, es decir la revocatoria, lo anterior significa que la preclusión no llegó a tener ejecutoria porque al revocarse por el superior la convirtió en un pliego de cargos y si esto ocurre es obvio, que cuando el inferior dicte la sentencia sin importar que la misma sea condenatoria o absolutoria, el proceso en que la misma se produce puede volver a la segunda instancia para resolver lo pertinente como consecuencia de haberse interpuesto apelación contra la sentencia en cualquiera de sus dos eventualidades.

En las circunstancias argumentativas precedentes débese concluir que para efectos de garantizar el principio del juez natural imparcial ha de resolverse igualmente que la preclusión tampoco tiene apelación.

Los argumentos formulados con anterioridad para llegar a la misma conclusión en relación con el pliego de cargos ésta corporación en providencia No. 32-2010, magistrado ponente doctor Fernando Guzmán Mora, sostuvo:

“...Las dos instancias y su justificación.

La justicia de los hombres es precaria y deficiente, como son limitadas y erráticas las facultades superiores del ser humano.

Esas deficiencias y la natural fabilidad de la justicia de los hombres es la que lleva a que universalmente se haya reconocido las dos instancias como una especie de control, de evitar en la medida de lo posible, lo que es por su propia naturaleza un imposible: los errores judiciales.

El juez cuando toma decisiones se equivoca como consecuencia de sus limitados conocimientos, de la misma manera que yerra cuando interpreta la ley, porque siendo esta una labor criteriológica, no siempre el sentido escogido es el que corresponde a la juridicidad y al derecho.

Pero el juez igualmente se equivoca, porque por esa vía lo llevan los medios de convicción en que fundamenta su decisión y se equivoca porque los ignora o porque lo interpreta de manera contraria a su contenido natural; pero también yerra, porque intencionalmente los que producen la prueba (testigos, peritos, evidencias) manipulan la prueba para que ésta diga lo contrario a lo que naturalmente debe probar. Pero también yerra en sus decisiones cuando quien produce la prueba, dice su “verdad”, que no corresponde a la verdad histórica, porque el testigo es engañado por sus propios sentidos o el perito se equivoca en su ciencia o en su tecnología.

Serían infinitas las consideraciones que podrían realizarse respecto de los yerros judiciales y de sus múltiples causas, pero esa es la triste realidad de la justicia de los hombres. Es por tal razón que Savigny al referirse a la cosa juzgada, la califica como una “ficción de verdad”, en cuanto a que debe aceptarse el fallo ejecutoriado de los jueces como una “verdad”, porque la necesidades política y social (seguridad jurídica) así lo exige, pero no porque se pueda afirmar que el contenido de la cosa juzgada se identifique con la verdad material o histórica de los hechos.

La segunda instancia tiene entonces como objetivo, que un juez, generalmente de mayor trayectoria y sabiduría, - mayoritariamente colegiado -, revise la decisión del juez de primera instancia y pueda corregir en la medida de lo posible los errores en que se pudiera haber incurrido el inferior; pero es obvio, que la decisión de segunda instancia no garantiza el acierto, ni la consecución de la “verdad”, porque cuántas veces se ha visto que la decisión correcta era la de primera instancia, pero por la organización jerárquica de la justicia la que debe prevalecer es la errónea del superior.

Nuestro Constituyente instituyó la segunda instancia para las sentencias condenatorias en el artículo 29 de la Carta y de todas las sentencias en el artículo 31 del mismo Estatuto al establecerse:

ARTÍCULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

.....

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa.....

; **A IMPUGNAR LA SENTENCIA CONDENATORIA**, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. (Lo destacado no lo es en el texto).

ARTÍCULO 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. Lo destacado no lo es en el texto).

En los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, igualmente aparece consagrado este derecho y es así como en el Pacto Internacional, Ley 74 de 1968 se establece:

ARTÍCULO 14.

1.- Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

.....

5.- TODA PERSONA DECLARADA CULPABLE DE UN DELITO TENDRÁ DERECHO A QUE EL FALLO CONDENATORIO Y LA PENA QUE SE LE HAYA IMPUESTO SEAN SOMETIDOS A UN TRIBUNAL SUPERIOR, CONFORME A LO PRESCRITO POR LA LEY.

.....”. (Lo destacado no lo es en el texto)

En la Convención Americana de Derechos Humanos, Ley 16 de 1972, de manera similar se dispone:

Art. 8o. Garantías judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la

ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

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

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

.....

h) **DERECHO DE RECURRIR DEL FALLO ANTE JUEZ O TRIBUNAL SUPERIOR.** (Lo destacado no lo es en el texto).

Como se puede concluir de la lectura de los textos Superiores transcritos, el derecho a las dos instancias es únicamente para las sentencias, lo que consecuencialmente nos indica, que los autos pueden ser apelables o no, de conformidad con la voluntad del legislador.

Esa es la razón para que el legislador dentro de su libertad de configuración legislativa haya consagrado la segunda instancia para unos autos y para otros se niega la opción del recurso de apelación.

El principio del juez natural imparcial.

El principio constitucional del juez natural es imprescindible como estructura y garantía de un verdadero Estado de Derecho, porque es una realidad que el funcionamiento armónico de la Nación solo será posible cuando nuestros jueces estén previamente determinados por la ley (art 29), sean competentes (art. 29), independientes (arts 228 y 230) e imparciales (art. 13).

Una de las grandes virtudes del sistema acusatorio radica en que por medio de su estructura se trata de garantizar en la medida de lo posible la imparcialidad judicial, razón por la cual el adelantamiento del proceso está previsto para que dos entes autónomos entre sí, el uno investigue y acuse y el otro practique las pruebas y juzgue.

Con este diseño se evita que fuera una misma institución la que acusara y sentenciara, porque dentro de las muchas limitaciones del ser humano es la marcada tendencia a reiterarse y sostenerse en sus criterios iniciales, para evitar que suceda lo que efectivamente sucedió en el pasado, porque en dicho sistema procesal el juez que acusaba era el mismo que dictaba la sentencia; llegándose a convertir por la fuerza de la costumbre que la sentencia se convirtiera en una repetición de la acusación con un capítulo destinado a la tasación de la pena. Tanto, que en su momento, en los estrados judiciales se comentaba, que la sentencia era un auto de proceder con comillas.

La conservación de la imparcialidad es lo que ha llevado a esta Corporación desde siempre a sostener que el calificadorio (formulación de cargos o la preclusión) no es susceptible de ser apelado, porque si la segunda instancia se admitiera, llevaría a que el Tribunal Nacional como segunda instancia, se tuviera que pronunciar de fondo en el asunto objeto de investigación, criterio que se podría convertir en un peligroso prejuzgamiento cuando eventualmente le tocase conocer de la sentencia en segunda instancia.

Ese ha sido el criterio sostenido en muchos pronunciamientos, entre los que se pueden recordar, el fallo del 18 de mayo de 2004, con ponencia del H. M. Fernando Guzmán Mora, el del 13 de diciembre de 2005 con ponencia del H. M. Juan Mendoza Vega y el del 22 de mayo de 2007 con ponencia del H. M. Fernando Guzmán Mora.

En uno de los últimos pronunciamientos en tal sentido se sostuvo:

C- ETAPA DE JUICIO

LAS FORMAS DE FINALIZAR LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN: PLIEGO DE CARGOS O PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

El Tribunal Nacional de Ética Médica ha expresado en repetida jurisprudencia:

“ En efecto, si leemos detenidamente el artículo 80, literal b), de

la ley 23 de 1981, nos percataremos que al enterar por escrito al profesional 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 ”.-

“ Esta confusión solo se presenta en el llamado sistema inquisitivo, hoy superado por la mayoría de las legislaciones del mundo. En nuestro país solo subsiste para el juzgamiento de los parlamentarios ante la Corte Suprema de Justicia (art. 235-3 de la Constitución Nacional)”.

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

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

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

“ Además, en los procedimientos disciplinarios no se ha consagrado el recurso de alzada para el pliego de cargos y para corroborarlo nos permitimos citar los siguientes estatutos : “ Decreto 250 de 1970 “ por el cual se expide el estatuto de la Carrera Judicial y del

Ministerio Público”, artículos 92, 115 y subsiguientes; Decreto 196 de 1971 “por el cual se dicta el estatuto de la abogacía”, en donde ni siquiera existe resolución acusatoria, sino que se corre traslado es de la denuncia y de los documentos que la acompañan, por el término de 10 días (art. 74); Decreto 1660 de 1978 “por el cual se reglamentan parcialmente las leyes 15 y 20 de 1972, los Decretos 250 y 762 de 1970, 546 de 1971 y 717 de 1978, y otras disposiciones sobre administración del personal de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de las Direcciones de Instrucción Criminal”, artículo 180; y Decreto 1888 de 1989 “ por el cual se modifica el régimen disciplinario de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, artículos 37 y siguientes.

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

Por lo anterior, considera este Tribunal que la apelación estuvo erradamente concedida desde el punto de vista procesal, pues la denunciante a estas alturas no es sujeto procesal. Las etapas de investigación preliminar e investigación formal ya se encontraban surtidas y agotadas.

Por lo anterior, debe esta superioridad abstenerse de analizar el recurso de apelación, por considerarla improcedente. ¹.

En el mismo sentido se había sostenido:

3-INVESTIGACION FORMAL

1 Fernando Guzmán Mora. 19 de agosto de 2008

Una vez se abre la investigación formal, en donde se adjuntan todas las pruebas necesarias, el Magistrado Instructor puede tomar una de dos decisiones y presentarla a la Sala Plena para proceder:

Abrir pliego de cargos, que equivale a una resolución de acusación

Declarar cesación de procedimiento por no considerar que se violó la norma ética. Esta es una sentencia preclusoria o preclusiva.

En este momento procesal, ni el pliego de cargos ni la declaración de cesación de procedimiento puede ser apelada, pues el denunciante no es sujeto procesal. Recordemos que si existe una declaración de apertura de pliego de cargos y el Tribunal Nacional se opone al mismo, esto equivaldría a una sentencia absolutoria anticipada o, al menos, a una situación de prejuicio por parte de los magistrados. En idéntica forma, si se dicta una resolución inhibitoria (equivalente a cesación de procedimiento), sería absurdo que el Tribunal declarara que, por el contrario, se abra pliego de cargos, puesto que dicha situación de prejuicio aparecería de similar forma.

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

Ampliación del informativo por quince días hábiles

Pronunciarse de fondo mediante sentencia condenatoria

Pronunciarse de fondo mediante sentencia absolutoria

4- SENTENCIA

En caso de sentencia absolutoria o condenatoria, esta tampoco puede ser apelada por el denunciante, pues ya ha perdido hace varias etapas su calidad de sujeto procesal. Es decir, la Ley considera que no tiene legitimidad para actuar dentro del proceso.

EN EL PRESENTE CASO, LA DECISION DEL TRIBUNAL SECCIONAL DE ÉTICA MÉDICA DE CALDAS ES DE TIPO INHIBITORIO Y NO PRECLUTORIO, PUES SE EFECTUÓ UNA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR Y NO UNA INVESTIGACIÓN FORMAL. EN EL PRIMER CASO SE DENOMINA INHIBITORIA Y EN EL SEGUNDO SE DENOMINARIA PRECLUTORIA. EN EL PRIMER CASO, EL DENUNCIANTE TIENE DERECHO A LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN Y APELACIÓN, PUES TODAVIA ES SUJETO PROCESAL. EN EL SEGUNDO CASO (PRECLUTORIA) NO TIENE DERECHO A ESTOS RECURSOS PUES YA HA PERDIDO SU CONDICIÓN DE SUJETO PROCESAL²

En el mismo sentido se había sostenido:

EN CUANTO AL RECURSO DE APELACIÓN COMO SUBSIDIARIO

De manera reiterada la Jurisprudencia del Tribunal Nacional de Etica Médica, en decisiones producidas en junio de 1994, el 4 de mayo de 1995, 13 de febrero de 2001 Y septiembre 10 de 2002, ha sostenido que el Auto de formulación de cargos no es apelable:

•..... «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 cargos 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 volvería inoficiosa, pues el investigado se limitará a repetir los argumentos que ya le fueron rechazados al decidirle los recursos».

«Esta afirmación aparece particularmente válida con relación al Tribunal de Segunda Instancia, pues si confirma los cargos prácticamente está condenando anticipadamente, pues el inferior,

2 Fernando Guzmán Mora. 27 de noviembre de 2007.

salvo que aparezcan pruebas contundentes en la etapa de juzgamiento, quedara atado por el criterio del superior y éste a su vez en el fallo definitivo se limitará a repetir los argumentos de los cuales confirmó tal proveído de cargos.» Providencia 21-02 del 10 de septiembre de 2002. TNEM...”

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle resuelve no reponer ni conceder la apelación.³

Con similares consideraciones se había resuelto:

Por otro lado, ha sostenido este Tribunal Nacional reiteradamente que la providencia por la cual se formula pliego de cargos no es susceptible de recurso de apelación, pues tal recurso iría en contra de la letra y del espíritu de la Ley 23 de 1981 en su artículo 80, cuyo literal b reza:

“b) Declarar que existe mérito para formular cargos por violación de la ética médica, caso en el cual, por escrito, se le hará saber así al profesional inculcado, señalando claramente los actos que se le imputan y fijando fecha y hora para que el Tribunal en pleno lo escuche en diligencia de descargos.”

El párrafo del mismo artículo fija los plazos perentorios dentro de los cuales debe producirse dicha diligencia de descargos, plazos cuya estrechez no fue evidentemente concebida para acomodar la tramitación de recurso alguno; pero si ello fuera poco, es evidente y así se ha sostenido en numerosas providencias anteriores, que la sustentación de una apelación obligaría en ese caso a la defensa a argumentar detalladamente contra los cargos enunciados en el pliego, de manera que se haría inútil una diligencia posterior para presentar esos mismos argumentos o descargos y ante ellos, el tribunal de segunda instancia quedaría en la absurda disyuntiva de tener que aceptar los argumentos, con lo que estaría absolviendo antes de completar el debido proceso, o por el contrario, rechazarlos

3 Fernando Guzmán Mora 30 de mayo de 2006

y configurar con tal rechazo un prejuizgamiento que sería impedimento mayor para desatar cualquier recurso en las etapas subsiguientes del proceso. La sana lógica indica, entonces, que se debe respetar la formalidad establecida en la Ley 23 de 1981 y su decreto reglamentario, procediendo a presentar ante la sala plena del tribunal de primera instancia los descargos relativos a los artículos por los cuales se haya planteado el pliego de cargos, en el caso que se analiza, el artículo 9 de la Ley 23 de 1981.

LAS FORMAS DE FINALIZAR LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN: PLIEGO DE CARGOS O PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

El tribunal Nacional de Ética Médica ha expresado en repetida jurisprudencia:

“En efecto, si leemos detenidamente el artículo 80, literal b), de la ley 23 de 1981, nos percataremos que al enterar por escrito al profesional 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 prejuizgando, pues si los confirma y, por lo mismo, hace un gran esfuerzo dialéctico para ese efecto, le va a quedar muy difícil proferir posteriormente una decisión absolutoria ”.-

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

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

“ Esta confusión solo se presenta en el llamado sistema inquisitivo, hoy superado por la mayoría de las legislaciones del mundo. En nuestro país solo subsiste para el juzgamiento de los parlamentarios ante la Corte Suprema de Justicia (art. 235-3 de la Constitución Nacional) ”

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

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

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

“ Además, en los procedimientos disciplinarios no se ha consagrado el recurso de alzada para el pliego de cargos y para corroborarlo nos permitimos citar los siguientes estatutos : “ Decreto 250 de 1970 “ por el cual se expide el estatuto de la Carrera Judicial y del Ministerio Público”, artículos 92, 115 y subsiguientes; Decreto 196 de 1971 “ por el cual se dicta el estatuto de la abogacía ”, en donde ni siquiera existe resolución acusatoria, sino que se corre traslado es de la denuncia y de los documentos que la acompañan, por el término de 10 días (art. 74); Decreto 1660 de 1978 “ por el cual se reglamentan parcialmente las leyes 15 y 20 de 1972, los Decretos 250 y 762 de 1970, 546 de 1971 y 717 de 1978, y otras disposiciones sobre administración del personal de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de las Direcciones de Instrucción Criminal ”, artículo 180; y Decreto 1888 de 1989 “ por el cual se modifica el régimen disciplinario de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, artículos 37 y siguientes.

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

En resumen, el pliego de cargos, en el proceso ético disciplinario, es inapelable. De igual manera aplica para la preclusión de la investigación.⁴

Las facultades procesales del quejoso.

En el sistema procesal de la ley 600, el quejoso solo podía interponer el recurso de apelación contra el auto inhibitorio, porque cuando se abría formalmente proceso, el denunciante al no ser sujeto procesal le estaba vedada su participación dentro del proceso y por tanto no podía interponer recursos en el transcurso del mismo.

Hoy la situación es diversa, porque en el sistema procesal acusatorio, Ley 906 de 2004 la víctima tiene derecho de participación en el proceso.

Así se dispone:

ARTÍCULO 11. ***DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS.*** El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia, en los términos establecidos en este código.

En desarrollo de lo anterior, las víctimas tendrán derecho:

- a) A recibir, durante todo el procedimiento, un trato humano y digno;
- b) A la protección de su intimidad, a la garantía de su seguridad, y a la de sus familiares y testigos a favor;
- c) A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código;

d) **A SER OÍDAS Y A QUE SE LES FACILITE EL APOORTE DE PRUEBAS;**

4 Juan Mendoza Vega. 13 de diciembre de 2005.

e) A RECIBIR DESDE EL PRIMER CONTACTO CON LAS AUTORIDADES Y EN LOS TÉRMINOS ESTABLECIDOS EN ESTE CÓDIGO, INFORMACIÓN PERTINENTE PARA LA PROTECCIÓN DE SUS INTERESES Y A CONOCER LA VERDAD DE LOS HECHOS QUE CONFORMAN LAS CIRCUNSTANCIAS DEL INJUSTO DEL CUAL HAN SIDO VÍCTIMAS;

f) A QUE SE CONSIDEREN SUS INTERESES AL ADOPTAR UNA DECISIÓN DISCRECIONAL SOBRE EL EJERCICIO DE LA PERSECUCIÓN DEL INJUSTO;

g) A SER INFORMADAS SOBRE LA DECISIÓN DEFINITIVA RELATIVA A LA PERSECUCIÓN PENAL; A ACUDIR, EN LO PERTINENTE, ANTE EL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS, Y A INTERPONER LOS RECURSOS ANTE EL JUEZ DE CONOCIMIENTO, CUANDO A ELLO HUBIERE LUGAR;

h) <Aparte tachado INEXEQUIBLE> A ser asistidas durante el juicio y el incidente de reparación integral, ~~si el interés de la justicia lo exigiere~~, por un abogado que podrá ser designado de oficio;

i) A recibir asistencia integral para su recuperación en los términos que señale la ley;

j) A ser asistidas gratuitamente por un traductor o intérprete en el evento de no conocer el idioma oficial, o de no poder percibir el lenguaje por los órganos de los sentidos. (Lo destacado no lo es en el texto).

En las circunstancias precedentes, habría de concluirse el derecho de las víctimas de interponer recursos y entre ellos, por ejemplo, el de apelar el auto de preclusión en el momento de la calificación del mérito de la investigación.

Un conflicto de derechos y su solución.

En las circunstancias normativas precedentes estamos en presencia de un conflicto de derechos, de un lado, el de garantizar el principio del juez natural y de manera concreta la imparcialidad judicial y de otro lado, el velar por la preservación de las dos instancias en relación con el auto que califica el mérito del sumario.

Frente este conflicto, la Sala se inclina por la preservación de la imparcialidad por ser un principio de rango constitucional (imparcialidad, juez natural, debido proceso) y de otro lado, el principio de las dos instancias para los autos interlocutorios. Ya se había anticipado que el principio Constitucional de las dos instancias es únicamente para las sentencias, razón por la cual se había concluido que la concesión de la apelación para los autos interlocutorios quedaba dentro del amplio margen de libertad en la conformación legislativa que tiene el Congreso de la República. En tales circunstancias, ante dos principios que entran en aparente conflicto habrá de darse primacía al de orden superior, esto es al principio constitucional, que en este caso no es otro que el de la imparcialidad judicial.

Es por las razones precedentes, que pese al cambio de la normatividad procesal, la Corporación decide reiterar su vieja jurisprudencia, según la cual, para efectos de consagrar y garantizar la imparcialidad judicial, el auto de calificación – pliego de cargos o preclusión -, no tiene apelación....”

De conformidad con lo anteriormente argumentado se abstendrá la Corporación de conocer la apelación contra la decisión de preclusión en favor de los doctores **J, F, M, y N.**

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 Caldas resolvió precluir la investigación disciplinaria iniciada por ese Tribunal en contra de los doctores **J, F, M, y N.** **Artículo Segundo**- Devolver el expediente al tribunal de origen, para lo de su competencia. **COMUNIQUESE Y CUMPLASE.**

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

SANCIÓN DE SUSPENSIÓN POR CUARENTA MESES A ABORTADOR.

Bogotá D. C., mayo seis (06) del año dos mil tres (2003).

SALA PLENA SESIÓN No. 741 DEL SEIS (6) DE MAYO DEL AÑO DOS MIL TRES (2003).

Ref: Proceso No. 1395, Tribunal Seccional de Ética Médica de
Cundinamarca

Contra: Doctor X

Asunto: Imposición de Sanción, suspensión superior a 6 meses.

Magistrado ponente: Doctor Juan Mendoza-Vega

Providencia No. 20-2003

VISTOS:

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Cundinamarca, en sesión de Sala Plena del día 25 de Marzo de 2003, resolvió no aceptar los descargos presentados por el doctor X, dentro del proceso número 1395 incoado por los hechos denunciados por la señora A, y en cambio consideró que merece sanción de suspensión en el ejercicio profesional por lapso superior a seis meses; por tal razón y en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 84 de la Ley 23 de 1981, procedió a enviar el proceso al Tribunal Nacional de Ética Médica, para lo de competencia.

Los dos cuadernos que contienen las diligencias respectivas fueron recibidos en este Tribunal Nacional el día 8 de Abril de 2003; puesto para reparto, correspondió por sorteo al Magistrado Juan Mendoza-Vega.

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

HECHOS:

El día 9 de Junio del año 2000, hacia el mediodía, el médico x, identificado con la cédula de ciudadanía 12.118.357 de Neiva, practicó aborto instrumental sin consentimiento a A, persona con quien sostenía relaciones sexuales desde algún tiempo antes; el acto lo cometió en el consultorio 501 de la Clínica Neiva, situada en la capital del departamento del Huila y que el médico X ocupaba para su ejercicio profesional como cirujano plástico; para ello aplicó por la fuerza un medicamento inyectable que produjo a la señora A estado de inconsciencia transitoria y se hizo ayudar por la secretaria de ese consultorio, Cidalia Rojas Tovar, y por la auxiliar de enfermería Mariela Perdomo, a quien citó desde las horas de esa misma mañana advirtiéndole que realizaría “un procedimiento”. La ofendida denunció sin demora lo sucedido ante las autoridades competentes; el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Neiva abocó el conocimiento, realizó la investigación y por fallo del 4 de Mayo de 2001 dictó sentencia anticipada en la que impuso al médico X la pena principal de prisión por treinta y tres (33) meses y diez (10) días, junto con las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, y prohibición del ejercicio de la medicina por el término de veinte (20) meses; la providencia fue recurrida en apelación y el Tribunal Superior del Distrito Judicial, sala de Decisión Penal, la confirmó el 22 de Octubre de 2001.

Notificado del caso y de las providencias de primera y segunda instancias, el Tribunal Seccional de Ética Médica de Cundinamarca, al que corresponden los asuntos que ocurren en el departamento del Huila, decidió el 2 de Abril de 2002 abrir proceso ético-disciplinario contra el médico X, a quien llamó para versión libre y se la recibió el 18 de Septiembre de 2002; el disciplinado aceptó la verdad de los hechos que se le imputan y dijo ser su autor, aunque presentó como

explicación la de que “estaba teniendo problemas con el alcohol, en resumidas palabras estaba emocionalmente desubicado... reaccioné con el poder de las bestias, la fuerza” (folio 293 recto).

Su abogada defensora presentó documentos que muestran a X no solamente como muy buen estudiante durante su residencia en Cirugía Plástica, sino como profesional de correctas y aún destacadas actuaciones con sus enfermos y como docente en la facultad de Medicina de la Universidad Surcolombiana.

Cumplidas las diligencias preliminares, el Tribunal de primera instancia resolvió formular pliego de cargos por violación a los artículos 1º, 2º, 15 y 54 de la Ley 23 de 1981. El disciplinado rindió sus descargos personalmente y por escrito el 10 de Diciembre de 2002, acompañado por su abogada defensora, Alma Yelena Ramírez Tello; al hacerlo, una vez mas admitió la verdad de las imputaciones pero insistió reiteradamente en que obró en estado mental alterado, fuera de sí por las implicaciones que preveía si el embarazo de la señora A culminaba con el nacimiento de una criatura por la cual, dice, la madre le exigía desde ese momento responder; se manifestó muy avergonzado, “plenamente arrepentido y agobiado” por los actos tantas veces mencionados, convencido de que “no es un abortador” pues se dedica a la cirugía plástica; con parecida base afirma (folios 325 y 326 rectos) “a pesar de las confusas circunstancias en las que actué, sé que no lo hice en mi condición de médico... no lo hice sobre alguien que tuviera la calidad o condición de ser mi paciente o a quien atendiera en tales condiciones”, idea que trata de reforzar alegando que su relación con “esa persona particularmente ofendida con mi actuación... era netamente sexual... no era una relación médico-paciente, ni siquiera pensada en forma subnormal”. Trae a cuento la indemnización en dinero que dice haber entregado a la ofendida “en procura de hacer una reparación si así puede llamarse del daño ya cumplido” e implora que se tengan en cuenta sus buenos antecedentes y el hecho de estar cumpliendo la sanción de suspensión en el ejercicio profesional impuesta como pena accesoria en el proceso penal ya en firme, para

que en este proceso ético disciplinario no se le imponga sanción o al menos, se le suspenda en el ejercicio profesional sólo por el tiempo que aún le falta para terminar de cumplir la recién mencionada suspensión.

El tribunal de primera instancia, por decisión de fondo en Sala Plena del 25 de Marzo de 2003, señaló que los hechos se encuentran plenamente probados; que la vida profesional intachable, el ser profesor bien evaluado y miembro prestante de la sociedad, exige “una conducta intachable que sirva de ejemplo para esa sociedad...que no defraude la confianza que se ha depositado”; que ante acto tan grave como el cometido no se considera suficiente el juzgamiento de la propia conciencia del ofensor; y tras algunas consideraciones sobre el proceso ético disciplinario, sobre la presunta alteración psíquica en que alega haber obrado y sobre los motivos del acto, resolvió no aceptar los descargos y en cambio consideró que es del caso aplicar sanción consistente en suspensión en el ejercicio profesional por más de seis meses, potestad que corresponde al Tribunal Nacional de Ética Médica y por lo cual ordenó enviar a éste las diligencias para el cumplimiento de la ley.

CONSIDERANDOS Y RESULTANDOS:

Tanto la identidad y condición profesional del médico X, como el hecho de su intervención para provocar aborto con el uso de instrumentos a la señora A sin el consentimiento de ésta, se encuentran debidamente probados en el informativo, no solo por la queja de la afectada sino por la propia confesión del acusado, tanto ante las autoridades penales como ante el magistrado instructor del Tribunal seccional.

No han sido controvertidas, pero ni siquiera puestas en duda, las circunstancias de premeditación y alevosía con las que se cometió el acto punible: X invitó a la señora A desde el día anterior al de los hechos para que lo visitara en su consultorio en horas del mediodía, cuando puede suponerse que muchas personas del entorno respectivo salen para tomar el almuerzo; citó allí mismo a una auxiliar de enfermería, a quien le dijo que “practicaría un procedimiento”; cuando

la señora A reiteró su decisión de no abortar, intentó inyectarle una sustancia y ante la defensa física de ella, forcejeó tan violentamente como para derribar la pantalla de un computador y romper el vidrio del escritorio, pidió a la auxiliar de enfermería y a la secretaria del consultorio ayuda para sujetar a la víctima y ordenó a una de ellas que le inyectara Ketalar en los glúteos, con lo que finalmente consiguió vencer la resistencia y causar suficiente disminución de la conciencia como para llevar a cabo la instrumentación abortiva. Todo lo dicho desvirtúa de entrada y así lo debió entender el tribunal de primera instancia, el intento de descargo basado en la afirmación de que el disciplinado habría actuado en una especie de transitoria enajenación mental por invencible pánico, “sometido a una presión extrema que anuló mi facultad de decisión, que obnubiló mi razón y frente a la cual un instinto casi animal se encargó de mi ser” como lo argumenta en el documento de descargos (folio 328 recto); queda evidente, por el contrario, la deliberada preparación del ilícito, incluyendo cuanto pusiera a la víctima en imposibilidad de defenderse.

Es este, por cierto, un caso muy distinto de la gran mayoría de cuantos en Colombia se juzgan en el ámbito de la Ética Médica y la Ley 23 de 1981; lo corriente es que al médico se lo acuse porque ha transgredido la *Lex Artis ad Hoc*, alguno de los artículos de la mencionada ley o las obligaciones de prudencia, pericia y diligencia, pero dando por sentado que la intención del profesional es obrar en beneficio del paciente; aún en los casos de aborto, se suele buscar beneficio para la mujer involuntariamente embarazada, con la pretensión de solucionarle la vergüenza social, las dificultades económicas, los peligros para su salud que tendría como consecuencia de la continuación del embarazo. En el caso que se juzga, es evidente en cambio la intención de causar el aborto aunque se oponga la propia mujer que debe sufrirlo, aunque para dominar esa oposición se acuda a la fuerza física de tres personas conchabadas al efecto, y enseguida a la inconsciencia transitoria causada por la inyección también forzada de un medicamento; para satisfacer el egoísmo del implicado, deja éste de lado las normas de la ética y aún las de elemental prudencia, utiliza instrumentos que no son

los de su especialidad pero que ha conseguido para el innoble efecto, se atreve a actuar en lugar totalmente inadecuado para cualquier intervención bajo anestesia con pérdida de conciencia y por ello con la terrible posibilidad de alguna emergencia que pusiera en peligro inmediato la vida de la paciente.

Razón plena cabe a las consideraciones del tribunal de primera instancia en relación con las pruebas allegadas sobre el ejercicio profesional y docente del disciplinado antes de la comisión de su gravísima falta; si algo debe exigirse en quien así se destaca, es aún mayor escrúpulo y cuidado ante las disposiciones éticas y bioéticas; traicionar la confianza que la Sociedad y cada persona deposita en él, usar sus conocimientos médicos (así no sean los de la especialidad que escogió para su práctica) para causar daño, son a todas luces circunstancias agravantes y así deben influir en la dosificación de la pena; caben allí, además, cuatro de las causales de agravación previstas en el artículo 58 del Código Penal vigente¹.

También coincide este Tribunal Nacional de Ética Médica con el tribunal seccional en cuanto al ámbito tutelado por las leyes de ética profesional y, en Colombia, por el sistema de tribunales y los procesos ético-disciplinarios médicos. El recto ejercicio de una profesión especialmente importante para la Sociedad, pues de ella dependen vidas humanas que son siempre únicas e irreemplazables, no puede satisfacerse con los reproches de la conciencia de quien infrinja ese recto ejercicio; las faltas son distintas de las que corresponden a la justicia en sus ramas penal, civil, administrativa, las sanciones pueden por ello ser sucesivas y aún concomitantes sin vulnerar el principio de ***non bis in idem***, de modo que la indemnización pecuniaria entregada

-
1. Artículo 58. Numeral 5. Ejecutar la conducta punible ...con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando circunstancias de tiempo, modo, lugar que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe.
 7. Ejecutar la conducta punible con quebrantamiento de los deberes que las relaciones sociales o de parentesco impongan al sentenciado respecto de la víctima.
 9. La posición distinguida que el sentenciado ocupe en la Sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio.
 10. Obrar en coparticipación criminal.

por el disciplinado a la ofendida no sirve como excusa ni debe inclinar a la lenidad en el juicio de esta corporación.

Considera la Sala que hay motivos suficientes para imponer la máxima sanción prevista en la Ley 23 de 1981, dada la gravedad de la falta y las múltiples circunstancias agravantes probadas en el informativo. Sin embargo, ya le fueron aplicados como pena accesoria en el proceso penal, veinte meses de suspensión en el ejercicio profesional, lo que dejaría la posibilidad de condenar a cuarenta meses más, para completar así los sesenta meses (cinco años) previstos en el literal “d” del artículo 83 de la mencionada ley; esta forma de tasar la pena cuando existe condena previa, tiene amplio soporte en la jurisprudencia de este Tribunal Nacional, de la que puede citarse el siguiente ejemplo:

“Debemos reconocer como una realidad la ausencia de un claro concepto normativo del non bis in idem, porque que como ya se dijo a nivel constitucional aparece una idea genérica comprensiva de las dos instituciones, pero a nivel puramente legal sólo aparece consagrado el principio de la cosa juzgada. En tales condiciones es imprescindible que intentemos dar un concepto que comprenda los aspectos procesales y del derecho penal material del principio del non bis in idem, aceptando desde ya las naturales limitaciones que tiene toda definición, el concepto jurídico-político estudiado debe entenderse como:

“El principio constitucional del non bis in idem, como uno de los elementos integradores del concepto del debido proceso, garantiza a todos los ciudadanos la imposibilidad de un doble juzgamiento, bien en el caso de existencia de una decisión ejecutoriada o en el de un doble procesamiento simultáneo; pero igualmente le garantiza que no se tome en cuenta dos veces un mismo hecho, elemento o circunstancia, como parte integrante del tipo, de la antijuricidad, de la culpabilidad, o sus circunstancias; o la doble desvaloración de ese mismo hecho para concluir en la existencia de un concurso delictivo; o una misma circunstancia punitiva para hacer un doble aumento en la penalidad.

“Todas las precedentes reflexiones para concluir que si por la gravedad de la falta en que se incurrió por parte del disciplinado se merece el máximo de sanción previsto en la ley de ética médica, que es cinco años de suspensión en el ejercicio de la profesión, pero igualmente es una realidad que la justicia ordinaria le ha impuesto una sanción de cuatro años de suspensión en el ejercicio de la profesión por haber realizado la conducta ilícita en la actividad médica, y de manera más concreta en un acto médico, es evidente que no podría éste Tribunal imponer una sanción de cinco (5) años en el ejercicio de la profesión, que fuera acumulativa con la anteriormente impuesta por la justicia ordinaria, porque de hacerlo así se estaría violando el principio constitucional antes estudiado.

“En las condiciones precedentes, para efectos de evitar la violación constitucional se impondrá la máxima sanción prevista por la conducta realizada, pero como ya se le impuso una pena de cuatro (4) años, en este caso la sanción a imponer será de un (1) año de suspensión en el ejercicio de la profesión que será acumulativa con la antes impuesta por al justicia ordinaria...” (Sentencia del. 3 de agosto de 1999. M. P. Hernando Groot Liévano.)

Los mismos conceptos fueron acogidos en sentencia del 10 de Julio de 2001, con ponencia del Magistrado Hernando Matiz.

La defensora del disciplinado X ha solicitado, para efectos de garantizar el principio de inmediación probatoria, que se amplíe la versión libre rendida por el citado profesional. Si bien es cierto que el Código de Procedimiento Penal autoriza la ampliación de la indagatoria cuando se estime conveniente², esto será posible siempre y cuando que los términos probatorios investigativos no hayan precluido.

2 Artículo 342. **Ampliación de la indagatoria.** Se podrá ampliar la indagatoria, de oficio o a petición del sindicado o de su defensor, cuando se considere conveniente y sin necesidad de motivación alguna. Aquella se recibirá dentro del menor tiempo posible y observando los requisitos pertinentes. También se ampliará la indagatoria cuando aparezcan fundamentos para modificar la imputación jurídica provisional.

En el caso *sub judice*, el proceso ha llegado a este Tribunal para que dicte fallo de primera instancia, por considerar el tribunal instructor que el caso amerita una suspensión en el ejercicio profesional de más de seis meses. En tales condiciones, es imposible que esta corporación pueda acceder a lo solicitado por la defensora.

Tomando en cuenta la anterior argumentación, se procederá a fallar y se tasaré la pena en cuarenta meses, con los cuales se completa el máximo permitido por la Ley 23 de 1981 y también por el Código Penal para este ilícito.

Bastan las consideraciones anteriores para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de las atribuciones que le confieren los artículos 84 y 85 de la Ley 23 de 1981,

RESUELVA:

Artículo Primero- Imponer al médico X, de las condiciones personales conocidas en el informativo, la sanción de **suspensión en el ejercicio profesional** por el lapso de cuarenta (40) meses, por los hechos consignados en el expediente número 1395 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Cundinamarca. La sanción deberá empezarse a cumplir al día siguiente de que termine el período de suspensión en el ejercicio profesional que le fue impuesto por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Neiva, Huila. **Artículo Segundo.** - Contra la presente providencia proceden los recursos de reposición y en subsidio el de apelación para ante el Ministerio de Protección Social, viceministerio de Salud. **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 Etica Médica y a la Federación Médica Colombiana para que sea fijada en lugares visibles de conformidad con lo establecido en el artículo 53 del decreto 3380 de 1981. **NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.**

Fdo. JUAN MENDOZA VEGA, Presidente- Magistrado Ponente; CARLOS ALBERTO GAVIRIA NEIRA, Magistrado; EFRAIM OTERO RUIZ, Magistrado; MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Asesora Jurídica.-Secretaria.

El Tribunal Nacional de Ética Médica mediante providencia No. 33-2003 de fecha 29 de julio de 2003, repuso la providencia 20-2003, e impuso sanción de suspensión en el ejercicio profesional de la medicina por el término de treinta y ocho (38) meses al doctor X y fue confirmada por el Ministerio de la Protección Social, mediante Resolución No. 0004232 de fecha 19 de diciembre de 2003.

**TRIBUNAL NACIONAL NIEGA CURSO A
SOLICITUD DE REVOCATORIA DIRECTA POR
IMPROCEDENTE**

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: Solicitud de revocación directa de la providencia No. 83-09, proferida dentro el proceso No. 680, Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas

Contra: Doctor X.

Asunto: Solicitud de revocación directa.

Magistrado ponente : Fernando Guzmán Mora

Providencia No. 55-2010

VISTOS:

Con fecha trece (13) de mayo de 2010, el doctor X, actuando en nombre propio, solicitó a este Tribunal la revocación directa de la providencia No. 83-09 del veinticuatro (24) de noviembre de dos mil nueve (2009), expedida dentro del proceso No. 680, con la cual se confirmó la sanción impuesta por el Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas, consistente en la suspensión en el ejercicio de la medicina por espacio de un (1) mes.

Como fundamento de su solicitud, invocó las causales previstas en los numerales 1º y 3º del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, que son del siguiente tenor:

Art. 69.- Causales de revocación. Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.

...

3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

Al sustentar las causales invocadas, el solicitante sostiene que el fallo sancionatorio pasó por alto que a la fecha de su expedición, el decreto 4444 de 2006 se encontraba suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado, razón por la cual no se le pudo aplicar el régimen de obligaciones, requisitos y condiciones para la prestación de los servicios de interrupción del embarazo que establece aquel, con todo lo cual considera que se le violó el derecho al debido proceso establecido como derecho fundamental por el artículo 29 de la Constitución Política.

En desarrollo de su planteamiento, presenta pormenorizadamente las razones por las cuales antes de remitir a la paciente atendida a otro u otros profesionales que no tuvieran objeción de conciencia para la aplicación del procedimiento requerido, era necesaria la práctica de los exámenes que él mismo había considerado necesario practicar.

En el escrito de solicitud de revocación directa no aparece argumento alguno que sustente la causal tercera invocada, es decir, la relativa al supuesto “*agravio injustificado*” de que pudo ser objeto con la expedición de las providencias sancionatorias antes mencionadas.

Es de anotar que en ningún momento se han violado los derechos procesales del médico condenado.

De hecho, ha tenido todas las oportunidades procesales para defenderse en todas las etapas de este caso.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA:

Dada la naturaleza extraordinaria del recurso de revocación directa, el Tribunal no puede pasar al estudio de fondo en el presente asunto, sin antes haberse referido a su procedencia, como aparece a continuación.

1. La aplicabilidad del régimen jurídico establecido en el Código Contencioso Administrativo.

La Parte Primera del Código Contencioso Administrativo se refiere a los denominados “procedimientos administrativos”, esto es, a las formalidades y procedimientos que deben seguirse para el ejercicio de las funciones administrativas del Estado dirigidas a la expedición de actos administrativos o a su reconsideración y modificación o revocación por vía de recurso. Respecto de la extensión de sus efectos, el artículo 1º establece que dicho régimen se aplica a “... *los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del poder público en todos los órdenes (...), así como a las entidades privadas, cuando unos y otras cumplan funciones administrativas*”.

Por otra parte, de conformidad con lo previsto en el artículo 73 de la ley 23 de 1981, por medio de la cual se establecieron las normas básicas en materia de Ética Médica, los Tribunales Ético-Profesionales cumplen una función pública. Dicha función debe considerarse administrativa dado que la atribución de funciones judiciales debe establecerse expresa y explícitamente en la ley como se desprende de lo previsto en los artículos 116 de la Constitución Política y 13 de la ley 270 de 1996 o Estatutaria de la Administración de Justicia; en la medida en que las atribuciones públicas de los Tribunales de Ética Médica no están otorgadas como judiciales, forzoso resulta concluir que se trata de funciones legales de naturaleza pública administrativa, aunque ejercidas por unas entidades no estatales como lo son los Tribunales Seccionales y el Tribunal Nacional de Ética Médica, que reciben el nombre genérico de “autoridades”.

Ahora bien: El mismo artículo 1º del Código Contencioso Administrativo establece que las normas sobre la regulación y orientación del ejercicio de las funciones administrativas en las entidades estatales o en las privadas que las cumplan no se aplican a los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales, los cuales se regirán por estas, salvo en lo no previsto en ellas, que seguirán las reglas y principios contenidos en la Parte Primera que le sean compatibles. Comoquiera que la ley 23 de 1981 contiene el trámite especial del procedimiento en la responsabilidad médica, establecido por sus artículos 74 a 90, a éste no le son aplicables más que aquellas disposiciones y normas del Código que sean compatibles con su especialidad. Y si en este régimen se encuentra detalladamente prevista la competencia, las faltas y las sanciones, el trámite de la investigación, el fallo y el sistema de recursos, no es procedente la aplicación del Código Contencioso Administrativo que resulta excluido salvo, se repite, en lo que resulte compatible con la regulación especial.

En concordancia con las previsiones anteriores, el Tribunal observa que el trámite especial del procedimiento médico disciplinario contenido en la ley 23 de 1981 no contiene previsión alguna relacionada con la revocación directa de los actos administrativos, y que esta no es incompatible con el régimen de los recursos ordinarios o gubernativos contemplado en aquella, en el sentido de que no lo excluye, razón por la cual estima que en materia de revocación directa de sus decisiones, en cuanto a los requisitos, objeto, fundamentos jurídicos y condiciones de procedibilidad, se aplican íntegramente los preceptos, normas y principios orientadores establecidos en la Parte Primera del Código Contencioso Administrativo, como en efecto lo hará en el presente caso.

2. La naturaleza jurídica y la procedencia de la solicitud de revocación directa.

Revocar un acto administrativo significa extinguir o hacer cesar

sus efectos hacia el futuro por las razones previstas en la ley¹. De conformidad con lo previsto por el art. 69 del C.C.A., los actos administrativos pueden ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte. Esta doble modalidad le imprime a la figura, a su vez, una doble connotación: Por una parte, se considera una expresión del poder del Estado como mecanismo administrativo dirigido a variar decisiones por razones inherentes a la administración y sustancialmente relativas al ejercicio de la función de administrar, que no se concebiría sin la facultad para suprimir o modificar actos administrativos, generales o particulares, por la propia dinámica de la gestión pública, por las razones ya mencionadas de legalidad, de conveniencia o de mérito, o de equidad, como lo ha concebido la doctrina de tiempo atrás². Y, por otra parte, se considera un instrumento sucedáneo o “recurso extraordinario” al cual pueden acudir los administrados al margen y cuando no han hecho uso de los recursos en la vía gubernativa, que por tal razón se denominan “ordinarios”.

La revocación directa de los actos administrativos tiene como fundamento jurídico la potestad de la autoridad administrativa para conformar sus actos con el interés público o utilidad general, y para adecuarlo a la ley³. Procede por tres causas establecidas en el artículo 69 de Código Contencioso administrativo, a saber:

-
- 1 C. de E., Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia dentro del proceso I.J. No. 029 del 16 de julio de 2002. C.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero. En ella se destaca el concepto “extinción por vía administrativa”. En similar sentido SAYAGUES LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo. Ed. Martín Bianchi, 1986. Montevideo, T. I, pp. 516, y SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Acto Administrativo. 4ª ed. UEC, , Bogotá, 2003, T. II, pp. 301.
 - 2 Consejo de Estado, Sala de Consulta y del Servicio Civil, concepto de noviembre 14 de 1975. C.P.; Luis Carlos SÁCHICA Aponte. Anales t. LXXXIX Nos. 447 y 448.
 - 3 BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo. Ed. La ley. Bs. As., 1980, 6ª ed., T. II, pp. 129.

1. Cuando sea manifiesta la oposición del acto administrativo con la Constitución Política o con la ley. Esta es la causal genérica de violación del ordenamiento jurídico superior, y se refiere a la contradicción con normas a las cuales el acto debía sujetarse, siempre que la disconformidad resulte abierta, franca o manifiesta por falta de aplicación o por aplicación indebida. Al respecto, el Consejo de Estado ha sostenido que violación manifiesta “...es aquella que notoria o flagrante, que se aprecia a primera vista, sin necesidad de lucubraciones jurídicas, al confrontar directamente, como en doble columna, el acto administrativo {...} con el precepto superior de derecho invocado como infringido...”⁴, configurando así una condición para la procedencia de la revocación.
2. Cuando el acto no esté conforme con el interés público, o atente contra él. Esta causal se relaciona con razones de conveniencia, legitimidad u oportunidad para el interés público y no con razones de legalidad. En tal virtud, el acto se puede revocar no porque contradiga al ordenamiento sino porque las condiciones objetivas del orden y del interés públicos así lo determinan. Puede ser que el acto no exactamente no esté conforme o atente contra el interés público sino que la administración estime que es mejor o más favorable una regulación distinta de determinado tema, caso en el cual podrá revocarlo y expedir en su lugar otro que asimile las condiciones externas en forma más adecuada, lo que permite afirmar que la revocación procede sin sujeción rigurosa a las causales legales, especialmente si se trata de actos administrativos de carácter general.
3. Cuando con el acto se cause un agravio injustificado a una persona. Esta causal obedece a razones de equidad o de justicia. Frente de ella, lo que se evalúa es si el acto administrativo, originariamente o en forma sobreviviente, confiere un trato injusto o inequitativo a una persona, imponiéndole una carga

4 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de octubre 24 de 1991. Exp. No. 1.816. C.P.: Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

exorbitante, atendidas las circunstancias objetivas de la relación jurídica así afectada.

La revocación puede predicarse tanto de los actos administrativos de carácter general, como particular. La doctrina nacional ha sido unánime en considerar que el procedimiento de revocación directa establecido por el Código Contencioso Administrativo está concebido, implícitamente, para los actos administrativos particulares y concretos, esto es, para los referidos a situaciones jurídicas personales o subjetivas, a pesar de que las causales o razones de revocación son también predicables frente a los actos de naturaleza general o abstracta, y aún al mecanismo de la derogación o revocación de oficio.

Desde la perspectiva procedimental, la revocación directa procede, o bien oficiosamente, como poder unilateral de la administración para revocar sus propios actos, por su propia iniciativa, o bien como recurso utilizable por el destinatario del acto administrativo que procede, con circunstancias diversas, pero a la manera como proceden los recursos ordinarios en la llamada vía gubernativa, pues constituye un verdadero medio de impugnación de decisiones administrativas.

2.1. La revocación oficiosa.

Es un poder inherente a la función administrativa que se puede ejercer en cualquier tiempo, por la autoridad que expidió el acto administrativo o por su superior jerárquico si lo tiene, por las causales previstas en la ley si se trata de un acto de carácter o naturaleza particular o subjetiva, o sin sujeción estricta a las mismas si se trata de un acto de índole general o abstracto puesto que las autoridades públicas siempre ostentan la facultad de revocación de sus actos administrativos por razones de legalidad, de legitimidad, de conveniencia, de equidad o de interés general aconsejado por las variaciones en los presupuestos sociales, económicos, políticos o ambientales que demandan un cambio en los derroteros gubernamentales o administrativos.

2.2. La revocación por vía de recurso.

El recurso, en cambio, es el medio con el cual un sujeto impugna o controvierte la decisión contenida en el acto administrativo que no le satisface o cuyos fundamentos no comparte por alguna razón. Con él, el recurrente puede solicitar que el acto administrativo se revoque total o parcialmente, se modifique, se aclare o se adicione, y puede hacer uso del mismo en cualquier tiempo pues la ley no establece término para su interposición, a menos que, habiendo acudido el interesado con demanda a la jurisdicción contencioso administrativa, allí se haya dictado auto admisorio de la misma.

3. La solicitud de revocación directa y el ejercicio de los recursos ordinarios de la vía gubernativa.

Por agotamiento de la vía gubernativa podemos entender una institución del derecho administrativo consistente en que, por regla general, a una entidad pública no se le puede demandar válidamente -ante la jurisdicción- sin antes darle la oportunidad de reconsiderar la decisión contenida en un acto administrativo suyo, por medio de la interposición del recurso o de los recursos previstos en la ley para tal efecto. Se encuentra relacionada con el concepto francés de la “*decisión previa*”, sin la cual no es posible legalmente vincular a un proceso a la entidad pública que produjo el acto administrativo a justiciar. Desde la perspectiva de la entidad pública, es una prerrogativa suya que la privilegia frente a los particulares; desde la perspectiva de estos, es una carga impuesta por la ley como condición para acceder a la jurisdicción. Es, como se ve, un instrumento de control del ejercicio del poder público expresado en función administrativa que se materializa como un control interno de revocación.

Por su parte, el recurso gubernativo es un acto jurídico de declaración de voluntad, por medio del cual se discute o controvierte una decisión contenida en un acto administrativo, en el sentido de que quien lo interpone no comparte y se opone a lo resuelto. Se califica como

un medio o un instrumento ordinario de impugnación del acto, no aceptado por quien lo interpone, pues pertenece a la categoría de los mecanismos procedimentales habituales o naturales de autocontrol administrativo para la preservación del Estado de Derecho, que se surte al interior de la estructura administrativa de que se trate pero al exterior de la Rama Judicial del Poder Público que, por tal razón, se constituye en una instancia posterior y última de verificación de la legalidad y la legitimidad de las decisiones administrativas. Por eso se ha dicho que los recursos son mecanismos puestos por la ley “...a disposición de los administrados para defenderse de los posibles desaciertos de la administración, bien sea irregularidad formal, injusticia o inconveniencia, hipótesis todas previstas en la ley, y que provocan con su uso la denominada “vía gubernativa”, a fin de permitir a la Administración la corrección de sus propios actos mediante su modificación, aclaración o revocatoria, y, a los administrados la garantía de sus derechos por aquella, sin tener que acudir a la instancia judicial...⁵”, vía que exige agotamiento a instancias de su interposición, como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, por cuanto que constituyen medios para que la administración revise los reparos que se le formulen a su actuación, antes de someterlos al escrutinio judicial.

De conformidad con estos criterios de fundamento, nuestro Código Contencioso Administrativo dispone que, por regla general, contra los actos administrativos de carácter particular y concreto o subjetivo proceden los recursos de reposición y apelación –Art. 50- , siendo éste último de obligatoria interposición para consumir el agotamiento de la vía gubernativa que abre la posibilidad de acudir a la jurisdicción con demanda contra el acto administrativo recurrido –Art. 51-. Este es el sistema básico que materializa la garantía constitucional del ejercicio de los derechos de defensa y contradicción, especialmente, del que disponen todos los asociados sin discriminación alguna, con el que se consuma el principio

5 Corte Constitucional, sentencia C-339 de 1996. M.P. Dr. Julio César Ortiz Gutiérrez.

de autocontrol o autocorrección decisional en la administración pública.

Por otra parte, hay que destacar que el régimen de vía gubernativa en Colombia agota la función administrativa, en el sentido de que surtido el trámite del recurso o de los recursos interpuestos, en tal sentido “ordinarios”, la administración concluye el mecanismo de control interno de impugnación, y el administrado o asociado cumple con la carga impuesta por la ley, sobre todo respecto del recurso de apelación, de un lado, pero de otro “agota” o “extingue” el sistema, en el sentido de que en lo sucesivo carece de otros mecanismos internos de impugnación, solo contando con el ejercicio de las acciones judiciales que correspondan. Y ello es así porque lo contrario implicaría dotar a los administrados de una especie de “tercera” o “indefinida” instancia que repele nuestro ordenamiento, basado exclusivamente en el principio de la segunda instancia como principio universal en materia sancionatoria.

Esta situación ha sido objeto de estudio por la doctrina. La misma Corte Constitucional, en el fallo citado anteriormente, advirtió que “...la revocatoria no hace parte de la vía gubernativa ni es un recurso administrativo ordinario; se trata de un procedimiento específico de control de la misma administración sobre sus actos, en el que puede participar el interesado [puesto que] la revocatoria directa no puede servir para revivir una vía gubernativa ya surtida o agotada, so pena de atentar contra [los] supuestos jurídicos...” del Estado Social de Derecho. Su naturaleza de recurso radica en que es un medio para controvertir un acto administrativo ante el mismo organismo que lo expidió, en tanto que su carácter extraordinario deriva del hecho de surtirse formal y técnicamente por fuera del procedimiento administrativo normal u ordinario, independientemente de que éste ya haya concluido o no, y de manera sucedánea, alternativa e incompatible con los recursos propios de la vía gubernativa⁶.

6 BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. Manual del Acto Administrativo. Ed. Librería El Profesional, Bogotá, 5ª ed., 2009, pp. 463.

Estas son las razones por las cuales el artículo 70 del Código Contencioso Administrativo establece como causal perentoria de improcedencia que *“No podrá pedirse la revocación directa de los actos administrativos respecto de los cuales el peticionario haya ejercitado los recursos de la vía gubernativa”*. Si se permitiera, estaría consagrada tal especie de “tercera instancia” que no tolera el ordenamiento jurídico colombiano, que es excluyente por incompatible con la vía gubernativa, y que conmina al interesado a hacer uso de uno u otro de tales mecanismos en forma alternativa pero no de los dos simultáneamente. De allí que se haga frecuente énfasis entre nosotros en tal limitación y que el profesor Santofimio Gamboa estime que la solicitud de revocación directa, cuando se utiliza como “recurso extraordinario”, tiene carácter excepcional y restrictivo, pues lo normal y ordinario es que el debate sobre la revocación de actos administrativos se realice al interior de la administración por medio de la vía gubernativa. Y que la revocación directa solo pueda ser solicitada en los eventos en que no se hubiere recurrido ordinariamente el acto administrativo en forma ordinaria con los recursos de reposición y/o apelación, pues la revocación como recurso en poder de los administrados no se superpone al trámite gubernativo ordinario, ni lo refuerza o debe ser tramitado con él, o es subsiguiente a ese procedimiento, en la medida en que el trámite de la revocación directa se tramita en forma separada, aislada y ante la ausencia de aquel⁷.

En conclusión, el interesado puede solicitar la revocación directa de un acto administrativo que le afecta negativamente un interés o un derecho suyo, con estricta sujeción a dos condiciones, a saber:

- a) Que el solicitante no haya hecho uso de ningún recurso en la vía gubernativa, y que
- b) No se haya dictado auto admisorio de la demanda en la jurisdicción contencioso administrativa⁸.

7 Ob. Cit. Pp. 304.

8 BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. Ob. Cit. El autor agrega que en su concepto debe entenderse que se requiere que dicho auto no se haya notificado a

4. La solicitud de revocación directa presentada por el doctor X.

En el expediente se observa:

- 4.1. Que por tener la competencia a que se refiere el artículo 84 de la ley 23 de 1981, el 11 de agosto de 2009 el Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas expidió la providencia de primera instancia en este asunto con la cual resolvió imponer sanción de suspensión de un (1) mes en el ejercicio de la medicina en contra del doctor X por los hechos denunciados por la Superintendencia Nacional de salud.
- 4.2. Que con fundamento en lo previsto por el artículo 88 de la misma ley, el 11 de septiembre de 2009 el disciplinado interpuso contra dicha providencia el recurso de apelación para ante el Tribunal Nacional de Ética Médica, el cual fue concedido por auto del 15 de septiembre siguiente.
- 4.3. Que para surtir el trámite del recurso de apelación, el expediente fue enviado al Tribunal Nacional de Ética Médica y recibido por éste en Bogotá con fecha 25 de septiembre de 2009, siendo repartido para fallo de segunda instancia el 29 del mismo mes.
- 4.4. Que con fecha 24 de noviembre de 2009 el Tribunal Nacional de Ética Médica, en Sesión de Sala Plena No. 1.026, expidió el fallo de segunda instancia desatando el fondo del recurso de apelación interpuesto en la vía gubernativa, con el cual resolvió confirmar la providencia sancionatoria de primera instancia proferida por el Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas contra el investigado.
- 4.5. Con fechas 14 y 15 de diciembre de 2009, se cumplieron los actos de notificación de la providencia anterior, al disciplinado y a su apoderada.

la parte demandada, pues de su notificación deriva el conocimiento y la existencia del proceso.

- 4.6. Lo anterior significa que en el presente caso la vía gubernativa especial, establecida por la ley 23 de 1981 fue surtida con la interposición, trámite y resolución del recurso de apelación interpuesto, y se encuentra legalmente agotada, extinguida o consumada. Con ella y dentro del trámite a que dio lugar el recurso interpuesto, el disciplinado ejerció todos los derechos que tenía y gozó de las oportunidades procesales necesarias para la protección de su debido proceso. Efectivamente recibió las notificaciones en forma legal, ejerció los derechos de defensa, contradicción, de solicitud de pruebas, entre otros, por lo que la vía gubernativa quedó surtida con carácter extintivo, cerrándose la instancia administrativa en forma definitiva e impidiendo un nuevo examen de lo decidido con un instrumento extraordinario como la revocación directa que no puede producirse por solicitud de parte.
- 4.7. Por consiguiente, al doctor X no le está permitido por el ordenamiento vigente solicitar la revocación directa del acto de sanción, que se encuentra en firme, por ser legalmente improcedente cuando se ha hecho uso de los recursos gubernativos.

5. Consideraciones procedimentales adicionales.

Finalmente, resulta necesario un pronunciamiento sobre algunos aspectos conexos:

- 5.1. La solicitud de revocación directa fue recibida por este Tribunal Nacional con fecha trece (13) de mayo de 2010. En tal virtud, con la presente providencia se está actuando dentro del término de tres (3) meses establecido por el artículo 71 del Código Contencioso Administrativo, como fue modificado por el artículo 1º de la ley 809 de 2003.
- 5.2. A la fecha de la presente providencia al Tribunal Nacional de Ética Médica no se le ha notificado auto admisorio de la demanda eventualmente presentada por el doctor X ante la jurisdicción

contencioso administrativa contra los actos sancionatorios a que se refiere el proceso dentro del cual fueron proferidos; ignora si existe auto admisorio de la misma, e incluso si los actos sancionatorios fueron demandados, por lo cual estima que está actuando con la competencia legal para resolver la solicitud de revocación directa, al tenor de lo dispuesto por el citado artículo 71 del Código Contencioso Administrativo, como fue modificado por el artículo 1º de la ley 809 de 2003.

Por las anteriores consideraciones, el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de las facultades que le confieren la ley 23 de 1981 y el Código Contencioso Administrativo,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO. No dar curso, por ser legalmente improcedente, a la solicitud de revocación directa presentada por el doctor X contra el proveído del veinticuatro (24) de noviembre de dos mil nueve (2009), con la cual se confirmó la sanción impuesta por el Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas, consistente en la suspensión en el ejercicio de la medicina por el término de un (1) mes.

ARTÍCULO SEGUNDO. Contra la presente providencia no procede recurso alguno. **ARTÍCULO TERCERO.** Remítase el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Fdo. FERNANDO GUZMAN MORA, Presidente- Magistrado Ponente; EFRAIM OTERO RUIZ, Magistrado; GERMAN PEÑA QUIÑONES, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaria.

CONDENA DE TREINTA MESES A ABORTADOR CRIMINAL.

Bogotá, noviembre once (11) del año dos mil tres (2003).

SALA PLENA SESIÓN No.766 DEL OCE (11) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRES (2003).

REF: Proceso No. 395 del Tribunal de Ética Médica del Cauca

Denunciante: B.

Contra el doctor X.

Magistrado ponente. Dr. Fernando Guzmán Mora

Providencia No.57-2003

VISTOS:

La Fiscalía General de la Nación, seccional Cauca, envía para conocimiento del Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca, los documentos de diligencias preliminares en contra del ciudadano médico X, por el presunto delito de aborto no consentido en la persona de la ciudadana A, con actuación del compañero de esta, ciudadano Y.

Aceptada la queja y luego de diligencias de investigación preliminar, el Tribunal seccional de Ética Médica del Cauca decide abrir pliego de cargos en contra el ciudadano médico X, por violación a los artículos 1, 2, 6, 12, 24 y 53 de la Ley 23 de 1981.

En la diligencia de descargos no se desvirtúan las acusaciones por parte del infractor y el Tribunal seccional de Ética Médica del Cauca decide sancionar al encartado con suspensión en el ejercicio de la medicina por espacio de seis meses.

Ante esta decisión el apoderado de X recurre la decisión y el Tribunal Seccional decide revocar la sanción, aceptando que ha cometido un error aritmético y que la suspensión respectiva se ubica entre los 24 y los 48 meses, siendo por tanto competencia del Tribunal Nacional de Ética Médica el fijar la sanción respectiva.

Se remite el expediente a esta corporación y le corresponde por sorteo al Magistrado Fernando Guzmán Mora.

HECHOS

La Fiscalía General de la Nación, Seccional Cauca, remite para conocimiento las diligencias preliminares adelantadas en contra del ciudadano de profesión médico X, por el presunto delito de aborto no consentido cometido en la persona de A, y en el que actúa su compañero Señor Y.

La presente investigación se inició por la actuación de la Fiscalía General de la Nación Seccional Cauca, en el que remiten una actuación por parte del DR. X. En este sentido luego del estudio realizado por el Magistrado Ponente radicado en secretaría se procede a determinar el resultado del debate y la Sala Plena ha considerado que:

El 29 de Julio de 2002 la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Popayán, remite al Tribunal de Ética Médica, el oficio Nro. 810-PROC-51591 de Julio 26 de 2002, poniendo en conocimiento los hechos ocurridos en el consultorio del médico X por la realización de maniobras abortivas a la paciente A.

La Fiscalía anexa copia de la denuncia, copia del dictamen médico practicado a la mencionada paciente, copia de la indagatoria rendida por el médico x.

La paciente A, odontóloga de profesión, acude al consultorio del medico X, en compañía del señor Y, compañero sentimental de la odontóloga, para la época de los hechos, quienes con pleno conocimiento de lo que

se efectuaba, buscaron los servicios médicos del profesional X para terminar el embarazo no deseado de la odontóloga A.

El médico X acepta que realizó un aborto en una paciente profesional de la salud, mayor de edad, que se encontraba cursando un embarazo normal, sin complicaciones de orden materno ni fetal, corroborados por los estudios sonográficos aportados al proceso, por el testimonio de la doctora María Piedad Acosta Aragón, ginecóloga de la paciente A, en la etapa inicial del embarazo y por el reconocimiento médico-legal efectuado a la paciente el 21 de mayo de 2002 por el perito forense No.1033-3 del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses Seccional Cauca.

La pareja de común acuerdo buscó al médico para la interrupción de su embarazo. Por su parte el médico X presentó descargos en forma escrita, aceptando los cargos, ofrece disculpas al Tribunal de Ética Médica del Cauca, pone en conocimiento su arrepentimiento y decisión para evitar hechos tan lamentables como el descrito.

ACTUACION DEL TRIBUNAL SECCIONAL DE ÉTICA MÉDICA DEL CAUCA

El Magistrado investigador, presenta a la Sala Plena informe de su gestión en el cual recomienda dictar pliego de cargos por violación a los arts. 1,2,6, 12,34, y 54 dado que la conducta del médico no se ajusto a los mas altos preceptos de la ética médica, cuando dedicó su actividad a la practica de un aborto, criterio que se hace de manera provisional para acudir a la etapa del juicio.

El médico investigado, no interpone ningún recurso en contra de la providencia que le corre pliego de cargos el cual queda en firme en sentido material y se procede a cumplir con la diligencia de descargos programada en la misma providencia. Se le acusa de violar los artículos 1, 2, 12, 34, 54 de la Ley 23 de 1981.

El Tribunal Seccional considera que

A. Que el doctor X desconoció la obligación ética que tiene el

profesional de la medicina de no atentar contra la salud y la vida del paciente.

B. Que el doctor X desestimó los más altos preceptos de la moral universal.

C. Que el doctor X vulneró el respeto por la vida humana desde el momento de la concepción.

D. Que el doctor X no rehusó a prestar sus servicios para actos contrarios a la moral al practicar maniobras abortivas a la paciente.

E. El médico X no acató lo referente a emplear medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente constituidas.

F. Que el doctor X no cumplió con el registro obligatorio de la Historia Clínica por cuanto no quedó constancia escrita de su actuación.

El doctor X no se sujetó a las disposiciones vigentes en el país y de la Asociación Médica Mundial con relación al aborto.

La Sala Plena del TRIBUNAL ÉTICA MÉDICA DEL CAUCA, una vez que escuchara al médico en su diligencia de descargos, y ante las manifestaciones expresadas, de aceptar su conducta, la cual puede calificarse como una confesión, esta es de carácter calificado, pero que no constituyen el fundamento único de la presente resolución, toda vez que existe en el expediente prueba suficiente acerca de la responsabilidad del procesado, al punto que las declaraciones rendidas en la investigación por parte de los actores, muestran que el médico efectivamente participó y practicó el aborto en la Señora A, con conocimiento de la ilicitud de su conducta, lo que constituye a su vez una infracción de carácter disciplinario en sede de ética médica.

La Sala Plena ha considerado que la conducta se califica como grave y para ello ha de considerar para efectos de la dosificación de la sanción, ella puede ir desde la amonestación hasta la suspensión de la medicina que puede ir desde un día hasta cinco años, teniendo el Tribunal

Seccional autonomía para imponer sanción de suspensión del ejercicio de la medicina hasta por seis meses. Según lo dispuesto por el art. 84 de la Ley 23 de 1.981.

Teniendo en cuenta lo anterior, y como el profesional no tiene en esta sede antecedentes disciplinarios, se ha de considerar que no por ello, se reduce la gravedad de la conducta, imponiendo suspensión de la medicina de seis meses, la cual se ha de cumplir a partir de la ejecutoria de la presente resolución- Si el profesional se encuentra con medida de aseguramiento la presente sanción de ha de cumplir una vez que se cumpla la medida-

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena del TRIBUNAL ÉTICA MÉDICA DEL CAUCA, en cumplimiento de sus atribuciones disciplinarias, nombre de la Republica de Colombia y por mandamiento de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar responsable al DR. X, identificado con C.C. NRO. 10.532.422 de Popayán, y R. M. Nro. 10263-86 del Ministerio de Salud, por haber incurrido en violación a los art. 1, 2, 6, 12, 34, y 54 de la Ley 23 de 1.981 , tal y como se han relacionado en la parte motiva de esta resolución.

SEGUNDO: IMPONER, al médico DR. X, sanción disciplinaria consistente en SUSPENSIÓN DEL EJERCICIO DE LA MEDICINA por un periodo de SEIS (6) MESES, conforme al Art. 83 de la Ley 23 de 1981, literal C. en concordancia con el Art.54 del Decreto 3380/81 que reza: La sanción disciplinaria se aplicará teniendo en cuenta los antecedentes personales de infractor y las circunstancias atenuantes o agravantes de la falta “

TERCERO: ORDENASE, notificar la presente decisión al profesional investigado, indicando en el acto de notificación, que contra la presente decisión procede el recurso de Reposición ante este Tribunal, dentro

de los quince días siguientes al acto de notificación, o el de apelación dentro del mismo término para ante el Tribunal Nacional. Hágase entrega de una copia de la presente resolución al investigado.

LA IMPUGNACIÓN DE LA SANCIÓN DISCIPLINARIA

El recurso de Reposición interpuesto por el Apoderado del médico implicado, presentado ante la Secretaría del despacho, tiene como argumentos los siguientes.

El Tribunal Médico debió y así parece decirlo la norma establecer porqué motivo, la conducta de mi defendido no podría ser irrogada con otras sanciones como la amonestación privada o la censura, en cualquiera de sus modalidades. Consideramos que por ética, debió estimarse la razón o el porqué no era posible encajar su conducta en las sanciones ya señaladas, descubrimos con un poco de asombro, que directamente el juzgador se ubica en la letra c del art. 83 y hace observancia en la máxima sanción. Considero que para establecer el máximo de sanción, dentro de ese literal, por muy grave que sea la conducta, se deben tener la presente aspectos que atenúan la el castigo.

Considero que el trato a dar debe estar correlacionado con los antecedentes de vida y de profesión del procesado. Si la ley penal, que es la última ratio y el juzgamiento en fracciones graves guarda su conmiseración hacía el hombre, hacia él a sancionar porqué motivo no debe hacerse lo mismo en situación o circunstancias que comporten un ánimo disciplinario.

En otras palabras, la sanción disciplinaria, debe tener n entorno más benigno y debe configurar, al momento de proferirla, el complejo de circunstancias de atenuación y agravación, y si solamente se presenta las primeras, entre otras, la ausencia de antecedentes penales deben favorecer al procesado, por ese motivo, para dosificar la pena no debe tomarse el máximo, sino el mínimo, esa situación demanda de mi persona el invocar, una vez mas, la revisión, de parte de ustedes de los motivos que propiciaron esa sanción y poner de presente que la misma ha sido altamente exagerada, y que merece su reducción a una sanción

justa, que es lo que se exige de todo juzgado, sea administrativo, disciplinario o judicial. “

Parte de las consideraciones de la Sala Plena han sido que el médico investigado, tiene una investigación en la jurisdicción penal, la cual le impuso medida de aseguramiento, sin beneficio de excarcelación. Adicionalmente, la Sala Plena sustenta el fallo sancionatorio, en que el profesional denunciado, al haber efectuado maniobras abortivas, hecho que efectivamente se comprobó, merece la sanción impuesta.

Igualmente el Tribunal, comprobó que el profesional no elabora una historia clínica de la atención dada a la paciente, con lo que se comprueba la violación del art. 34 de la Ley 23 le 1.981.

Teniendo como referente este marco normativo, debe el tribunal atender a las normas procesales penales, las cuales mandan en sus arts. 170, del C. De P. P que el juez deberá motivar la sentencia, tanto en su aspecto sustancial como en su aspecto punitivo. Adicionalmente en su art. 412 del mismo estatuto dice que puede reformar la sentencia en caso de errores aritméticos. Como se expresa en la norma procesal la necesidad de contener a condena, (sanción), obliga al fallador a remitirse a las reglas de punibilidad del código Penal, la cual en consecuencia se han de aplicar en sede disciplinaria médica.

El marco legal de punibilidad, al cual debe remitirse el TRIBUNAL DE ÉTICA MÉDICA, son los arts. 31,55, 58,60, y 61normas que establecen el método de dividir en cuartos la sanción a imponer, y tener presentes las circunstancias de menor y mayor punibilidad, para luego de establecida el tipo y monto de sanción, aplicar la regla del concurso material de conductas. En este sentido como el tribunal ha considerado que la sanción a imponer es la suspensión y esta se puede imponer desde un día hasta cinco años.

Partiendo del marco legal en el que se ha de mover el tribunal, y decidido que la sanción a imponer es la de suspensión del ejercicio de la medicina procederá a dividir en cuartos la sanción, para determinar en cuales de los cuartos de ha de ubicar el tribunal para imponer a

sanción, para luego aplicar la regla de concurso como se ha dicho.

En este sentido, los cuartos sancionatorios serían.

De un (1) mes a 24 meses. De 24 meses a 36 meses. De 36 meses a 48 meses. De 48 meses a 60 meses.

Este concurso material de conductas disciplinarias, obliga a este TRIBUNAL DE ÉTICA MÉDICA, a aplicar el principio de integración normativa toda vez que la Ley 23 de 1.981, no consagró ninguna regla al respecto. El problema de los concursos disciplinarios, se ha de partir de la regla general, se debe aplicar la pena de la infracción mas grave aumentada hasta en otro tanto. Para saber en que rango debe moverse el aplicador del derecho, se tiene que en el presente caso existen agravantes y atenuantes, por lo que obliga a ubicarse en los los medios cuartos para imponer la sanción.

De ser el TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA el que impone la sanción.

en mérito de lo expuesto, la Sala Plena del TRIBUNAL ÉTICA MÉDICA DEL. CAUCA, en cumplimiento de sus atribuciones disciplinarias, a nombre de la República de Colombia y por mandamiento de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR EL FALLO, y proceder a remitir el expediente al Tribunal Nacional para que sea él en uso de su competencia funcional y conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta Resolución, determine el monto a imponer al médico X.

SEGUNDO: ORDENASE, notificar la presente decisión al profesional investigado, indicando en el acto de notificación, que contra la presente decisión procede el recurso de Reposición ante este Tribunal, dentro de los tres días siguientes al acto de notificación, o el de apelación dentro del mismo término para ante el Tribunal Nacional. Hágase entrega de una copia de la presente resolución al investigado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

- COMPETENCIA

Artículo 83. *A juicio del tribunal ético profesional, contra las faltas a la ética médica, de acuerdo con su gravedad o con la reincidencia en ellas, proceden las siguientes sanciones:*

a) Amonestación privada;

b) Censura, que podrá ser:

1. Escrita pero privada

2. Escrita y pública

3. Verbal y pública

c) Suspensión en el ejercicio de la medicina, hasta por seis meses;

d) Suspensión en el ejercicio de la medicina, hasta por cinco años.

Artículo 84. *El tribunal seccional ético profesional es competente para aplicar las sanciones a que se refieren los literales a), b) y c) del artículo 83 de la presente Ley. Cuando, a su juicio, haya mérito para aplicar la suspensión de que trata el literal d) del artículo 83 dará traslado, dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha del pronunciamiento de fondo al Tribunal Nacional para que se decida.*

Artículo 85. *Cuando la sanción consistente en la suspensión de que trata el literal d) del artículo 83 sea enviada por el tribunal seccional al nacional para que decida, y este último considere que no hay lugar a su aplicación, devolverá al primero el informativo con el pronunciamiento en que fundamentó su decisión, a fin de que éste proceda a tomar la determinación de su competencia.*

Artículo 86. *De cada una de las sesiones del tribunal se dejará por parte de la secretaría, constancia en actas que se incorporarán al informativo y que serán suscritas por el presidente del tribunal, el secretario y el declarante, si fuere el caso.*

Artículo 87. *En contra de las sanciones consistentes en amonestación privada o censura, únicamente es procedente el recurso de reposición ante el respectivo tribunal, dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de su notificación.*

Artículo 88. *La sanción consistente en la suspensión en el ejercicio de la medicina es susceptible del recurso de reposición para ante el Tribunal que la impuso, dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de su notificación, o del de apelación para ante el Tribunal Nacional de Ética Médica, dentro del mismo término.*

Artículo 89. *La sanción consistente en la suspensión de que trata el literal d) del artículo 83, solo podrá ser impuesta por el Tribunal Nacional Ético Profesional, y en su contra son procedentes los recursos de reposición para ante el mismo Tribunal, dentro de los treinta días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la sanción, o el subsidiario de apelación para ante el Ministerio de Salud, dentro del mismo término.*

Artículo 90. *Los recursos de reposición y apelación que se interpongan en contra de cualquiera de las providencias a que se refiere la presente Ley estarán destinados a que aquéllas se aclaren, modifiquen o revoquen.*

- ABORTO

El aborto es la interrupción violenta del proceso de gestación del cual se deriva la muerte del fruto de la concepción.

Los elementos para que se configure el aborto son:

- La existencia real del embarazo
- Que se obre sobre el fruto de la concepción, es decir, en el nasciturus y que este desde luego tenga vida pues si no la tiene hay carencia de objeto.
- Que se produzca la muerte o destrucción de ese fruto en formación, es decir, que se destruya el proceso de vida.

- Que se realicen maniobras abortivas.

Hay varias posibilidades cuando se practica maniobras abortivas:

- El fruto de la concepción puede abortarse por expulsión o en el vientre materno.
- El resultado (muerte) puede darse antes de la expulsión fuera del útero es decir, en la vagina.
- Si el fruto de la concepción es expulsado prematuramente por provocación y este sale con vida, la muerte que se le ocasiona luego tipifica un homicidio y desde luego que puede ser agravado, inclusive un infanticidio.
- Si durante el proceso de parto se produce muerte intencional del que esta naciendo la acción abortiva constituiría un homicidio y no un aborto.
- Si a consecuencia del aborto la madre fallece, se configura un homicidio de tipo culposo, con los agravantes de cada caso en particular

Formas de Aborto

1. Aborto Consentido

- Autoaborto: Mujer que se realiza el aborto, lo cual es técnicamente muy difícil y mucho más peligroso.
- Con el Consentimiento: Tercero que realiza el aborto con el consentimiento de la mujer.

2. Aborto sin Consentimiento de la mujer, también comprende dos formas:

- Sin el consentimiento de la mujer.
- Aborto Abusivo: Cuando se realiza en mujer menor de 14 años.

3. Aborto Atenuado o a Honoris Causa

Cuando el embarazo es resultado de acto sexual sin consentimiento o abusivo, inseminación artificial sin consentimiento, transferencia de óvulo fecundado sin consentimiento.-

Las características propias del aborto con:

- Se trata siempre de una situación dolosa.
- Entre el hecho ejecutado y el evento dañoso debe existir relación de causalidad.
- Cuando las maniobras no ocasionan el aborto solo existiría la tentativa por tratarse de una conducta que puede ejecutarse gradualmente.

En cuanto al punto anterior para Carrara y sus seguidores no existía la tentativa, esta primera concepción nos dice que el aborto consiste en ocasionar la muerte o destrucción del feto (feticidio), como lo consideran un delito de resultado y de lesión no admiten la tentativa,

Otra posición distinta entiende por aborto la expulsión prematura y violenta del fruto de la concepción, es de anotar que puede existir el aborto sin expulsión.

Una tercera concepción la cual es adoptada en nuestro medio define el aborto como la interrupción dolosa del proceso de gestación que puede ocasionar la muerte o quedar en la expulsión o interrupción del proceso de gestación sin muerte, en el sentido naturalístico del término, y aquí sí cabría la tentativa.

Para efectos prácticos, el aborto es un delito tipificado por la Ley. El Código Penal vigente expresa:

Artículo 122. Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.

Artículo 123. Aborto sin consentimiento. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años.

Artículo 124. Circunstancias de atenuación punitiva. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

Parágrafo. En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto.

Además, de acuerdo con la misma Ley 23 de 1981,

Art 54. El médico se atenderá a las disposiciones legales vigentes en el país y a las recomendaciones de la Asociación Médica Mundial...

- **CONSIDERACIONES SOBRE LA SANCIÓN**

Queremos recordar que la pena a imponer tiene varias funciones: GARANTIZADORA, en virtud que la pena esta hecha de acuerdo al principio de legalidad. Es garantizadora porque es la herramienta que limita el ius puniendi o derecho de castigar del Estado. PROTECTIVA, Porque la pena esta establecida para proteger bienes jurídicos. Y MOTIVADORA. Esta función la da FEUERBACH en su obra “Coacción Psicológica” y dice: El solo hecho que el Estado cree la institución de la pena, luego de aplicarla a alguien y luego de ejecutada esto debe motivar a la sociedad para que no delinca

Además, debe existir proporcionalidad, es decir, identidad que debe existir entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. No puede haber más pena que la que exige el hecho y el grado de responsabilidad.

Por lo anterior, el extremo de cinco años en suspensión del ejercicio de la medicina, se aplica a casos de extrema gravedad.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente Dr.: JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGÓ

Fecha: Enero 27 de 1999

No. de Rad.: 14536-99

Si los mencionados hechos punibles son graves por su naturaleza altamente desestabilizadora, en la medida que comprometen y amenazan complejamente bienes jurídicos colectivos, institucionales e indirectamente los que son bases de existencia del sistema, tal característica sube de tono al establecer que alguno de ellos fue cometido por quien ostentaba la investidura de congresista, dado que, como no se prevé para el ciudadano común, él es un representante del pueblo. Además, como colectivamente le corresponde hacer las leyes, la justicia no puede ser indulgente con quien ha traicionado de tal manera la confianza popular y que, en lugar de liderar la integración de la sociedad, realiza abominables actos que conducen a su mayor descomposición, así no sea en ejercicio de la función.

Precisamente, la distinta naturaleza y trascendencia de los hechos punibles, unidas a la mayor responsabilidad constitucional y legal de su autor, indican que no puede haber tratamiento igualitario para los desiguales, razón por la cual no se ha violado en este caso el principio de igualdad, con más veras si el peticionario pregonara pero no demuestra la discriminación presente por la influencia de otras decisiones judiciales anteriores.

Así entonces, de acuerdo con las difíciles circunstancias de convivencia que atraviesa el país, el regreso de un individuo que delinquirió tan gravemente al seno de la comunidad, obviamente antes de que cumpla la totalidad de la pena legal y regularmente impuesta, no sólo contribuye a agudizar la inseguridad sino que aleja cada vez más la posibilidad de ponerle límites a la misma, que propicien la coexistencia pacífica como elevado propósito del Estado Social y Democrático de Derecho.

La reconciliación de la sociedad con quienes atentan contra ella sólo puede partir de un equilibrio entre la búsqueda de mejora de unos y el propósito de aseguramiento de la otra.

Corte Constitucional

No. de Rad.: C-647-01

Mediante la pena y en virtud de la definición legal, el Estado le impone a una persona determinada la carga de soportar una privación o disminución de bienes jurídicos que, de otra manera permanecerían intangibles frente a la acción estatal. Ello ocurre, desde luego, con las limitaciones que señalen la Constitución, la dignidad de la persona humana y el respeto a los derechos humanos.

...

Si bien es verdad que la sociedad en el estado actual de su desarrollo acude a las penas como medio de control social, también lo es que a ella sólo puede acudir como último recurso, pues el derecho penal en un Estado democrático sólo tiene justificación como la ultima ratio que se ponga en actividad para garantizar la pacífica convivencia de los asociados, previa evaluación de su gravedad, la cual es cambiante conforme a las circunstancias sociales, políticas, económicas y culturales imperantes en la sociedad en un momento determinado.

...

Como quiera que el delito vulnera un bien jurídico protegido por la ley, la proporcionalidad de la pena exige que haya una adecuación entre la conducta delictiva y el daño social causado con ella, habidas las circunstancias que la agraven o la atenúen, lo que supone de suyo que la proporcionalidad traza los límites de la pena y la medida concreta de la misma, asunto que corresponde establecer al legislador e individualizar al juez dentro de los límites mínimos y máximos señalados por aquel, analizadas las circunstancias concretas de modo, de tiempo y de lugar, así como las particulares en que se sitúe el agente del delito, todo lo cual constituye el amplio campo donde se desarrolla la dosimetría penal.

...

La necesidad de la pena exige de ella que sirva para la preservación de la convivencia armónica y pacífica de los asociados no sólo en cuanto ella por su poder disuasivo e intimidatorio evite la comisión de conductas delictuales, o por lo menos las disminuya, sino también en cuanto, ya cometidas por alguien, su imposición reafirme la decisión del Estado de conservar y proteger los derechos objeto de tutela jurídica y cumpla además la función de permitir la reincorporación del autor de la conducta punible a la sociedad de tal manera que pueda, de nuevo, ser parte activa de ella, en las mismas condiciones que los demás ciudadanos en el desarrollo económico, político, social y cultural.

Son suficientes las consideraciones previas, para que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en el ejercicio de las atribuciones que la confiere la Ley

RESUELVA:

ARTICULO PRIMERO. Imponer al Doctor X sanción de suspensión del ejercicio profesional de la medicina por un término de treinta (30) meses. **ARTÍCULO SEGUNDO.** - Contra la presente providencia proceden los recursos de reposición y en subsidio el de apelación para ante el Ministerio de Protección Social **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 CUMPLASE.**

FDO. EFRAIM OTERO RUIZ, Presidente (E.); FERNANDO GUZMAN MORA, Magistrado Ponente; CARLOS ALBERTO GAVIRIA NEIRA, Magistrado; DIEGO ANDRES ROSSELLI COCK , Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Asesora Jurídica.-Secretaria.

CONDENA GRAVE A GINECÓLOGO POR INTERVENIR UTERO GRAVIDO DE MANERA EQUIVOCADA.

Bogotá, julio veintiocho (28) del año dos mil nueve (2009).

SALA PLENA SESIÓN No.1010 DEL VEINTIOCHO (28) DE JULIO DEL AÑO DOS MIL NUEVE (2009).

Ref: Proceso No.119 Del Tribunal De Ética Médica De Nariño

Demandado: Doctor X

Denunciante: Sr. J.

Magistrado Ponente: Doctor Miguel Otero Cadena

Providencia No. 52 -2009

ASUNTO

El Tribunal de Ética Médica de Nariño en decisión del 13 de abril de 2009 concluyó que:

“los criterios contemplados en el Capítulo III, artículos 83 y 84 de la Ley 23 de 1981, se considera que la sanción de suspensión en el ejercicio profesional, a imponer al doctor X, quien atendió a la paciente A, en el hospital San Andrés de Tumaco, debe ser superior a los seis meses, así las cosas se procede a remitir el expediente contentivo del proceso al H. Tribunal Nacional de Ética Médica, para lo de su cargo.

HECHOS

El día 15 de mayo de 2006 el Tribunal de Ética Médica de Nariño recibió comunicación del doctor JESÚS ALBERTO QUIÑONES CHAVES, Gerente del Hospital San Andrés de Tumaco, remitiendo copia del acta del comité de Auditoría Médica del día 4 de Mayo de 2006 y la historia clínica de la señora A, con el objeto de evaluar las presuntas violaciones a las normas y comportamiento ético que regulan la profesión médica por parte del doctor X, médico Ginecoobstetra de ese hospital.

Se trata de una paciente de 25 años de edad al parecer con 5 embarazos, tres hijos vivos y dos abortos con legrados uterinos realizados uno el 1º de agosto de 2004 y el segundo el 2 de junio de 2005, quien consultó posiblemente el 22 de agosto de 2005 por dolor en flanco izquierdo e hipogastrio tipo cólico y dispareunia al examen físico anotan como dato positivo inflamación del cuello uterino (colpitis) y dolor intenso al mover el cerviz hay un diagnóstico de EPI y una ecografía que informa de un mioma subseroso en una fotocopia de pésima calidad que no permite determinar las dimensiones del útero ni del mioma y la fecha puede corresponder al 21 de julio de 2005. El doctor X valoró la paciente el 9 de septiembre de 2005 y según la transcripción de la anotación del folio 12 realizada en el folio 141 correspondiente al informe de conclusiones : “*Post legrado obstétrico por aborto incompleto.*

Post legrado desde mayo, evolucionando bien; clínicamente bien, refiere un foco de dolor en útero y ovarios, flujo blanco, espeso. Examen físico: TA: 100/70 peso 52 Kg. Urológico normal, Cuello normal. Tórax: campos pulmonares normales. Abdomen blando Ginecológico: cerviz cerrada con presencia de flujo blanco espeso. Útero aumentado de tamaño doloroso, anexos dolorosos.

Plan: se solicita ecografía para verificar estado de útero y ovarios, frotis vaginal.

El día 9 de noviembre de 2005 la paciente es valorada por el doctor Antonio Fernández López por cuadro de dolor pélvico, ecografía reporta mioma subseroso en cara anterior, útero en posición neutra de 70 x49 x 37,5 mm. de fecha julio 21 de 2005, (no está anotada ni figura en la historia el resultado de la ecografía solicitada por el doctor X). Con visto bueno de anestesia, pendiente procedimiento para el 11 de noviembre de 2005. Hemoglobina 11.8 Se explica a la paciente riesgos y complicaciones del procedimiento de histerectomía que se va a realizar, como hemorragias, infecciones, histerectomía, lesión de órganos vecinos como intestino. La paciente entiende y acepta el procedimiento, (Folio 14).

En el folio 31 (el folio es el 21), notas de enfermería José A. Molina, el día 17 de noviembre de 2005 a las 2 horas (de la tarde?) anota: “paciente de sexo femenino de 26 años quien acude a este servicio por atención en días anteriores por parte del doctor Antonio Fernández, quien le diagnostica miomatosis uterina y quien le realizará miomectomía + Pomeroy el día de mañana 18 de noviembre.....A las 2:15 anota: No se hospitaliza la paciente por orden de la subgerencia científica, ya que no hay servicio de anestesiología. Se orienta a la paciente para nuevo turno de cirugía. Alas 3:00 el señor Molina escribe: Paciente quien se hospitalizará el día domingo 20 de septiembre (el escrito dice XI que corresponde a noviembre) para procedimiento el día lunes 21 de noviembre de 2005 por el doctor X .

Existe una fotocopia de la programación de sala de cirugía, correspondiente a los días jueves 17, viernes 18, lunes 21 y martes 22 de noviembre /05 y solo figura la paciente el lunes 22 para ser intervenida de miomectomía + Pomeroy por el doctor X .

El doctor X fue llamado a salas de cirugía el día 21 de noviembre para realizar la intervención en la paciente Portocarrero quien ya se encontraba con anestesia regional y vestida con campos quirúrgicos y le practicó una Histerectomía abdominal, con un diagnóstico útero miomatoso gigante y anota que no había mioma subseroso.

El postoperatorio de la paciente cursa en forma lenta con una complicación de un hematoma de la cúpula vaginal y es dada de alta 5 días después.

El informe de patología señala que el útero mide 10 x 10 x 6 cm. es de forma normal. Al corte el miometrio mide 0.5 cm., no tiene nódulos, la cavidad endometrial contiene placenta de implantación normal en el fondo uterino con el saco ocupado por un feto de sexo masculino de 30 g de peso, mide corona talón 11.5 cm. y corona nalga 7.5 cm., sin malformaciones externas; el cordón mide 10 cm. no tiene nudos ni hematomas; la placenta pesa 50 g y mide un cm. de grosor; el líquido amniótico es translúcido.....

Ante este resultado el caso es presentado al Comité de Auditoría Médica del Hospital San Andrés de Tumaco y este comité a través del gerente del Hospital solicitó al Tribunal de Ética Médica de Nariño evaluar las presuntas violaciones éticas por parte del profesional doctor X.

El doctor X es citado a rendir versión libre de los hechos quien manifestó:”...con respecto al caso que me atañe, quiero manifestar que, en primer lugar, como consta en la Historia Clínica en ningún momento a la paciente la revisé consulta prequirúrgica, la paciente fue vista en Consulta externa, por el doctor Antonio Fernández, no fue programada por mí para dicha cirugía. En aquella semana me encontraba, en horarios que dispone la jefatura de atención médica, realizando consulta externa, pero la paciente, tenía programación días anteriores, como consta en la historia clínica del día 16 de noviembre de 2005, como en dicho hospital se manejan las cosas en muchas ocasiones digámoslo así a la raja tabla, me encontraba realizando la consulta externa, y en forma muy contundente se me comunica por teléfono, que había una paciente en quirófano, que se encontraba bloqueada con anestesia raquídea, y que el ginecobstetra que la había programado no se encontraba en ese momento en el hospital, lo cual me causó mucha sorpresa, puesto que yo no había programado dicha paciente para realizar el procedimiento, en ese instante corrí inmediatamente al quirófano, y diría yo que casi fui presionado por los directivos para

que operara a la paciente, porque yo no quería hacerlo, puesto que no conocía a la paciente en mención, se me pidió el favor puesto que ya estaba anestesiada, por parte de la enfermera Cielo Orjuela y Tirza Castillo, jefe de cirugía, enfermera profesional, realmente yo estaba opuesto a realizar la cirugía, tenía un presentimiento, como si algo fuera a suceder, fui avisado que si no realizaba la cirugía y que la paciente ya estaba bloqueada, iban a llamar al gerente el doctor Jesús Alberto Quiñones, para comunicarle que yo no quería operar a la paciente, probablemente si yo no lo hubiera hecho, con la rabia que el señor me tiene, que hasta ahora no entiendo porqué, lo más probable era que me hubiera sancionado, sin embargo opté por vestirme y entré al quirófano y procedí a realizar la histerectomía..”.

El Magistrado Instructor en INFORME DE CONCLUSIONES, sin fecha presente ante el Tribunal Seccional el siguiente Análisis del Caso:

“Estamos ante un caso sui generis, antítesis de cómo debe funcionar un hospital, una dirección científica y un servicio de ginecoobstetricia. Es inconcebible que el doctor Antonio Fernández, con la nota clínica que aparece en la historia transcrita anteriormente el día 9 de noviembre de 2005, programe una cirugía de histerectomía, sin anotar siquiera la fecha de la última menstruación de la paciente, dato infaltable de cualquier consulta ginecológica; además no hay anotaciones correspondientes del examen clínico, que al aparecer se deduce no efectuó.

Igualmente no hay datos de ecografía reciente: a la que el médico Fernández hace referencia es del 21 de julio de 2005, como tampoco un test de embarazo requisitos mínimos para tomar la decisión de un procedimiento quirúrgico como es la histerectomía, en una paciente de 26 años. El doctor Fernández le explica a la paciente el procedimiento que le va a practicar una histerectomía, pero de acuerdo a una auxiliar de enfermería la paciente ingresa para una miomectomía más un pomey, hay inconsecuencia de los hechos que es imposible comprenderla.

Para el magistrado instructor el doctor Fernández presumiblemente obró con imprudencia y negligencia y esta actitud es el inicio de la cadena de errores que se desprenden posteriormente.

Para colmo, el día de la programación del doctor Fernández no hubo anestesia para la cirugía programada y al parecer de acuerdo a las anotaciones del auxiliar de enfermería, la licenciada enfermera, no médica cancela la cirugía y ordena programar al doctor X como cirujano de la cirugía que se cancelaba desconociendo y violando todo lo relacionado con el acto médico. Para el magistrado instructor es inentendible, que en los cargos de decisiones médicas, en este caso la dirección científica del hospital no se encuentre un profesional de la medicina en ella. Sin tratar de apocar las otras profesiones de la salud, así tengan los más altos post grados administrativos, las decisiones de tipo médico deben tomarlas los médicos y en este caso no delegó la licenciada enfermera en profesional de la medicina alguno, sino que actuó ella, como ordenadora de un procedimiento que solo al médico podía competir.

El día 21 de noviembre de 2005, estando en consulta externa el doctor X, se le informa que tiene una cirugía, que la paciente ya está anestesiada y se le conmina prácticamente a realizar este cirugía. Desafortunadamente y de mala gana el doctor X acepta realizar esta procedimiento , cuando enfáticamente debía rechazarlo al se le amenazara con sanciones y esta actitud es una imprudencia, porque era ajeno y no tenía conocimiento de la patología reciente de la paciente, como tampoco era un caso de urgencia, como él mismo lo reconoce. Pero aun así, si acepta realizar el acto quirúrgico, debería por lo menos haber realizado un examen ginecológico previo, así la paciente haya estado anestesiada y esta actitud es negligente. Pero al realizar la cirugía tuvo que haberse dado cuenta y reconocer el útero grávido, y debió tomar la decisión de no continuar la cirugía, actitud de impericia e imprudencia.

La gerencia del Hospital cita a un Comité de Auditoría Médica, al que nos hemos referido inicialmente, para discutir el caso en donde el

único inculpado es el doctor X, sin tener en cuenta todo el entorno que precipitaron estos hechos. Que dos especialistas en ginecobstetricia, los doctores Fernández y X cometan las irregularidades anteriormente descritas, indican que el servicio de esta especialidad no funciona en el Hospital, porque no solo no existe organización del mismo, sino que tampoco existen los protocolos y las conductas de los procedimientos ginecobstétricos, que solo se los exigieron al doctor X, pero que en ningún momento hicieron referencia al doctor Antonio Fernández.

Tampoco en este Comité se trató la actitud de la dirección científica de la programación de una cirugía a un médico que no era su paciente, y que recientemente no la había examinado, porque olímpicamente no tuvieron en cuenta este echo.”

El 13 de agosto de 2007 el Tribunal de Ética Médica de Nariño resolvió FORMULAR CARGOS al doctor X por posible violación a los artículos 2,10, 15 y 35 de la Ley 23 de 1981.

El 28 de agosto de 2007 el doctor X es escuchado en “AUDIENCIA PÚBLICA de descargos” por el Tribunal Seccional, en esta Audiencia el Dr. X hace un recuento de la forma como él fue llamado a realizar un procedimiento quirúrgico a una paciente que se encontraba en salas de cirugía, bajo efectos de una anestesia regional y vestida para el acto operatorio, porque el cirujano que la había programado no había concurrido al hospital, expresa que solamente fue “un operador exigido por el director del hospital cuando yo me encontraba en consulta externa y a mí no me tocaba ese proceso quirúrgico”.

Explica el doctor X porqué se sintió presionado a realizar de inmediato la intervención y dio pormenores de lo que considera persecución laboral, el temor a una sanción y la posible destitución si no la realizaba, consideró además que ya estando la paciente con anestesia regional el tiempo quirúrgico era limitado y solo alcanzó a revisar la ecografía con el informe de mioma subseroso, fue enfático en rechazar la acusación del director del hospital de que él había solicitado al patólogo cambiar el diagnóstico. Manifestó que al encontrar el útero aumentado de

tamaño en la cirugía “en ese momento corroboramos con la ecografía que se trata de un mioma”.

El apoderado del doctor X, doctor Hernando Mosquera Alvarez sostiene que el doctor X “actuó en el presente caso de una manera diligente acatando la orden que le impartía su inmediato superior” y lo califica como una “*insuperable coacción*”.

Solicitó en esta audiencia de descargos escuchar como testigos a: la paciente A, al doctor SANTIAGO GARCÍA PALMA cirujano ayudante, al doctor TIRSO POLO MEDINA anestesiólogo, a la señora HERLINDA QUIROZ CASTILLO instrumentadora, a los doctores JAVIER MOLINEROS ORTIZ, ROSALBA MOLINEROS ORTIZ, NILA DEL CASTILLO, TARCILA NOGUERA y a la señora JENNI ARIAS DE PINEDA, con el fin de verificar la persecución y la coacción de que fue objeto el doctor X.

El Tribunal citó en varias oportunidades a las personas antes mencionadas a rendir testimonio en la ciudad de Pasto o en el Hospital San Andrés de Tumaco y luego ordenó un Comisorio a uno de los Juzgados de Tumaco con el mismo fin.

La señora María Herlinda Quirós instrumentadora manifestó no conocer las coacciones que tenía el doctor X, que si fue llamado a salas cuando la paciente ya se encontraba anestesiada y que en ningún momento se dio cuenta que la paciente estaba embarazada y esta situación no estaba consignada en la historia.

Doctor Javier Molineros, médico pediatra del Hospital San Andrés de Tumaco: declaró que era notoria la persecución laboral del director del hospital contra varios funcionarios, persecución acompañada de ofensas verbales, escritas, públicas, privadas, en revistas académicas e incluso por radio. Desconoce los detalles que rodearon la intervención quirúrgica motivo de este proceso.

La señora Jenny Arias auxiliar de facturación del hospital solo expresó conocer que existían roces personales entre el director y el doctor X .

El doctor Tirso Polo Medina anesthesiólogo declaró que el Hospital le programaba a cirujanos y ginecólogos intervenciones en pacientes que ellos no conocían y habían sido vistos por otros profesionales, esta circunstancia se presentó en el caso del doctor X, ese día debía intervenir a la paciente el doctor Fernández pero no se presentó y “vino el Doctor X, el siempre ha sido un excelente profesional muy entregado a su profesión y fue el quien intervino a la paciente, cuyo diagnóstico era de miomatosis uterina, incluso no recuerdo si esta paciente tenía paridad satisfecha y ella no deseaba tener mas familia, ella ya había estado en manos de otro ginecólogo y ya le habían diagnosticado que tenía una masa bien grande y por eso se le programó dicha cirugía, en ningún momento el ginecólogo X actuó de mala fe, tanto es así que él mismo, se llevan los parámetros del hospital ordenó que se llevara esa masa a patología”. Mas adelante al ser interrogado sobre el proceso y responsabilidad en la programación de las cirugías declaró: “En ese entonces programación se la hacia directamente de consulta externa a cirugía, se llevaba un libro a quirófano donde anotaban lo que se iba a operar y ese libro venia a la subdirección científica para la programación, por eso dije anteriormente que los doctores operaban pacientes que no habían sido valorados por ellos que ni siquiera conocían, actualmente cada médico hace su consulta externa, hace el parte operatorio y esa hoja va al quirófano para que vean quien va a realizar la cirugía, antes no era algo organizado, actualmente hay mucho mas control, llevo mas de 20 años en el servicio de quirófano y debido a esto mis declaración es bien fundamentada, y vuelvo y reitero que en ningún momento hubo mal fe de querer ocasionarle un daño a la paciente.”

Al preguntarle si el doctor X había valorado preoperatoriamente la paciente expresó que los cirujanos miraban la historia y no recuerda pero considera que el doctor X tuvo que haberla visto porque el diagnóstico era una miomatosis uterina y confirmó que si había desde mucho tiempo atrás una persecución del director doctor Quiñones contra el doctor X y otros funcionarios incluyéndolo a él.

No se encuentran en el expediente otros testimonios ni siquiera de la paciente.

El 4 de agosto de 2008 el Tribunal de Ética Médica de Nariño en sala plena consideran que ese Tribunal perdió competencia para tomar decisión de fondo en este caso y lo remitió al Tribunal Nacional de Ética Médica, este Tribunal con fecha 25 de noviembre de 2008 devolvió el expediente al Tribunal de origen al considerar que de acuerdo a las normas le corresponde al Tribunal de Nariño *“dejar sentado que además de la gravedad de la infracción, la misma se encuentra debidamente demostrada, al igual que la autoría y la responsabilidad en grado de certeza y que en tales circunstancias estima que se debe imponer una sanción superior a los seis (6) meses en el ejercicio de la profesión médica,”* (folio 236).

El 30 de enero de 2009 el Abogado Secretario del Tribunal de Ética Médica de Nariño devuelve a este Tribunal Nacional el Expediente al considerar él que no se tuvo en cuenta el informe de conclusiones del Magistrado Ponente Doctor FABIO DAVID URBANO BUCHELI, señala la pruebas a folios 215 a 224 como base de la determinación de remitir inicialmente el expediente a este tribunal, que hay relación causal entre la conducta del doctor X y la atención a la paciente, que en la sala del 4 de agosto de 2008, se manifiesta la certeza de la comisión de las faltas ético profesionales, que se expresó de la gravedad de los hechos, Transcribe el Artículo 84 de la Ley 23 de 1981 y considera que de acuerdo al Artículo 85 el Tribunal Nacional solo puede devolver el expediente al Tribunal de origen cuando que no hay lugar a la aplicación de la sanción.

El 24 de febrero de 2009 en Sala Plena el Tribunal Nacional de Ética Médica, consideró que *“debe precisarse que existe una comunicación entre el Tribunal Nacional y los Tribunales seccionales y que de manera regular esta comunicación se hace de Corporación a Corporación y ello como consecuencia de las determinaciones colegiadas que se hayan tomado por cada una de ellas.*

No existe, ni puede existir comunicación entre el Tribunal Nacional y los asesores Jurídicos de los Tribunales Seccionales, ni entre esta corporación y magistrados individualmente considerados.

La Corporación tomó una decisión por unanimidad el 25 de noviembre del año pasado en la que se determinó que el proceso debía regresar al Tribunal de Ética Médica de Nariño y allí se dieron las razones y fundamentos de ésta providencia.

En este momento, el asesor jurídico tomando una vocería que no le corresponde, puesto que no es interlocutor válido frente a esta Corporación, pretende desconocer la decisión anterior y cuestiona sus argumentaciones, solicitando que se reconsidere la decisión anterior y se entre a conocer a fondo este proceso.

Considera el asesor jurídico del Tribunal Seccional que el Tribunal Nacional de Ética Médica desconoció la existencia dentro del expediente del informe de conclusiones presentado por el Dr. Fabio David Urbano Bucheli, que se encuentra inserto a folio 140 y ss del expediente.

Estima el asesor jurídico que el disciplinado en este proceso se encuentra perfectamente identificado y que se han reseñado las pruebas que sirven de fundamento para ordenar la remisión al Tribunal Nacional.

Igualmente considera que existe certeza sobre la comisión de las faltas disciplinarias imputadas al disciplinado.

Que no existe dubitación sobre la gravedad de los hechos que se le imputan al investigado.”

Se recuerdan las consideraciones de la providencia del 25 de noviembre de 2008 y se manifestó: “La Corporación reitera que no existe dentro del expediente el informe de conclusiones que sirvió de fundamento al Tribunal de Nariño para ordenar la remisión de este expediente al Tribunal Nacional, porque el informe de conclusiones al que alude el asesor jurídico de ese Tribunal, fue el que sirvió de base para

formular pliego de cargos contra el disciplinado que figura a folio 140 y ss del expediente. Esta Corporación alude a la providencia del 4 de agosto de 2008 que ordenó remitir el expediente al Tribunal Nacional, decisión esta respecto a la cual no aparece el respectivo informe de conclusiones.

Para que un Tribunal Seccional pueda remitir por competencia un proceso al Tribunal Nacional, debe realizar las consideraciones necesarias sobre la existencia de la infracción, la demostración de la autoría y de la responsabilidad, de la misma manera se debe hacer el análisis y valoración de la gravedad de la sanción y si es del caso concluir que se imponga una sanción superior a los seis meses.

Resolvió el Tribunal Nacional de Ética Médica “ORDENAR que el proceso adelantado contra el Dr. X Grueso, sea remitido nuevamente al Tribunal de Ética Médica de Nariño para que se proceda de conformidad con lo que aquí se ha dispuesto.”

El 13 de abril de 2009 el Tribunal de Ética Médica de Nariño en Sala Plena concluyó que los cargos que le fueron formulados al Dr. X “no han sido desmentidos...por tanto las conductas endilgadas fulgen como ciertas y probadas. Por otra parte, se puso en riesgo la integridad de la paciente desde el punto de vista físico y por supuesto emocional, de allí se deriva la gravedad de los hechos, la certeza de su ocurrencia y la imputación y demostración directa en cuanto a su comisión se refiere por parte del investigado doctor X, como indicativo de su plena responsabilidad.” El Tribunal consideró que la sanción a imponer al doctor X es la suspensión por un termino superior a los seis meses y procedió a remitir el expediente al Tribunal Nacional de Ética Médica según lo dispone la Ley 23 de 1981.

El Tribunal Nacional en Sala Plena del 12 de Mayo de 2009 dispuso hacer entrega del respectivo expediente al doctor Miguel Otero Cadena, por cuanto había conocido del caso, como Magistrado ponente.

CONSIDERACIONES

EL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA tendrá en cuenta algunos conceptos, ya aprobados por la corporación en distintos procesos, inicialmente el Doctor Fernando Guzmán M. en la Providencia N° 42 de 2006 expuso:

“CULPA MÉDICA

Cuando nos referimos al tema de la responsabilidad, es indispensable hablar de la culpa como uno de los elementos constitutivos de ésta

La culpa es una forma de conducta irregular en la cual no media una intención de dañar, pero que viola preceptos de prudencia, pericia y diligencia al efectuar una acción determinada, pudiendo con tal descuido ocasionar un daño a otro.

IMPRUDENCIA

La imprudencia consiste en un obrar sin aquel cuidado que según la experiencia corriente debe tenerse en la realización de ciertos actos; es un comportamiento defectuoso resultante de una respuesta al estímulo que la provoca sin que el sujeto haya realizado la suficiente valoración sobre la oportunidad o inoportunidad, conveniencia o inconveniencia, de la reacción y, desde luego, sin la suficiente graduación de la intensidad de su efecto. Así vemos, que se trata de una falla de la esfera intelectual del sujeto, que lo lleva a desplegar una conducta sin las precauciones debidas en el caso concreto.

En materia médica, podemos decir que la imprudencia consiste en una acción temeraria que se realiza a pesar de haberse previsto el resultado adverso que ocasiona el daño en el enfermo, confiando en que puede evitarse. Esto equivale a efectuar un acto médico sin las debidas precauciones o a no implementar las medidas que puedan evitar o atenuar un resultado no deseado y nocivo para el paciente. Es la conducta opuesta a la que aconsejarían la experiencia y el buen sentido de un especialista en determinado aspecto de la medicina.

Volviendo al concepto de imprudencia, diremos entonces que, es la falta de previsión de las consecuencias de una acción, o el hecho de pensar evitarlas a pesar de haberlas previsto. Es, por lo tanto, una forma de conducta ligera o descuidada, de la cual había que abstenerse. Es exceso de acción que coloca al paciente por fuera del riesgo previsto, sea por inobservancia de reglamentos, precipitud, falta de tiempo de dedicación necesaria al paciente, procedimientos temerarios, experimentación ilegal, no aceptación de las limitaciones propias, etc. Es, como algunos lo han denominado, una especie de “culpa consciente”

En el caso sub judice no se encuentran elementos que comprueben actos imprudentes del médico acusado, máxime teniendo en cuenta que el mismo hospital que se ha comprometido a cubrir las necesidades básicas de la atención institucional de cada paciente, ni siquiera proporcionaba elementos tan esenciales como los sueros endovenosos, que muchas veces deben ser comprados por el paciente o su familia en droguerías anexas a los hospitales (Todo bajo la mirada cómplice de esas mismas instituciones que no son capaces de proporcionar esos elementos, sea por desgüeño administrativo, por limitación financiera debido a las condiciones de competencia en un mercado que ha decidido golpear a los hospitales públicos en aras de respaldar a los intermediarios privados que tienen desangrado a nuestro sistema de salud, con el objeto de favorecer a esa especie de “buitres” en que se han convertido los intermediarios financieros privados, para quienes el negocio estriba en ganar dinero sin pagarles a las instituciones de atención pública, ni a los médicos ni a los mismos pacientes.

NEGLIGENCIA MÉDICA.

Negligencia, la actitud contraria a la diligencia, es sinónimo de abandono, dejadez, desidia, descuido e incurria. Es un acto mediante el cual se viola un deber de atención, estando en capacidad intelectual y técnica de preverlo

Decimos entonces que es negligente la persona que por descuido omite la realización de una conducta a la que estaba jurídicamente obligada o cuando despliega tal conducta pero sin la diligencia necesaria para evitar un resultado dañoso no deseado.

En el caso de los médicos, la negligencia ha sido tal vez el elemento que más ha servido para determinar la responsabilidad profesional.

La Corte Suprema de Justicia manifiesta a este respecto:

“... el médico tiene el deber de poner todo su cuidado y diligencia siempre que atienda o beneficie a sus pacientes con el fin de probar su curación o mejoría; lo que por negligencia, descuido u omisión cause perjuicio a la salud de aquellos incurre en una conducta ilícita que será calificada por el juez según su magnitud...” ((Jurisprudencia y Doctrina. Legis. tomo XVI. 184. P 322. Abril/87).

Como vemos, se habla de negligencia cuando, a pesar del conocimiento de lo que debe hacerse, se omite la conducta obligada y por lo tanto se produce un daño. Equivale a descuido u omisión. Aquí entran gran número de posibilidades, entre las que se incluyen todos los registros defectuosos en las historias clínicas.

En resumen, el acto médico negligente es una transgresión a normas comunes de sensatez a diferentes niveles. Es decir, constituye un descuido u omisión tal, que al comparar la conducta de un médico con la de otro que posea un conocimiento similar y el correspondiente sentido común de responsabilidad que les ha conferido la experiencia y el estudio respectivos, y de quienes se esperarían una conducta lógica, medida y acorde con el deber de cuidado y la Lex Artis que rigen el acto determinado que se analiza, se concluye que obró por fuera de los parámetros mínimos de cuidado.

Tampoco se puede predicar en este caso la negligencia profesional del acusado, pues atendió a la enferma dentro de sus horarios de trabajo contratados con la institución para tal efecto y con las severas limitaciones que hoy asedian a las entidades de salud del orden gubernamental-

IMPERICIA

Es la falta de conocimiento técnico y científico en un área profesional. Es sinónimo de ignorancia, ineptitud, inexperiencia, ineficiencia y torpeza. Consiste, pues, en la incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión médica y equivale a la 'inobservation des regles d'art' de la doctrina francesa; parcialmente a la 'malpractice' de los anglosajones y al 'kunstfehler' de los alemanes.

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

Debe diferenciarse a nivel semántico la diferencia entre:

IGNORANTE: El que no conoce lo que debería conocer en el campo en el cual se desempeña.

NESCIENTE: Aquel que no conoce los conceptos sobre un campo que no tiene por qué conocer

TIPOS DE IMPERICIA

POR FALTA DE COMPETENCIA EN UN CAMPO ESPECÍFICO DE LA PROFESIÓN. Existe un socorrido argumento jurídico que utilizan aquellos médicos que deciden no profundizar en estudios de especialización y se dedican a una rama de la medicina especializada por su cuenta y riesgo. Ese argumento es: "En este país el título de médico me autoriza a ejercer cualquier acto médico".

Aunque en realidad hasta el momento no se hallen normatizadas sino algunas especialidades por la Ley, es obvio que no es lo mismo un procedimiento efectuado por quien se ha sometido a los filtros de la especialización o residencia, que el mismo acto practicado por quien piensa que con su diploma de médico general es perito en todos los campos de la medicina y la cirugía. Y cuando los jueces juzgan los resultados de esta conducta francamente irresponsable, analizan a

fondo los estudios de quien es responsable de esos actos médicos, para ver si en realidad se encuentra capacitado para llevarlos a cabo.

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

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

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

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

En este desafortunado caso no puede hablarse de impericia, máxime teniendo en cuenta que el acusado es un cirujano graduado con todas las de la ley en el campo de la especialidad operatoria.”

AL analizar los hechos presentados por el Tribunal de Ética Médica de Nariño sobre la actuación del doctor X es absolutamente necesario considerar el acto quirúrgico por él realizado y los antecedentes, situaciones y hechos que rodearon este acto.

En esencia el haber realizado una histerectomía en un útero grávido sin hacer distinción alguna con un útero miomatoso o tumoral y confiarse en la lectura de un informe de una ecografía sin tener en cuenta la fecha de ella se califica como imprudente y pone en duda su pericia al no ser por la experiencia de 20 años en la especialidad, los estudios realizados y los testimonios que aseveran lo contrario.

Si tenemos en cuenta la situación laboral y la costumbre aparente de trabajo en el Hospital San Andrés de Tumaco para la fecha de los acontecimientos, en donde una “dirección científica” con desconocimiento de la relación Médico-Paciente, no respetando la garantía de los afiliados al sistema de salud consagrado en la Ley 100 de 1993 Artículo 159 numeral 4, cuando la paciente Iris Portocarrero, ya había dado su consentimiento al doctor Fernández, por meros problemas administrativos lo cambia por el doctor X para que la operara sin el consentimiento de ninguno de los dos, como si nos encontráramos en la edad media y la paciente fuese un objeto y el doctor X un operador o cirujano barbero, situación esta que debe ser analizada por la Superintendencia de Salud.

Desafortunadamente como lo expresó el Magistrado Instructor en su Informe del Caso, el doctor X no rechazó realizar el procedimiento en parte por los temores fundados de tipo laboral y actuado dentro del equipo de ginecólogos del hospital confió en la programación realizada y en lo consignado en la historia clínica sin entrar en más análisis ni evaluaciones de la paciente.

Consideramos importante recordar los conceptos también sostenidos por esta Corporación en providencia No. 48-09, en relación a los conceptos de trabajo en equipo ya sea de tipo horizontal o bien vertical y lo referente al “Principio de Confianza”.

“... EQUIPO MÉDICO**“Responsabilidad penal médica”**

Rubén A. Chaia

1ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2006

Capítulo III

Trabajo en Equipo Pag. 135-147

Nociones Generales

Teniendo en cuenta el grado de especialización alcanzado por la ciencia médica y la complejidad que cada tratamiento conlleva, al producirse un resultado lesivo, a fin de evitar que la responsabilidad se diluya entre quienes intervinieron el acto, o se les aplique a todos sin distinción, resulta necesario determinar el ámbito de competencia de cada uno de los que trabajan en forma conjunta- o en equipo- sea por complementación, por colaboración o subordinación en determinadas actividades, en especial la quirúrgica.

Para tal menester habremos de tener en cuenta que no es posible – como bien dijimos al inicio – permitir que un galeno “multifuncional” cumpla, por ejemplo, en un parto, tareas de de anestesta, pediatra, ginecólogo, obstetra y enfermero. Hoy se habla en este ámbito de una división racional del trabajo, evitando la sobrecarga de tareas y procurando una mayor concentración de cada especialista en su área, muchas veces dirigido por un jefe de equipo.

En este marco, se prevé tanto una división horizontal como vertical del trabajo, en donde cada uno de los sujetos intervinientes tienen asignada, convencional y previamente, una función específica y acorde con su preparación técnico científica, en otras palabras, tienen delimitado su propio ámbito de competencia y deben responder ante el paciente y sus propios compañeros de tarea por esa concreta función.

A partir de esa distribución racional y funcional de tareas, se habla entonces del “principio de división del trabajo”, que no es otra cosa que el trabajo mancomunado de varias personas- en este caso, profesionales, auxiliares de la medicina e incluso familiares del paciente o extraños-

para lograr un objetivo común, que sería conjurar la dolencia que afecta al enfermo, brindándole una adecuada asistencia médica.

Allí, cada uno de los médicos o auxiliares que contribuye al desarrollo del trabajo en común tiene que cumplir con las normas generales de tratamiento, pero, además, resulta necesariamente responsable por la violación objetiva de cuidado, dentro del ámbito de su competencia funcional, técnica y laboral.

Sin embargo, ha de reconocerse que resulta sumamente dificultoso determinar en concreto qué normas tenía a su cargo cada integrante del grupo y, en caso de que haya sido violada, determinar luego si el producto de esa infracción pudo imputarse objetivamente al resultado lesivo.

Para sortear ese obstáculo, la doctrina ha entendido que no deben existir reglas generales en el marco de los deberes de cuidado de los miembros del equipo médico, sino que el investigador, ha de atenerse a las circunstancias y características del caso concreto, según la clase y urgencia de la intervención médica que se trate y, fundamentalmente, de la modalidad de la división de trabajo, que puede ser horizontal- se da entre colegas, según su formación, competencia, e independencia de funciones, manteniéndose los galenos en un pie de igualdad-, o vertical- es aquella en la que existe una relación jerárquica entre el personal médico interviniente, destacándose por la facultad de mando y dirección que ejerce el profesional que actúa como jefe de equipo-.

En este ámbito de trabajo en equipo resulta fundamental manejar la noción del “principio de confianza”, según el cual al que participa en el tráfico, actuando adecuadamente, le cabe confiar en que el otro partícipe se comportara también en forma correcta – expectativa de comportamiento correcto -, en tanto no se le manifieste claramente lo contrario o concurran en este sentido circunstancias especiales, excluyendo en tanto su aplicación cuando el propio sujeto actúa de forma contraria al cuidado debido, poniendo en peligro con su conducta a los demás.

Por eso cabe afirmar que el médico que actúa conforme al deber de cuidado que a él le es exigido, puede, en principio, confiar en que sus colaboradores actuarán cuidadosamente en la ejecución de los cometidos conferidos a ellos – siempre que no concurran motivos especiales que le hagan pensar lo contrario – cuando se hallan suficientemente preparados y adiestrados y son supervisados dentro de un límite razonable, respondiendo, en ese caso y ante un supuesto delito imprudente, cada miembro del equipo por las prestaciones defectuosas que en el ámbito de sus propias funciones desempeñare.

Sin embargo, no corresponde efectuar una aplicación mecánica del principio de confianza utilizado en la circulación vehicular al campo médico, siendo menester, en cada caso, analizaren qué situación se aplican – división de trabajo horizontal o vertical – la urgencia del tratamiento, las condiciones preexistentes y las posibilidades o alternativas curativas.

Al jefe del equipo médico, en relación con el funcionamiento del trabajo que dirige, es factible reprocharle una lesión al deber de cuidado cuando haya hecho posible o facilitado la conducta errónea de sus colaboradores, ya sea por falta de organización, por inobservancia del cuidado debido en la asignación de tareas, en las instrucciones u órdenes impartidas, en el control exigido, e incluso en la elección del agente, cuando, a sabiendas de su mala formación técnica y contando con la posibilidad de elegir otro, lo incluye dentro de su equipo.

Si bien este último tema – elección de colaboradores – es discutido, ya que para algunos se asemeja a una sanción *in eligendo* propia del Derecho civil, lo que hace imposible su aplicación en el derecho penal, es puesta de relieve con la finalidad de evitar que los encargados de los equipos médicos aumenten indebidamente los riesgos del paciente, eligiendo como colaboradores a quienes, a ciencia cierta, saben que carecen de preparación, sobre todo a fin de “abaratarse costos” mediante la contratación de inexpertos estudiantes de grado o de otros facultativos que no reúnen las condiciones técnicas por falta de especialización, pero que sus aranceles son más bajos que los normales; aumento del

riesgo que, al provocar un resultado lesivo en la salud del tratado, permite imputar objetivamente ese resultado.

División del trabajo en equipo

Tal como se expusiera *supra*, la división del trabajo dentro del ámbito del equipo médico puede ser vertical u horizontal, cuestión que traerá aparejados diferentes grados de obligaciones y de responsabilidades.

a. División horizontal

Se habla de que existe una división horizontal del trabajo cuando los actores – médicos – son situados en un plano de armónica igualdad, en el cual cada actor tiene un rol predeterminado que cumplir de manera independiente, conforme a su competencia y en forma complementada con el resto.

Si bien existen diferentes opiniones doctrinarias, para la mayoría, el caso más común de división de trabajo horizontal es aquella acuñada entre el anestesista y el cirujano, relación en la que existe la posibilidad de delimitar la responsabilidad de cada uno de estos médicos sólo en función al principio de las división de trabajo y de confianza, suponiendo que cada uno habrá de hacer su labor en forma correcta y sin perder la concentración.

.....

En este supuesto, el principio de confianza implica que el cirujano puede actuar – conforme a las reglas de su especialidad – con absoluta libertad y con la tranquilidad necesaria de que otro profesional – anestesista – se está ocupando de mantener al paciente dentro de los parámetros apropiados para la práctica.

De igual modo, el anestesista habrá de confiar en la aptitud del cirujano que está llevando adelante la intervención quirúrgica y ambos han de actuar en absoluta coordinación y cada uno dentro del ámbito de su competencia para arribar a un resultado exitoso.

b. División vertical

En esta forma de práctica existe, por cierto, una verdadera división basada en la jerarquía – relación mando obediencia – mediante la cual, quien tiene a su cargo al paciente delega y coordina con sus auxiliares determinadas funciones de acuerdo con sus respectivas competencias, debiendo ejercer sobre ellos el control necesario para verificar que se cumpla con lo ordenado y se realicen las tareas conforme a la urgencia y necesidades del caso, teniendo en cuenta las pautas de atención preestablecidas.

Ese control es necesario para evitar riesgos no permitidos o daños en la salud del paciente y, además, resulta útil para el propio médico jefe, ya que le permitirá seguir adecuadamente la evolución del paciente y el trabajo técnico científico realizado sobre el mismo.

Sin embargo, aún mediando esa delegación coordinada y controlada por el jefe del equipo médico, permanece intacta la posibilidad de responder cada cual por el daño causado al paciente por incumplimiento de los deberes específicamente atribuidos a cualquier miembro del equipo, concretándose aquí también la aplicación del principio de confianza en la división de trabajo, como marco para establecer la competencia de cada agente dentro del ámbito quirúrgico.”

Sobre estos interesantes temas hacemos mención del respectivo tema tratado por Roberto Vázquez Ferreyra en su Libro “Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina”

2ª Edición agosto de 2002

Editorial Hammurabi SRL

Buenos Aires

“En los Estados Unidos, durante largo tiempo, el cirujano dentro de la sala de operaciones fue visto como el *capitán of the ship* –*capitan del barco* -.La Corte de Pennsylvania se convirtió en la primera en emplear la metáfora “capitán del barco” para describir el derecho que tiene un cirujano de controlar al personal de asistencia del hospital.

Ese poder del que gozaba el cirujano lo hacía también responsable por los hechos ilícitos cometidos en la sala de operaciones.

En numerosos casos los tribunales extendieron los efectos de esta doctrina, considerando incluso a un cirujano responsable por la negligencia de los empleados del hospital no ocurrida ni siquiera en su presencia.

Esta doctrina, que responsabilizaba los cirujanos en forma sumamente severa por todas las negligencias cometidas por sus auxiliares, se desarrolló sobretudo a causa de la inmunidad caritativa o gubernamental de ciertos hospitales públicos, ya que estos centros médicos benéficos generalmente estaban exentos de toda responsabilidad civil. Los únicos responsables podían llegar a ser los empleados del hospital generalmente insolventes. Por eso los tribunales giraron hacia los cirujanos, quienes a menudo tenían suficiente solvencia como para hacer frente a una indemnización.

A partir de la segunda mitad del siglo XX, esa inmunidad con que contaban ciertos hospitales desapareció, con lo cual el sustento de la teoría del “capitan del barco” se esfumó, abriéndose paso a otras tesis más benevolentes para con jefes de equipo.

La doctrina de ‘capitán de barco’ en algunos casos también había sido justificada, a la luz de las expectativas del paciente de que el cirujano por él escogido lo protegiera de la negligencia del personal de asistencia en la sala de operaciones. Esto hoy en día también resulta cuestionable porque el paciente va ahora al hospital buscando atención, muchas veces sin tener en cuenta a un médico en particular.

En la actualidad la tesis más utilizada es la conocida como *the borrowed servant doctrine*, lo que significa algo así como doctrina del servidor prestado. Para esta teoría “cuando un empleador especial, como un médico, toma prestado un empleado de un empleador general, como en el caso de un hospital, el empleador especial – en el caso, el médico – será responsable por las acciones negligentes del empleado prestado”. Pero para que esta tesis pueda ser aplicada al médico debe, por lo

menos, tener el derecho tanto de controlar los pormenores físicos como el modo en que desempeñan los empleados. Por eso los tribunales aplican ahora esta doctrina cuando el médico no sólo estuvo presente físicamente en el momento en el que el empleado del hospital cometió el acto negligente, sino también cuando tuvo una genuina oportunidad para prevenir dicho acto. En los últimos tiempos se concibe al hospital como un amplio proveedor de cuidados de la salud, responsable de suministrar y regular una variedad de servicios al paciente. No solo proveyendo, sino también regulando estos servicios, el hospital moderno ha tomado un grado de control significativo aun dentro de la sala de operaciones. Frente a esta situación, en el quirófano se ha dado una división de responsabilidad de tal modo que el cirujano jefe ya no puede ser caracterizado como antes “capitán del barco”, sino que se lo cataloga mas bien como capitán del equipo. Ahora bien, cada miembro de este equipo interdependiente tiene funciones profesionales propias y separadas con respecto al paciente. Bajo tales circunstancias, el cirujano no tiene la oportunidad de controlar cada acción del personal, y muchas veces ni tiene el conocimiento necesario para controlar las acciones de estos auxiliares especialistas en sus cometidos. De ahí que ahora la responsabilidad se carga sobre los hospitales que, en definitiva, son quienes deben hacer frente a las indemnizaciones.

Se piensa hoy en día que si bien el cirujano no tiene el tiempo ni el conocimiento para controlar todas y cada una de las acciones del personal especializado, el hospital si es capaz de contratarlos e instruirlos cuidadosamente.

Frente a este panorama, se juzga responsable al cirujano por la culpa de un empleado solamente cuando el cirujano ha tenido una genuina oportunidad de control sobre las tareas de aquél. Caso contrario, la responsabilidad recae sólo sobre el empleado negligente e indirectamente sobre el centro hospitalario.

.....

Esta creciente especialización, si bien trae algunos inconvenientes como hemos visto—sobre todo al tratar de determinar la responsabilidad por

mala praxis--, por otro lado incide favorablemente en el tratamiento del paciente. Es que la misma permite un conocimiento mas profundo de los diversos problemas y soluciones que se pueden presentar, y además, posibilita que el médico aumente su concentración en las tareas que le son específicas confiando en la habilidad de los asistentes que cumplen funciones independientes.

Esta especialización impone como necesidad una creciente colaboración entre diversos especialistas y estamentos de las ciencias de la salud, lo que a su vez trae aparejado un necesario reparto de competencias o, dicho de otro modo, delimitación, diferenciación y coordinación de los deberes y competencias de cada uno de los miembros de un equipo es imprescindible para llegar a establecer la responsabilidad de cada uno de ellos y la del jefe de grupo. Ello para evitar una criticable exasperación de los deberes del cirujano, como los riesgos de una responsabilidad imprecisa o difusa.

Desde el campo del Derecho penal se han elaborado diversos criterios que tienen como fin delimitar responsabilidades, y si bien dichos criterios no son trasladables a la responsabilidad civil, si pueden orientar las soluciones en aras de respetar esta nueva forma de ejercicio de la medicina que, que en definitiva, se ha establecido en beneficio de los pacientes.

Así, entre otras soluciones se ha recurrido a los criterios de “división de trabajo” y al “principio de confianza”.

c. El principio de división de trabajo

Este principio es derivado de la creciente especialización de la que hemos venido hablando, y su auténtico justificativo reside en permitir al médico dedicarse con la concentración necesaria a los cometidos específicos para los que está cualificado, y en garantizar, con una distribución razonable de tareas entre cada uno de los miembros del equipo médico, la eficaz protección y la adecuada asistencia médica al paciente.

Responde a la nueva realidad en la cual cada miembro del equipo médico está preparado para el cumplimiento de una función específica para la cual se requieren, a su vez, conocimientos especiales sobre los que muchos miembros no están suficientemente capacitados, incluido el propio cirujano jefe.

Este principio de división de trabajo hace imprescindible analizar cuáles son las funciones que desempeña cada uno de los integrantes y a partir de allí establecer cuales son los deberes de cuidado de cada uno de los miembros del grupo. En esta tarea no cabe establecer reglas generales, sino que hay que analizar cada caso en concreto. Así debe tenerse muy en cuenta la clase y urgencia de la intervención quirúrgica, la modalidad de la división del trabajo, el estado de formación y la fiabilidad de los colegas y colaboradores. A su vez, en este análisis debe tenerse muy en cuenta, y por encima de todo, la eficaz protección del paciente, pues a ello apunta la división del trabajo.

A efectos de establecer con precisión las responsabilidades que le caben a cada miembro del equipo, es de suma importancia la normativa sanitaria que establece las competencias y tareas del citado personal.

.....

d. El principio de confianza

Al igual que el principio de división del trabajo, el principio de confianza también ha sido utilizado frecuentemente – y sobre todo en materia penal – como criterio limitador de la responsabilidad de los miembros del equipo quirúrgico.

Esta teoría significa que el cirujano, en principio, puede confiar en que sus colaboradores se comportaran de manera diligente, lo que permite al cirujano desentenderse de ciertas cuestiones que pueden ser asumidas por otros miembros del equipo, evitando así la sobrecarga del primero.

Este principio tiene una limitación y es que no puede ser invocado cuando el cirujano conoce o debió conocer la escasa preparación de

sus asistentes. Es decir que la operatividad del principio de confianza queda excluida cuando en el caso concreto se percibe un fallo grave de otro colega, o existen dudas sobre su cualificación o fiabilidad que justifiquen precisamente la pérdida de esa confianza.”

.....

Con respecto al principio de confianza antes mencionado acotamos las siguientes Sentencias de la Corte Suprema de Justicia:

Corte Suprema de Justicia sentencia del 8 de noviembre de 2007 Radicación 27388 Magistrado Ponente: **Dr. Julio Enrique Socha Salamanca.**

HOMICIDIO CULPOSO POR NEGLIGENCIA MÉDICA

“4.3. En aras de establecer cuándo se concreta la creación de un *riesgo no permitido* y cuándo no, la teoría de la imputación objetiva ha integrado varios criterios limitantes o correctivos que llenan a esa expresión de contenido y que de ninguna manera han sido ignorados por la sala (22). Veamos algunos de ellos:

4.3.2. Tampoco se concreta el riesgo no permitido cuando el marco de una cooperación con división de trabajo en el ejercicio de cualquier actividad especializada o profesión el procesado observa los deberes que le eran exigibles y es otra persona perteneciente al grupo la que no respeta las normas o las reglas del arte (*lex artis*) pertinentes. Lo anterior, en virtud del llamado *principio de confianza*, según el cual “el hombre normal espera que los demás actúen de acuerdo a los mandatos legales, dentro de su competencia”(24).

“La jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en vigencia del estatuto penal de 1980, ya había advertido esta exigencia normativa. Por ejemplo, en Auto del 16 de septiembre de 1997, radicado 12655, M. P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego, la Corte señaló:

“La violación al deber de cuidado objetivo se evalúa siempre dentro de un ámbito situacional determinado, es decir, por medio de un juicio

de la conducta humana en el contexto de la relación en la cual se desempeñó el actor, y no en el aislamiento de la fealdad de lo que éste hizo o dejó de hacer ... en orden a examinar la violación del deber de cuidado objetivo, rige la **regla de confianza**, elaboración doctrinaria que parte del hecho de la intersubjetividad permanente del ser humano, razón por la cual, quien participa de una actividad riesgosa, compleja o delicada, **en la medida que actúa diligente y cuidadosamente** tiene derecho a confiar en que los demás participantes harán lo propio”.”

Dentro de las disposiciones existentes la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá D. C. para la habilitación de las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) define el personal de salud con que debe contar una sala de cirugía o Quirófano a saber:

Coordinador de Salas de Cirugía

Instrumentador quirúrgico.

Enfermeras circulantes de sala

Camillero

Secretarias

Personal de lavado de instrumental

Personal del área estéril

Personal encargado de las necesidades del quirófano (Recolectores de ropa, lavandería, almacenista, servicios generales, mensajero, mantenimiento, etc.)

La IPS debe establecer las funciones y responsabilidades de cada uno de los miembros de este personal.

La Ley 784 de 2002 diciembre 23 reformó la Ley 6 del 14 de enero de 1982 por la cual se reglamentaba la profesión de instrumentación Técnico Quirúrgica.

El Artículo 2º de la Ley 784 establece: “Definición. Para los fines de la presente ley, el ejercicio de la instrumentación Quirúrgica Profesional requiere título de idoneidad universitaria, basada en una formación científica, técnica y humanística, docente e investigativa y cuya función es la planeación, organización, dirección, ejecución, supervisión

y evolución de las actividades que competen al Instrumentador Quirúrgico Profesional, como parte integral del equipo de salud. (El subrayado no lo es en el texto).

Parágrafo. El Instrumentador Quirúrgico Profesional, tendrá a su cargo entre otras actividades, la coordinación de las salas de cirugía. El manejo de centrales de esterilización y de cirugía y de equipos de alta tecnología, tales como máquinas de perfusión, láser y endoscopias de todas las entidades de salud.

La reciente Ley 1164 de 2007 sobre Talento Humano en Salud en sus disposiciones generales expresa que: “Por Talento Humano en Salud se entiende todo el personal que interviene en la promoción, educación, información de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de la enfermedad de todos los habitantes del territorio nacional dentro de la estructura organizacional de la prestación de los servicios de salud.

.....

Artículo 2º De los principios generales.....

Calidad:.....Se reconocen en la calidad dos componentes interrelacionados: el ejercicio idóneo de competencias propias de cada profesión u ocupación en salud y la satisfacción y mejoramiento de la salud de los usuarios de los servicios.

Artículo 3º De las características inherentes al accionar del Talento Humano en Salud.....2.Las competencias propias de las profesiones y ocupaciones según los títulos o certificados respectivos, obtenidos legalmente deben ser respetados por los prestadores y aseguradores de servicios de salud, incluyendo la individualidad de los procesos de atención...”

El doctor X al practicar una histerectomía a la paciente A, fue imprudente al no valorar quirúrgicamente el útero, aún con el dato de la ecografía, y darse cuenta que no estaba con miomatosis y al menos contemplar la posibilidad de que era un útero grávido que

presenta normalmente características propias de ese estado no solo por su tamaño, sino por su forma y consistencia. Se considera que en su actuar existen algunos atenuantes si se entiende que actuó bajo presión, bajo temor de tipo laboral y en un mal entendido principio de confianza, aceptó en la programación y diagnóstico de su colega y en un resultado de una ecografía que no correspondía al estado real de la paciente, que de paso llama la atención que con la experiencia que tenía de cinco embarazos (tres partos y dos abortos), no se hubiera percatado que estaba de nuevo embarazada y lo hubiera advertido.

El Tribunal Nacional de Ética Médica considera que el doctor X, violó la Ley 23 de 1981 en lo relacionado en el *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 fuera posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.*

Conc. D. 3380/81, Art. 9 “Se entiende por riesgos injustificados aquellos a los cuales sea sometido el paciente y que no correspondan a las condiciones clínico-patológicas del mismo”.

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

RESUELVA:

ARTICULO PRIMERO: Sancionar al doctor X con suspensión en el ejercicio de la profesión médica por el término de seis (6) meses y un (1) día. **ARTICULO SEGUNDO:** Compulsar copia a la Superintendencia Nacional de Salud, para lo de su competencia. **ARTÍCULO TERCERO:** Comuníquese el contenido de esta decisión al Ministerio de la Protección Social, a los Tribunales Seccionales de Ética Médica y a la Federación Médica Colombiana para que sea fijado

en lugares visibles de conformidad con lo establecido en el artículo 53 del Decreto 3380 de 1981. **ARTÍCULO CUARTO.** - Contra la presente resolución proceden los recursos de reposición para ante el Tribunal Nacional de Ética Médica, y el subsidiario de apelación para ante el Ministerio de Protección Social, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la notificación de la presente providencia. **ARTÍCULO QUINTO:** Una vez en firme esta providencia enviar el expediente al Tribunal de origen, para lo de su competencia. **NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

FDO. JUAN MENDOZA VEGA, Presidente; MIGUEL OTERO CADENA, Magistrado Ponente; FERNANDO GUZMAN MORA, Magistrado; EFRAIM OTERO RUIZ, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaria.

ABORTO CRIMINAL Y HOMICIDIO CULPOSO POR MUERTE DE LA MADRE.

Bogotá, septiembre 7 del año 2004

SALA PLENA SESIÓN No.798 DEL SIETE (7) DE SEPTIEMBRE DEL AÑO 2004

Ref: Proceso No. 317 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Cauca

Denunciante: Dra. B

Denunciado: Dr. X

Magistrado Ponente: Doctor DIEGO ANDRÉS ROSSELLI COCK
Providencia No. 50-04

El proceso se inicia con la queja presentada por Dra. B, Directora del Hospital de Nivel I de El Bordo (Cauca) el 18 de julio de 2000 en contra del Dr. X por “existir indicios que permiten presumir que el citado profesional hubiese practicado en su residencia un aborto a la menor A, quien falleciera posteriormente cuando era remitida a la ciudad de Popayán”.

En Sala Plena No. 26 del mismo mes y año el Tribunal de Ética Médica del Cauca designó como Magistrado Instructor al Dr. IVÁN JARAMILLO ARIAS.

Luego de la respectiva investigación preliminar, el Tribunal de Ética Médica del Cauca decide dictar pliego de cargos contra el Dr. X por faltas contra los artículos 14, 15 y 54 de la Ley 23 de 1981.

En Sala Plena del 21 de julio de 2004 el Tribunal de Ética Médica del Cauca resolvió que la sanción requerida para este caso era superior a los seis meses de suspensión en el ejercicio de la profesión, por lo que

decidió remitir el expediente al Tribunal Nacional de Ética Médica.

El expediente arriba al Tribunal Nacional de Ética Médica el 9 de agosto de 2004 y en la sesión del 10 de agosto es asignado mediante sorteo al Doctor DIEGO ANDRÉS ROSSELLI COCK.

HECHOS:

En la declaración rendida por la señora F (madre de A) ante la Procuraduría Regional del Cauca el día 5 de octubre de 2000 describe los hechos de la siguiente manera:

Yo no sabía que mi hija estaba en embarazo, ella tenía quince años, estaba estudiando en el Colegio Confacauca en esta ciudad [...] ella salió de la casa [...] me dijo me voy a presentar el examen al Estrecho, esa era la mentira que ella me dijo para poder salir [...] ella salió entre las cinco y media y seis del día doce de julio [...] como a las diez de la noche recibimos una llamada [...] diciéndome que mi hija estaba hospitalizada [...] cuando llegué al hospital [...] mi hija estaba bañada en sangre, debajo de la camilla la sábana estaba llena de sangre y el médico estaba atendiendo otros pacientes, él no le estaba prestando atención médica, el médico se llama X, no le sé el nombre, entonces cuando entré le pregunté qué le pasó, ella se puso a llorar no me dijo nada, luego me dijo mami yo quiero que nadie se dé cuenta, entonces yo llamé al médico y le dije mi hija está muy mal, se está desangrando, él se paró de la consulta que estaba atendiendo y se fue a revisarla y la examinó y le hizo un examen vaginal. Ella le dijo que por favor la durmiera porque le estaba doliendo, él era muy brusco, cuando la estaba examinando le pregunté al doctor que por qué de la hemorragia, él me decía que no sabía el porqué de la hemorragia, que si sufría de alguna enfermedad, yo le dije que cuando hacía calor a ella se le venía la sangre por la nariz, entonces él me dijo debe ser por eso, yo le dije lo de una hemorragia nasal no da para una hemorragia vaginal. [...] El médico me hizo conseguir una droga, él le colocó la droga no

recuerdo el nombre y ella se fue durmiendo, cuando ella se estaba durmiendo deliraba [...] mi hija roncaba, pero ella nunca roncaba, yo creo que era una convulsión, porque empezó a echar flema por la boca. [...] Entonces el médico me dijo que le comprara 5 inyecciones [de vitamina K], se la colocó en la pierna derecha. [...] Esperamos un poco pero ella seguía mala, el médico le examinaba el corazón y el enfermero el pulso o presión, el primero decía yo lo tengo y el enfermero yo no la siento, el enfermero dijo [...] es mejor que la mande para Popayán porque esta muchacha se nos muere acá [...] la remitió para Popayán porque estaba muy grave, yo me fui en la ambulancia con ella, pero entrando a Rosas ella se agravó y la auxiliar le dijo al de la ambulancia que entraran al puesto de salud porque la niña se estaba quedando, la doctora no se encontraba, después de diez o quince minutos llegó pero cuando llegó ya llegó a dar el dictamen de que ella estaba muerta.

Según lo consignado en la historia clínica de A, en el Hospital de El Bordo, entre las 7 p.m. cuando ingresó con diagnóstico de aborto incompleto, y las 11 p.m. cuando fue remitida a Popayán, se le administraron 3500 cc de SSN; 1000 cc de dextrosa en solución salina; Syntocinon 4 amp en 500 cc, meperidina ½ ampolla; diazepam ½ ampolla, ketamina 1 cc IV, Methergin 2 amp IV, vitamina K 10 mg IM.

El protocolo de necropsia 045-00 del Instituto Nacional de Medicina Legal Seccional Cauca, Unidad de El Bordo, dice en sus conclusiones:

DIAGNÓSTICOS MACROSCÓPICOS ANATOMOPATOLÓGICOS

- 1- Shock hipovolémico evidenciado por:
 - a. Hemoperitoneo más o menos 3.500 cc
 - b. Palidez intensa generalizada
2. Perforación uterina derecha
3. Aborto incompleto de más o menos 14 semanas y 24 días por altura uterina evidenciado por:
 - a. Restos embrionarios (cartílago óseo) y placentarios
 - b. Cuerpo amarillo en ovario derecho

En su declaración ante la Fiscalía 002 Delegada, el 14 de julio de 2000, el Dr. X afirma que el día de los hechos él estaba en su casa de El Bordo, preparándose para recibir el turno que iniciaba a las 7 p.m., cuando:

[...] yo estaba en la última etapa de la comida cuando golpearon y FIDELINA [su compañera] salió a mirar quién era y me dijo que había un par de jóvenes que no sabía quiénes eran y que me necesitaban. Yo pues terminé mi comida y un poquitico algo de las siete salí a mirar a ver quiénes eran y una de ellas no sé el nombre, era una mujer joven adolescente, blanca de pelito como café pero estaba muy pálida y me dijo que me necesitaba que estaba muy enferma y efectivamente se le veía acciones de algo agudo una enfermedad aguda yo le dije que ya me iba para el Hospital que fuera allá que yo la atendía en el Hospital pero me dijo que no que era que ella venía con un sangrado vaginal muy intenso y que tenía mucho miedo que se fueran a enterar de lo que le pasaba yo le insistí en que debía verla en el Hospital por cuanto yo no tenía ningún medio allí para evitar la hemorragia, me dijo que no iba al Hospital, me comentó lo que pasaba es que estaba entre comillas detenida [...] que había concurrido a donde una persona y que le había manipulado y que le había aplicado una inyección y unas tabletas y entonces yo le insistí que con mayor eso debía ser manejado en el Hospital, su argumento era que le temía muchísimo a la madre de ella [...] yo no podía echarla para la calle ¿cierto? [...] le dije siéntese en el sillón doble o sofá que hay para mirar la magnitud del sangrado, ahí le hice masajes, lo que se hace después de un parto para que la matriz se contraiga, efectivamente mejoró y yo pensé que con esa maniobra y con la condición de que ella siguiera haciéndose ese masaje la situación se le solucionaría definitivamente por lo que le dije que debido a que yo tenía mucho trabajo en el Hospital siguiera haciéndose masajes, le indiqué cómo hacerlo y que si se presentara alguna situación por favor fuera al Hospital. [dos horas más tarde] supe que esta niña estaba mal porque FIDELINA me informó que había seguido mal que estaba sangrando pues yo no había ido antes

porque estaba seguro de que con el masaje había cedido el cuadro, fui a verla y efectivamente la vi muy pálida y le dije que en contra de ella me la llevaría para el Hospital. [...] el paso siguiente era raspar la matriz procedimiento que requiere una especie (sic) y que se hace cuando los signos vitales están controlados mas en ese momento llegó la mamá, no sé horas, le informé que le iba a hacerle (sic) un raspado a la matriz y con su presencia ahí ya le hice y efectivamente el sangrado cedió.

En las declaraciones de LUZ MAYERLI GARCÍA ROMERO, amiga y compañera de colegio de A, ella manifiesta que el día de los hechos:

[A] me dijo que primero la acompañara a donde el médico, no me dijo qué médico, ni a qué iba, entonces cuando ya llegamos vi que era donde el Doctor X, cuando ya llegamos [...] me dijo que me sentara en el mueble [...] y ella entró con el médico [...] PREGUNTADO: Dígale a este despacho si usted observó que la menor A se encontrara enferma ese día. CONTESTÓ: Yo la vi normalmente, no la vi enferma, no se quejó ni nada. Ella iba un poco aburrida. [...] nosotros llegamos como a las seis pasaditas y como a las siete salió él y me dijo que la esperara media hora, él salió y se entró para el interior de la casa y después cogió y salió y se fue [...] cuando ya iban a ser las ocho yo llamé a A y le dije que me iba y me dijo que la esperara [...] también estaba sentada la mujer del médico cuando vi que a A le estaba saliendo sangre y le mostré y ella se preocupó toda y me dijeron que fuera a llamar al médico y fui a llamar al médico y cuando lo fui a llamar al hospital el salió y yo le dije que fuera a la casa un momentito [...] y él al ratito llegó [...] después salió otra vez y ya habían limpiado la sangre y al rato siguió sangrando y volvió el médico y cuando la vio así dijo que tenía que llevarla al Hospital y yo le dije a ahora tu mamá qué va a decir y me dijo que fuera y la llamara.

En el Informe de Conclusiones que presenta el Magistrado Instructor Dr. IVÁN JARAMILLO ARIAS dice.

Cuando regresaron a El Bordo eran las 2:35 de la madrugada. [F, madre de la muchacha] dejó el cadáver de su hija en el anfiteatro y se dirigió a la residencia de MAYERLY GARCÍA en compañía de su esposo, su hermano y su hijo. Le pidió que le dijera en realidad qué había pasado con su hija que había salido con ella supuestamente a presentar un examen de matemáticas y que ella debía saber qué habían hecho [...] y que le dijera si le habían practicado un aborto y quién se lo había hecho. MAYERLY GARCÍA al principio se negó pero después le dijo que no quería meterse en problemas, que ella le decía pero que no la fuera a involucrar, que la persona que le había hecho el aborto era el doctor X.

Y en el Análisis de este mismo documento dice:

Existen múltiples evidencias circunstanciales que permiten sospechar que el médico X practicó en su residencia un procedimiento ginecológico para interrumpir el embarazo de la menor A quien falleciera poco después.

Las declaraciones de la madre F y de la amiga MAYERLY GARCÍA son contundentes en afirmar que la paciente se encontraba en perfecto estado de salud al salir de su casa y aún al entrar a la residencia del médico implicado.

[...]

A pesar del grave estado de salud de la menor, el doctor X no informa a la madre de la paciente sobre el diagnóstico real que él conocía puesto que así lo consignó en la historia clínica y en la remisión, dando la impresión de querer ocultar algo, puesto que este no es proceder normal de un médico en estas condiciones. El implicado no solo no informa a la madre sobre el diagnóstico sino que la trata de confundir y le niega que la paciente haya estado embarazada.

En la diligencia de descargos rendida ante el Tribunal de Ética Médica del Cauca el 4 de septiembre de 2003 el doctor X afirma:

El ponente afirma que yo no fui preciso en informarle a la madre de la occisa sobre su embarazo, pero si la joven hizo todo lo que hizo sin que ella se enterara, era porque no estaba dispuesta a que lo supiera y personalmente me dijo “si mi mamá lo sabe me mata”, me pidió que nadie se enterara que ella estaba en embarazo y yo cumplí con su deseo. También quiero recordarles que para llevar a cabo cualquier procedimiento ginecobstétrico se necesita por lo menos una camilla ginecológica y el instrumental que anteriormente mencionamos, cosas que yo no poseo y que en el acto y que en el allanamiento no fue encontrado, un procedimiento de estas características no puede hacerse en un sillón, en una silla o en el piso.

La intervención primero del Dr. X y luego de su abogado defensor ÁLVARO CALVACHE ROJAS se centran sobre la amplia experiencia del médico en diferentes procedimiento ginecobstétricos y, por consiguiente, lo poco probable que es el hecho de que perforara el útero y no reconociera inmediatamente el percance para así solucionarlo a su debido tiempo.

[...] se trata de establecer fundamentalmente es que si las maniobras abortivas fueron hechas por una comadrona inexperta y bárbara o por el contrario son el resultado de unos procedimientos lógicos normales, que sin unas pautas que da la ginecología moderna. En otras palabras si el médico X conoce con suficiencia, tiene la experiencia, lo ha venido haciendo en el hospital de El Bordo, con ocasión de abortos terapéuticos y otras complicaciones normales en las ramas de la medicina, no puede ser la misma persona que manipuló a la menor A y que finalmente le ocasionó la muerte amén del aborto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Veamos los artículos 14, 15 y 54 de la Ley 23, infringidos por

ARTÍCULO 14. – El médico no intervendrá quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata.

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 pueden 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.

Conc. D. 3380/81 Art.9°. –”Se entiende por riesgos injustificados aquellos a los cuales sea sometido el paciente y no correspondan a las condiciones clínico-patológicas del mismo”.

ARTÍCULO 54. - El médico se atenderá a las disposiciones legales vigentes en el país y a las recomendaciones de la Asociación Médica Mundial, con relación a los siguientes temas:

[...]

6. Aborto.

Con las evidencias recogidas y con el análisis hecho por el Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca, este Tribunal Nacional de Ética Médica concluye, más allá de cualquier duda razonable, que el doctor X fue quien le practicó las maniobras abortivas a la menor A que luego le habrían de ocasionar la muerte. Es claro que lo hizo en un lugar que no tiene las especificaciones técnicas para un procedimiento de esta complejidad, poniendo así en riesgo a la paciente, y también que lo hizo sin el consentimiento de su señora madre a quien hasta el final él le estaba ocultando el verdadero diagnóstico.

Hay que recordar que la ley colombiana prohíbe el aborto, penalizado en el artículo 122 del Código Penal (Ley 599 de 2000) con pena de prisión de uno (1) a tres (3) años ¹. Son agravantes de este caso – como ya se mencionó – la edad de la paciente y la ausencia de un consentimiento por parte de su madre, pero también lo es, a juicio de este Tribunal Nacional, el hecho de que el doctor X no pareciera comprender la gravedad del estado de A tanto al insistir en dejarla en la sala de su casa, primero, y al aplazar luego – inexplicablemente – su remisión a Popayán cuando aún se estaba a tiempo de salvarle la vida. Cabría conceptuar que, dejando de lado la ilicitud del hecho cometido, el doctor X actuó además con imprudencia, con impericia y con negligencia en el caso en cuestión.

Finalmente, con respecto al controvertido tema del aborto, cabe aquí citar un extracto de la Sentencia de la Corte Constitucional No. C-133 de marzo 17 de 1994, Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell.

El derecho fundamental a la vida, cuya existencia se limita a constatar la Carta Política, es el más valioso de los bienes que se reconoce a todo individuo de la especie humana, y el sustrato ontológico de la existencia de los restantes derechos.

El derecho a la vida en el ordenamiento jurídico constitucional, constituye indudablemente el reconocimiento y la efectividad de un valor esencial como es la vida humana (Preámbulo y artículos 2° y 11).

El doctor Jérôme Lejeune, profesor de Genética Fundamental en la Universidad de René Descartes y miembro del Instituto de Progénesis de París, en testimonio presentado ante el Subcomité del Senado de los Estados Unidos, de separación de poderes”El aborto, implicaciones médicas, sociales, económicas, éticas y

1 ARTICULO 122. ABORTO. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.

políticas”. Procodes. Editorial Presencia, Bogotá, pag. 5^a, en punto a la determinación del momento en que comienza la vida humana, expresó:

“¿Cuándo comienza a existir un ser humano? Trataré de dar la respuesta más precisa a esta cuestión de acuerdo con los conocimientos científicos actuales. La biología moderna nos enseña que los progenitores están unidos a su prole por un eslabón material continuo, de modo que de la fertilización de una célula femenina (el óvulo) por la célula masculina (el espermatozoide) surgirá un nuevo miembro de la especie. La vida tiene una historia muy, muy larga, pero cada individuo tiene un comienzo muy preciso, el momento de su concepción.

El eslabón material es el filamento molecular del DNA. En cada célula reproductora, este filamento de un metro de longitud aproximadamente, está cortado en piezas (23 en nuestra especie). Cada segmento está cuidadosamente enrollado y empaquetado (como una cinta magnetofónica en un minicasette) de tal modo que al microscopio aparece como un pequeño bastón, un cromosoma. Tan pronto como los 23 cromosomas que proceden del padre se unen por la fertilización a los 23 cromosomas maternos, se reúne toda la información genética necesaria y suficiente para expresar todas las cualidades hereditarias del nuevo individuo. Exactamente como la introducción de un minicasette en un magnetófono permitirá la restitución de la sinfonía, así el nuevo ser comienza a expresarse a sí mismo tan pronto como ha sido concebido”.

Es cierto que nuestra Constitución Política reconoce expresamente el derecho inviolable a la vida a quienes son personas pertenecientes al género humano; pero de allí no se sigue que la vida humana latente en el nasciturus, carezca de protección constitucional. En efecto, si el valor esencial protegido por el ordenamiento superior es la vida humana, necesariamente debe colegirse que en donde haya vida, debe existir el consecuente amparo estatal.

En otros términos la Constitución no sólo protege el producto de la concepción que se plasma en el nacimiento, el cual determina la existencia de la persona jurídica natural, en los términos de las regulaciones legales, sino el proceso mismo de la vida humana, que se inicia con la concepción, se desarrolla y perfecciona luego con el feto, y adquiere individualidad con el nacimiento.

La vida que la Constitución Política protege, comienza desde el instante de la gestación, dado que la protección de la vida en la etapa de su proceso en el cuerpo materno, es condición necesaria para la vida independiente del ser humano fuera del vientre de la madre. Por otra parte, la concepción, genera un tercer ser que existencialmente es diferente de la madre, y cuyo desarrollo y perfeccionamiento para adquirir viabilidad de vida independiente, concretada con el nacimiento, no puede quedar al arbitrio de la libre decisión de la embarazada.

En virtud de lo anterior, el Estado tiene la obligación de establecer, para la defensa de la vida que se inicia con la concepción, un sistema de protección legal efectivo, y dado el carácter fundamental del derecho a la vida, su instrumentación necesariamente debe incluir la adopción de normas penales, que están libradas al criterio discrecional del legislador, dentro de los límites del ordenamiento constitucional.

El reconocimiento constitucional de la primacía e inviolabilidad de la vida excluye, en principio, cualquier posibilidad permisiva de actos que estén voluntaria y directamente ordenados a provocar la muerte de seres todavía no nacidos, y autoriza al legislador para penalizar los actos destinados a provocar su muerte.

La vida del nasciturus encarna un valor fundamental, por la esperanza de su existencia como persona que representa, y por su estado de indefensión manifiesto que requiere de la especial protección del Estado.

En la Asamblea Constituyente, al discutirse lo relativo a los derechos de la mujer, unánimemente se desechó por inconveniente una propuesta, en el sentido de que “la mujer es libre de elegir la opción de la maternidad conforme a la ley ...”, lo cual es indicativo de que el Constituyente no optó, por la permisión del aborto, y dejó en manos del legislador, regular los términos de su penalización.

En la Carta Política la protección a la vida del no nacido, encuentra sustento en el Preámbulo, y en los artículos 2° y 5°, pues es deber de las autoridades públicas, asegurar el derecho a la vida de “todas las personas”, y obviamente el amparo comprende la protección de la vida durante su proceso de formación y desarrollo, por ser condición para la viabilidad del nacimiento, que da origen a la existencia legal de las personas.

Dicha protección se reitera en los artículos 42, 43 y 44 de la Constitución Política, que reconocen y protegen a la familia como institución básica de la sociedad, disponen que la mujer “durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”, y declaran a la vida como uno de los derechos fundamentales de los niños.

Las disposiciones constitucionales reseñadas, al igual que todas aquellas relativas a los derechos fundamentales, encuentran un refuerzo y complemento en el inciso 2° del artículo 93, en cuanto permite incorporar a la Constitución Política, lo dispuesto en materia de derechos humanos en los tratados y convenios internacionales vigentes, el cual actúa igualmente, como un dispositivo jurídico, que tolera el ofrecimiento de pautas interpretativas idóneas para fijar los alcances de los derechos fundamentales. Es así como esta norma señala, que “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

Por lo tanto, el texto del artículo 11 constitucional, acerca de que el derecho a la vida es inviolable, debe interpretarse a la luz de la preceptiva de derecho internacional, que a propósito y de manera inequívoca, garantiza este derecho desde el mismo momento de la concepción Sentencia T-179 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero: “La defensa de la vida aún no nacida forma parte de la defensa de los derechos y de la dignidad humana. Los derechos del nasciturus se encuentran reconocidos en normas internacionales sobre Derechos Humanos. Estas normas rigen en Colombia por disposición del artículo 93 de la Constitución Política”. Evidentemente, entre los instrumentos públicos internacionales ratificados por Colombia, que reconocen el derecho a la vida, se encuentran la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1989 y aprobada en Colombia mediante la Ley 12 de enero 22 de 1991 y la Convención Americana de Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica” adoptada en nuestra legislación interna mediante ley 16 de 1992. Dicen, en lo pertinente, los aludidos instrumentos:

Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño:
“Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso, la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”

Artículo 1º, numeral 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la Ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

Como no existe constancia de que los documentos del Tribunal de Ética Médica del Cauca hayan llegado a las autoridades penales, debe compulsárseles las respectivas copias con destino a la Fiscalía Seccional de El Bordo Caldas.

Por las anteriores consideraciones el Tribunal Nacional de Ética Medica en uso de las atribuciones que le confiere la ley,

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: Imponer cinco (5) años de suspensión en el ejercicio profesional de la medicina al doctor X, por faltas cometidas contra la Ley 23 de 1981. **ARTICULO SEGUNDO:** COMUNIQUESE el contenido de esta decisión al Ministerio de la Protección Social, a los Tribunales Seccionales de Ética Médica y a la Federación Médica para que sea fijado en lugares visibles de conformidad con lo establecido en el artículo 53 Decreto 3380 de 1981. **ARTICULO TERCERO:** COMPULSAR las copias mencionadas en esta providencia con destino a la Fiscalía Seccional de El Bordo Cauca. **ARTICULO CUARTO:** CONTRA esta decisión proceden los recursos de ley. **NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.**

FDO. JUAN MENDOZA VEGA, Presidente; DIEGO ANDRES ROSSELLI COCK, Magistrado Ponente; CARLOS ALBERTO GAVIRIA NEIRA, Magistrado; EFRAIM OTERO RUIZ, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaria.

**TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA
REVOCA SENTENCIA INHIBITORIA Y ORDENA
INVESTIGAR.**

Bogotá, abril diecinueve (19) del año dos mil cinco (2005).

**SALA PLENA SESIÓN No.822 DEL DIECINUEVE
(19) DE ABRIL DEL AÑO DOS MIL CINCO (2005).**

Ref: Proceso No. 434 del Tribunal Seccional de Ética Médica de
Risaralda

Denunciante: Señor Y, padre de la paciente A (fallecida)

Inculpados: Médicos IPS Saludcoop Las Garzas y médicos Clínica
Risaralda

Magistrado Ponente: Doctor DIEGO ANDRÉS ROSSELLI COCK
Providencia No. 14-2005

VISTOS:

El 11 de mayo de 2004 el Tribunal Seccional de Ética Médica de Risaralda recibió la denuncia presentada por el señor Y en contra de los médicos de la IPS Saludcoop Las Garzas y de la Clínica Risaralda, ya que él considera que “por descuido de ellos fue la causa del fallecimiento de ella y de su bebé”, en hechos que habían ocurrido en noviembre de 2003.

En sesión del 18 de mayo de 2004 el Tribunal Seccional de Ética Médica de Risaralda decidió iniciar investigación preliminar. Fue designado como Magistrado Ponente el Dr. ALBERTO ORDUZ SUÁREZ.

Concluida la investigación preliminar, en su sesión del 1º de febrero de 2005, sala plena No 002, el Tribunal Seccional de Ética Médica de Risaralda dictó auto inhibitorio, el cual fue notificado al denunciante el 11 de febrero de 2005. El señor Y interpuso recurso de apelación el 2 de marzo de 2005

Por providencia del 15 de marzo de 2005, el Tribunal Seccional de Ética Médica de Risaralda dio trámite al recurso de apelación. El Tribunal Nacional de Ética Médica recibió el expediente el 16 de marzo de 2005, y en su sesión del 29 de marzo le fue asignado mediante sorteo al doctor DIEGO ANDRÉS ROSSELLI COCK.

HECHOS

Las fuentes primarias de información para recopilar los hechos acontecidos en este caso son las declaraciones del padre de la paciente A, el señor Y, su compañero... , la historia clínica de la Clínica Risaralda, las declaraciones de los médicos que atendieron a la paciente en esta última institución, así como las del coordinador médico de la IPS Saludcoop Las Garzas doctor X (quien no trabajaba para la entidad en el momento de los hechos). No se dispone de declaraciones de los médicos involucrados en los controles prenatales relacionados en la IPS Saludcoop Las Garzas ni se dispone de la historia clínica llevada en esa entidad (hay una denuncia de pérdida de la historia clínica). Con dichas limitaciones se pueden concluir los siguientes hechos:

La señora A era una primigrávida de 21 años, en la semana 32 de embarazo en el momento en que ocurrieron los hechos. Ella inició sus controles prenatales en el barrio Cuba de la ciudad de Pereira, acogiéndose a los beneficios del Sisbén. Dada la afiliación de su compañero ... a Saludcoop, pasó a ser controlada en la IPS Saludcoop Las Garzas a partir de junio o julio de 2003, que correspondía al 4º o 5º mes de su embarazo. Según sus familiares, ella se quejaba de cefalea frecuente, visión borrosa e inapetencia que, al parecer, fueron considerados como “normales para el embarazo”. No se sabe qué

exámenes de laboratorio se le habrían practicado. En alguna oportunidad (hay dos fórmulas médicas de fechas diferentes) le prescribieron ácido fólico, ampicilina y acetaminofén, pero hasta donde se sabe no fue remitida a especialista. En algún momento, según su compañero, se le dijo que tenía “el azúcar alta” y se le ordenó dieta. El sábado 8 de noviembre, cuatro días después de su último control prenatal, consultó a otra entidad por no sentir los movimientos de la criatura. Mediante ecografía se encontró un feto muerto y unas cifras elevadas de glicemia, por lo que fue remitida a la Clínica Risaralda. Allí fue hospitalizada en unidad de cuidados intensivos con diagnóstico de cetoacidosis diabética (glicemia 434; pH 7.21). Después de estabilizarla, se le indujo el parto, que no tuvo complicaciones y cuyo producto, de sexo masculino, fue remitido a patología para necropsia. El 11 de noviembre, después de que se estaban controlando ya las cifras de glicemia y la paciente se encontraba en mejores condiciones generales, presentó un súbito dolor precordial, perdió el conocimiento e hizo paro cardiorrespiratorio que no respondió a maniobras de reanimación. La necropsia médico-legal indicó como causa de muerte la ruptura de un aneurisma de la arteria coronaria marginal derecha, con taponamiento cardíaco y edema pulmonar. El mecanismo de la muerte de la señora A fue choque cardiogénico. Junto con el cadáver de la madre se recibió el del niño, así como la placenta. No se cuenta en el expediente con informe de la necropsia del niño, pero sí dice en el respectivo protocolo: “Con el cadáver de A llegó el feto producto de su embarazo sin acta de inspección. Sin embargo se le realizó necropsia médico legal quedando en estudio la causa de la muerte.”

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para el análisis de este proceso de deben considerar por separado las actuaciones de los médicos de la Clínica Risaralda y los de la IPS Saludcoop Las Garzas. A la Clínica Risaralda llegó la paciente con feto muerto y en malas condiciones generales. Fue internada de inmediato en la unidad de cuidado intensivo en donde recibió un

manejo adecuado para su estado de gravedad, se estabilizaron las cifras de glicemia y se corrigió en pocas horas la acidosis metabólica, todo ello con las correspondientes anotaciones en la historia clínica. Como posibles fallas en el manejo de la paciente se identifica tan solo la falta de contacto personal con la familia, particularmente con el compañero de A, el señor Él menciona que “no hubo una enfermera ni médico que se hubiera acercado a mí a decirme que había fallecido”.

En cuanto al manejo recibido en la IPS Saludcoop Las Garzas, allí sí surgen bastantes inquietudes. Esta sala del Tribunal Nacional de Ética Médica comparte el planteamiento que hace el magistrado ponente del Tribunal Seccional cuando afirma:

El hecho de que la causa de la muerte de la paciente hubiera sido una muy rara patología cardíaca como es el aneurisma coronario complicado con hemopericardio y taponamiento cardíaco; no amerita el hecho de que, como se dijo antes, la paciente fue sometida a un riesgo injustificado por omisión. Lo cual es violatorio del artículo 15 de la Ley 23 de 1981 [...]

Esta sala, sin embargo, no comparte los argumentos del Tribunal Seccional cuando en las consideraciones que dan pie a la resolución inhibitoria se afirma:

No es posible debido a la pérdida de la historia clínica, por lo cual se debe compulsar copias a la autoridad competente para su respectiva investigación, dilucidar el tratamiento y los controles durante el embarazo de la señora A. No es posible tomar una decisión concreta al respecto por no existir la historia clínica, por lo cual se concluye que hubo o no hubo un adecuado tratamiento y controles durante el embarazo. Por tal razón existe una serie de dubitaciones que no se pudieron comprobar, ni desvirtuar dentro del Proceso. Para casos como éste nuestra Ley Procedimental dispone “en las actuaciones penales toda duda debe resolverse a favor del sindicado [...]

Dejar sentado el precedente de que la pérdida de la historia clínica favorece al inculpado bajo el argumento del *in dubio pro reo* sería

grave para los procesos de ética médica que se adelantan en nuestros tribunales. Esta Sala considera que existen mecanismos para reconstruir por lo menos en parte la historia clínica de esta paciente. Corresponde a la IPS Saludcoop Las Garzas y a sus médicos demostrar que el manejo que recibió A se acogió a la *lex artis*. Sólo podemos presumir que se le solicitó en algún momento una glicemia porque ése es el manejo habitual que figura en las correspondientes guías de Saludcoop, pero ¿fue ello cierto? ¿Fueron normales los resultados? ¿En algún momento se consideró su embarazo de alto riesgo? ¿Fue remitida en algún momento al especialista? Estas inquietudes se podrían resolver no sólo mediante una búsqueda más minuciosa de la historia clínica (quizás en esos dos o tres anaqueles que menciona el doctor X en los que hace falta buscarla). También se pueden citar a indagatoria las dos médicas que aparecen firmando las fórmulas del 21 de octubre de 2003, la doctora X, y del 4 de noviembre, la doctora X. Igualmente se podrían buscar en el archivo del respectivo laboratorio clínico los resultados de los exámenes de laboratorio que se le hubieran podido practicar a A.

En relación con la presunción de inocencia y el reconocimiento del *in dubio pro reo* el Tribunal de instancia sostuvo:

“El análisis de la prueba no es cuantitativo sino cualitativo, siendo entonces la calidad misma de la prueba la que se confronta y examina en cada caso concreto a fin de conocer hasta dónde ello es capaz de conducir a la certeza legal.

La presunción de inocencia significa que corresponde demostrar que el sindicado no es responsable y que mientras esta prueba no se produzca se hace necesario ampararlo bajo esta presunción.

Si no se allegan las pruebas que conduzcan al juzgador a la certeza sobre la responsabilidad del acusado, no es posible cimentar un fallo condenatorio, por eso no hay manera de despejar las incógnitas que tenemos, porque el principio *in dubio pro reo* se aplicará en su favor, ya que ni la duda, ni lo creíble, ni lo probable pueden ser suficientes para condenarlo.-

Graves son los errores conceptuales que se enuncian en los párrafos antes transcritos. Primero que todo debe destacarse que es imposible que se asimile un simple auto inhibitorio con una fallo de condena, cuando en el tercero de los párrafos transcritos se asevera que si no hay certeza no se puede cimentar un fallo condenatorio. De la misma manera que constituye un error afirmar en relación con la presunción de inocencia que mientras no se demuestre que el sindicado “no es responsable” se lo debe amparar con esta presunción.

La garantía constitucional y de los derechos humanos de la presunción implica para el Estado la carga de la prueba y con ella el deber y la responsabilidad de los funcionarios que ejercen la represión de demostrar que ***es responsable***, y no como equivocadamente se afirma que lo que toca demostrar es la no responsabilidad.

La garantía de la presunción de inocencia aparece claramente consagrada en el artículo 29 constitucional cuando se estipula:

ARTÍCULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

TODA PERSONA SE PRESUME INOCENTE MIENTRAS NO SE LA HAYA DECLARADO JUDICIALMENTE CULPABLE. (Lo destacado no lo es en el texto).

Los Tratados sobre Derechos Humanos que integran el Bloque de Constitucionalidad igualmente consagran esta garantía y es así como el Pacto Universal de Derechos Humanos se dispone:

ARTÍCULO 14.

1.- Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2.- TODA PERSONA ACUSADA DE UN DELITO TIENE DERECHO A QUE SE PRESUMA SU INOCENCIA, MIENTRAS NO SE PRUEBE SU CULPABILIDAD CONFORME A LA LEY.

(Lo destacado no lo es en el texto).

La Convención Americana de Derechos Humanos por su parte dispone:

Art. 8o. Garantías judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. TODA PERSONA INCULPADA DE DELITO TIENE DERECHO A QUE SE PRESUMA SU INOCENCIA MIENTRAS NO SE ESTABLEZCA LEGALMENTE SU CULPABILIDAD. (Lo destacado no lo es en el texto).

Las anteriores normatividades aparecen claramente reglamentadas por la norma procesal al consagrarse en el artículo 7º la presunción de inocencia y sus dos grandes consecuencias, la carga de la prueba y el in dubio pro reo, al determinarse:

Artículo 7º. Presunción de inocencia e in dubio pro reo. TODA PERSONA SE PRESUME INOCENTE Y DEBE SER TRATADA COMO TAL, MIENTRAS NO QUEDE EN FIRME DECISIÓN JUDICIAL DEFINITIVA SOBRE SU RESPONSABILIDAD PENAL.

EN CONSECUENCIA, CORRESPONDERÁ AL ÓRGANO DE PERSECUCIÓN PENAL LA CARGA DE LA PRUEBA acerca de la responsabilidad penal. **LA DUDA QUE SE PRESENTE SE RESOLVERÁ A FAVOR DEL PROCESADO.**

En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria.

Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda. (Lo destacado no lo es en el texto).

Las disposiciones Superiores antes transcritas, consagran con precisión y claridad la garantía de la presunción de inocencia, que produce dos grandes consecuencias procesales de corte garantista: a) la carga de la prueba, según la cual, el ciudadano sometido a proceso no tiene la obligación de demostrar su inocencia, sino que es el Estado por medio de los funcionarios que ejercen la represión el que debe demostrar su culpabilidad y b) el in dubio pro reo, según el cual, cuando se han agotado las diversas instancias investigativas, y surgen dudas respecto a la autoría, la existencia de la infracción legal o la culpabilidad, el Estado debe resolver esas dudas en favor del sindicado.

La investigación preliminar como figura procesal ha existido en beneficio de los ciudadanos, para cuando haya dudas sobre si la conducta ha existido, si la misma no constituye infracción a la ley penal, si el autor ha actuado bajo el amparo de una causal de ausencia de responsabilidad, si se reúnen los requisitos de procedibilidad para iniciar la acción penal, o si el autor no se encuentra debidamente identificado o individualizado.

Con la misma se pretende evitar abrir procesos penales, que además de constituir una pesada carga para la administración de justicia, se convierten en una injusta persecución para los ciudadanos. En tales circunstancias la investigación previa o preliminar tiene como objetivo disipar esas dudas y poder determinar con seguridad si es del caso o no abrir proceso penal. En tal sentido el artículo 322 de la ley 600 de 2000 determina:

ARTÍCULO 322. FINALIDADES En caso de duda sobre la procedencia de la apertura de la instrucción, la investigación previa tendrá como finalidad determinar si ha tenido ocurrencia la conducta que por cualquier medio haya llegado a conocimiento de las autoridades, si está descrita en la ley penal como punible, si se ha actuado al amparo de una causal de ausencia de responsabilidad, si cumple el requisito de procesabilidad para iniciar la acción penal y para recaudar las pruebas indispensables para lograr la individualización o identificación de los autores o partícipes de la conducta punible..

Si realizada la investigación previa se verifica que la conducta no ha existido, que no constituye infracción a la ley penal, que se actuó bajo el amparo de una casual de ausencia de responsabilidad o no se daban los requisitos de procedibilidad para poder dictar el auto de apertura de proceso, se debe dictar resolución inhibitoria, tal como lo dispone el artículo 327 de la ley 600:

ARTÍCULO 327. RESOLUCIÓN 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 que está demostrada una causal de ausencia de responsabilidad.

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.

Pero si al vencerse el término previsto para realizar la investigación previa y existen dudas sobre la existencia de la conducta, si constituye o no infracción a la ley penal, si el agente actuó bajo el amparo de una circunstancia de ausencia de responsabilidad o si se cumplen los requisitos de procedibilidad, es necesario concluir que el proceso penal debe ser abierto y en este evento no será posible acudir al in dubio pro reo a favor del ciudadano como a continuación se demostrará.

El in dubio pro reo sólo tiene dos momentos procesales en los que puede ser aplicado, uno es en el momento de calificar el mérito del sumario y el otro es en el momento de dictar sentencia.

La investigación está concebida para llegar al descubrimiento de la verdad, para disipar las dudas que pudieran existir respecto a la existencia de la conducta, su calidad o no de delictiva, el poder llegar al conocimiento de si el agente actuó o no bajo una causal de ausencia de responsabilidad o si se dan o no los requisitos de procedibilidad para poder ejercer la acción penal. Es por ello que cuando existen dudas respecto a cualquiera de estas eventualidades el funcionario debe proceder a abrir la correspondiente investigación penal porque, como ya se dijo, la pesquisa penal está concebida para disipar las dudas y llegar al conocimiento de la verdad.

Es inconcebible que sin haberse iniciado siquiera la investigación se pudiera llegar a aplicar la garantía del *in dubio pro reo*, cuando ella existe es para cuando ya se ha agotado la investigación y pese a ella siguen persistiendo las dudas, caso en el cual sí es factible el reconocimiento de la garantía que se estudia. Pretender aplicar el *in dubio pro reo*, antes de iniciarse la investigación penal, significa palabras más, palabras menos, la renuncia del Estado a perseguir la delincuencia, la entronización de la impunidad respecto a todas las conductas delictivas y la desaparición del Estado de Derecho y de la sociedad organizada que del mismo se concretan.

Es por las razones anteriores, que esta garantía constitucional y procesal sólo es factible de ser aplicada en dos momentos procesales, cuando agotada la investigación penal se debe calificar el mérito del sumario, donde no existen sino dos eventualidades, formular acusación¹ o decretar la preclusión². Como ya la investigación se terminó y ante

1 ARTÍCULO 397. *REQUISITOS SUSTANCIALES DE LA RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN*. El Fiscal General de la Nación o su delegado dictarán resolución de acusación cuando esté demostrada la ocurrencia del hecho y exista confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio que señale la responsabilidad del sindicado.

ARTÍCULO 398. *REQUISITOS FORMALES DE LA RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN*. La resolución de acusación tiene carácter interlocutorio y debe contener:

1. La narración sucinta de la conducta investigada, con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que la especifiquen.
2. La indicación y evaluación de las pruebas allegadas a la investigación.
3. La calificación jurídica provisional.

2 ARTÍCULO 39. *PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN Y CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO*. En cualquier momento de la investigación en que aparezca demostrado que la conducta no ha existido, o que el sindicado no la ha cometido, o que es atípica, o que está demostrada una causal excluyente de responsabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o no puede proseguirse, el Fiscal General de la Nación o su delegado declarará precluida la investigación penal mediante providencia interlocutoria.

El juez, considerando las mismas causales, declarará la cesación de procedimiento cuando se verifiquen durante la etapa del juicio.

la imposibilidad del *non liquet*³, de los romanos, que implicaba una imputación eterna, el juez debe acusar o precluir y si existen dudas, debe concederse el *in dubio pro reo*; la misma situación se presenta en el momento de dictar sentencia, porque agotadas todas las instancias investigativas se debe absolver o condenar. Si persisten dudas, se debe conceder el *in dubio pro reo*. Pero como se puede observar solo es posible su aplicación cuando las instancias investigativas se han agotado, eventualidad que no sucede en el momento en que se debe decidir si se abre o no proceso penal, porque en este caso, si existen dudas de cualquier naturaleza lo pertinente será ordenar la apertura de la investigación, precisamente para disipar esas dudas que puedan existir en torno a una conducta, en principio estimada como típica. Es por las razones precedentes que se revocará la decisión revisada por apelación y en su lugar se determinará la apertura de la correspondiente investigación disciplinaria.

En cuanto a la actuación del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, quedó pendiente el resultado de la necropsia del feto, que podrá aclarar las causas del fallecimiento del niño. Sin esa necropsia sólo podemos especular sobre las posibilidades de insuficiencia placentaria o de otras complicaciones de una diabetes materna no controlada.

En conclusión, este Tribunal conceptúa que existen dudas sobre el manejo y la atención recibidas por la señora A por parte de los médicos

3 El juez no funda su sentencia. Se limita sólo a pronunciar un monosílabo. “si” o “no”, así como en el derecho romano el pretor respondía: “*condemno*” o “*absolvo*” o “*non liquet*” y expedía su veredicto en una conchuela de ostras, donde se encontraban grabadas las iniciales de las palabras referidas “A”, “C”, y “N. L”. O sea, un monosílabo, como en los veredictos de los jurados contemporáneos.-

Tratado de Derecho Procesal Penal, Rafael Fontecilla Riquelme, pág 37 Tomo I. E. Jurídica de Chile, Santiago 1978.-

El *non liquet* se producía en el derecho romano, cuando el pretor consideraba que no tenía elementos de juicio suficientes para condenar o absolver, o cuando tenía incertidumbre respecto a la prueba o la norma legal a aplicar. Es claro que tal posibilidad constituye una verdadera aberración y sería una clara negación de lo que entendemos por Estado Social y Democrático de Derecho y las garantías ciudadanas que a él se encuentran vinculadas.-

de la IPS Saludcoop Las Garzas. A pesar de la pérdida de la historia clínica –grave falla que no corresponde a estos tribunales juzgar– muchas de esas dudas se pueden aún aclarar.

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

RESUELVE:

Artículo Primero. – Revocar la resolución inhibitoria adoptada por el Tribunal Seccional de Ética Médica de Risaralda. **Artículo Segundo.** – Ordenar al Tribunal de Ética Médica de Risaralda la apertura de la investigación. **Artículo Tercero.** Devolver el expediente al Tribunal de origen, para lo de su competencia. **Notifíquese y Devuélvase.**

Fdo. JUAN MENDOZA VEGA, Presidente; DIEGO ANDRES ROSSELLI COCK, Magistrado Ponente; FERNANDO GUZMAN MORA, Magistrado; CARLOS ALBERTO GAVIRIA NEIRA, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaria.

TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA CONFIRMA FALLO INHIBITORIO.

Bogotá, marzo trece (13) del año dos mil doce (2012).

SALA PLENA SESIÓN No. 1123 DEL TRECE (13) DE MARZO DEL AÑO DOS MIL DOCE (2012)

Ref: Proceso No. 938 del Tribunal Seccional de Ética Médica de
Risaralda

Denunciante: sra. A

Denunciado: doctora x

Asunto: apelación

Providencia No. 23 -2012

Magistrada ponente: Dra. Lilian Torregrosa Almonacid

VISTOS:

Mediante fallo de diciembre 13 de 2011, el Tribunal de Ética Médica de Risaralda, Quindío y Chocó resolvió inhibirse de abrir investigación formal contra la doctora X por presuntas infracciones a la ética médica durante la atención el 23 de junio de 2010 a la Sra. A, donde la paciente mencionó a la doctora el concepto del ginecólogo donde sugería adelantar el siguiente control médico, pero la denunciada “...no me prestó la suficiente atención en razón a que el médico no lo había escrito en observaciones...”

La denunciante interpone recurso de reposición y en subsidio de apelación el 7 de febrero de 2011 y el Tribunal de Ética Médica de Risaralda, Quindío y Chocó en sala plena de febrero 21 de 2012 se ratifica en lo expresado en el Auto Inhibitorio del 13 de diciembre de 2011.

Puesto el expediente para reparto en Sala Plena del Tribunal Nacional de Ética Médica, el 6 de marzo de 2012, correspondió por sorteo a la Magistrada Lilian Torregrosa Almonacid.

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

HECHOS:

De acuerdo con la queja, recibida en el Tribunal seccional el 29 de abril de 2011, la Sra. A de 42 años quien se encontraba en controles prenatales con la médica general X, asistió a su control ecográfico del tercer trimestre con el perinatólogo, quien al realizar la ultrasonografía mencionó que debería adelantar su siguiente control con el ginecólogo, pues “la bebé que iba a tener tenía el estómago pequeño”, instrucción que la paciente siguió y adelantó su consulta con medicina general.

Cuatro días después le fue asignada una cita en consulta externa con la doctora X, quien realizó una evaluación cuidadosa y a pesar de no encontrar alteraciones en el examen clínico de la madre y el feto, ni signos de alarma en la ecografía, la remite al ginecólogo consignando en la historia clínica como justificación de esta remisión, que “el perinatólogo planteó una duda” en la ecografía realizada días atrás.

Cuatro días después de esta valoración, la paciente acude al servicio de urgencias por cefalea intensa y ausencia de movimientos fetales, donde le fue detectado por monitoreo fetal y ecografía, óbito fetal que fue recibido más adelante por parto vaginal inducido.

No existe registro en la historia clínica sobre informe de necropsia que aclare la causa de muerte, lo cual es importante anotar pues existía una sospecha ecográfica de cromosomopatía (Trisomía 21) en los controles prenatales, sobre la cual se había informado a la paciente.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS:

En su informe de conclusiones, el Magistrado instructor (Folios 159 y 160 del cuaderno único) concluyó que el proceder de la profesional de la medicina que atendió en consulta de atención prenatal a la paciente fue prudente y diligente y se ajustó a la *lex artis*. Con base en tales conclusiones el Tribunal seccional resolvió inhibirse de abrir investigación contra dicha profesional.

Después de revisar la historia clínica de Comfamiliar Risaralda (folios 10 a 120), este Tribunal Nacional está de acuerdo con las conclusiones que llevaron a dicho fallo inhibitorio.

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 inhibitorio del Tribunal de Ética Médica de Risaralda, Quindío y Chocó mediante el cual se abstuvo de abrir investigación contra la médica X por la queja interpuesta por la Sra. A, por presuntas violaciones a la ética médica en la atención prestada el 23 de junio de 2010 a la denunciante. **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. JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado -Presidente; LILIAN TORREGROSA ALMONACID, Magistrada Ponente; EFRAIM OTERO RUIZ, Magistrado; FERNANDO GUZMAN MORA, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaria.

SENTENCIA INHIBITORIA DE PRIMERA INSTANCIA.

TRIBUNAL SECCIONAL DE ÉTICA MÉDICA DE BOGOTÁ, SALA PLENA, SESIÓN NÚMERO QUINIENTOS CUARENTA Y TRES (543), BOGOTÁ D.C. ENERO TREINTA Y UNO (31) DE DOS MIL SEIS (2006)

Radicacion No. 2325

Denunciante: Señor B

Denunciado: Medico Doctor X

Magistrado Instructor: Doctor Francisco Pardo Vargas

Asunto: Resolución Inhibitoria

VISTOS

Procede la sala plena del Tribunal Seccional de Ética Médica a tomar la decisión que corresponda una vez concluida la investigación preliminar adelantada por el magistrado Doctor Francisco Pardo Vargas

LA QUEJA:

Con fecha 14 de Octubre de 2004, la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD remite a este Despacho la queja interpuesta por el SR. B con el fin de que se adelante la investigación de su competencia.

LA DENUNCIA:

Es enfático el denunciante en señalar que, en el caso de su hermana se presentaron dos errores: Diagnostico equivocado y demora en el reconocimiento de los signos y síntomas que presenta una paciente con

embarazo de trillizas, que asistió el día 17 de julio a la CLINICA JORGE PIÑEROS CORPAS por una ruptura prematura de membrana. Esta paciente fue internada en la clínica y sometida a un tratamiento de alto riesgo conocido como manejo expectante de la ruptura, sin que se le tuviera en cuenta dentro del proceso de toma de esta decisión. Aclaro que en estos casos lo que sugiere la literatura mundial es que se debe de hacer firmar por parte de la paciente un Consentimiento Informado del problema y de la solución que propone el cuerpo de especialistas médicos, lo cual no se hizo. Este hecho cobra una importancia significativa, puesto que asociados a este tratamiento de alto riesgo existen unas posibles consecuencias que podrían poner en peligro la vida de la madre. También es necesario aclarar que la paciente tenía derecho a conocer las limitaciones tecnológicas relacionadas con el laboratorio que se sigue para vigilar de cerca su evolución y prevenir una posible infección, que pusiera en riesgo de fracasar este procedimiento de alto riesgo. Deseo añadir que también se omitió informar a la paciente que la clínica no podría asegurar la disponibilidad inmediata en la Unidad de Neonatos en el evento que dicha paciente presentara fiebre y correspondiera proceder de inmediato a desembarazarla. Considero además que a la paciente se le siguió un laboratorio de diagnostico que no era ni sensible ni específico para detectar la corioamnionitis, una infección que la paciente podría desarrollar con una altísima probabilidad. Tampoco se le informó a la paciente sobre las posibles complicaciones que podrían sobrevenir después de que fuera desembarazada. Me refiero a la posibilidad latente de que la paciente dadas las condiciones en que se desarrolló su embarazo (con ruptura prematura de membranas prolongada), desarrollara una endometritis producto de la acción de patógenos adquiridos durante su proceso de hospitalización. Toda esta información que debía conocer la paciente para tomar una decisión conciente, no fue suministrada en el momento oportuno. Tampoco se informo a la paciente que durante los días sucesivos a su internación en la clínica, los valores de sus exámenes clínicos eran anormales y se encontraban en aumento. Un hecho que posiblemente hubiera contribuido a que la paciente y sus familiares reconsideraran la decisión de los médicos de

continuar con el embarazo. Otro hecho que consideramos bastante grave, corresponde a que los valores de los laboratorios como la PCR no son consecutivos, lo cual siembra un velo de duda sobre la calidad de estos y que algunos valores altamente anormales se hayan pasado por alto sin llamar la atención sobre el grupo de especialistas, quizá con el fin de que se hubiera realizado un Comité Técnico Científico, para evaluar el caso y para que se hubiera tomado alguna acción más agresiva con el fin de prevenir un desenlace fatal. Además considero que la decisión del DR. X de quitarle los antibióticos a la paciente durante 15 días a pesar del altísimo riesgo de infección, contribuyó a que finalmente el día 15 de agosto la paciente presentara fiebre y contracciones que por opinión de especialistas consultados, no son otra cosa que la manifestación clara de una infección, que por los antecedentes tendría su foco en el útero y/o en las bolsas de los bebés (corioamnionitis). Esa noche, el doctor de turno DR. R, pidió realizar unos laboratorios como son cuadro hemático, PCR, y una ecografía con el fin de confirmar o descartar una infección intrauterina, sin embargo y a pesar de la gravedad de la situación, dichos exámenes solo se realizaron hasta 9 horas después, y sin tener en cuenta la opinión de la paciente decidió llevar a cabo un tratamiento conservador con Sulfato de Magnesia para provocar la úteroinhibición y así retrasar el parto. Este galeno no estuvo al frente de la situación ya que conocemos que el monitor fetal que tenía 2 meses de comprado, no se pudo poner a funcionar por parte de sus subalternos, por causas que para un doctor calificado hubieran sido fácilmente resueltas. Me refiero a que el monitor tenía los cables cruzados y por tanto no se pudo realizar el monitoreo fetal simultáneo a los 3 bebés que sabemos era indispensable para 1) correlacionar las contracciones con la frecuencias cardiacas fetales, 2) para controlar la desaceleración cardiaca en los 3 bebés. Como ya sabemos uno de los bebés nació muerto y presentando signos de sufrimiento fetal y otro bebé nació vivo pero con un edema cerebral que posiblemente fue provocado por la presión ejercida sobre su cabeza por los bebés que estaban sobre él a causa de las contracciones. Sabemos que esa noche no había disponibilidad en la Unidad de Neonatos de la Clínica, por tanto le correspondía al DR. R remitir a la paciente a otra institución

donde se pudiera proceder de inmediato con el desembarazo. Recordemos que para pacientes con los antecedentes que tenía este caso, es de vital importancia para intentar salvar la vida de los bebés y preservar la salud de la madre, desembarazar de inmediato tan pronto se compruebe una infección intra uterina. Lamentablemente el DR. R no realizó ningún procedimiento para remitir a la paciente a otra institución con disponibilidad, ni tampoco pidió a la paciente consentimiento informado sobre el procedimiento conservador que se sigue. El desenlace es bien conocido y es bien sabido por los profesionales de la salud que el nivel de un galeno se mide por sus resultados y no por sus laureles académicos o por su experiencia. También creo que hubo notables errores en los procedimientos médicos que se llevaron a cabo después del desembarazo. La paciente presentó continuas fiebres puerperales, cuya causa se le atribuye a una mastitis. Es bien sabido que a la paciente se le trató su mastitis de manera exitosa, con drenaje de senos y secado de la leche y además se le suministró un antibiótico que era sensible a la bacteria ECOLIi que era la causante de la muerte de 2 de las bebés. Sin embargo, después de que la paciente bajo este tratamiento pasara un par de días sin fiebres, ni taquicardia, esta volvió a recaer presentando alta temperatura y taquicardia, un hecho que debía haber alertado a los médicos que la trataban, puesto que su recaída parecía inexplicable por lo anteriormente dicho. ¿Era posible que la paciente que había tenido sus 3 bebés por cesárea y que estaban infectados con la bacteria ECOLIi, una bacteria muy virulenta y asociada a la mayoría de las muertes de maternas por infecciones que normalmente han desencadenado en shock séptico, estuviera desarrollando una endometritis puerperal?. Después de haber estudiado los hechos, no entendemos cómo ante la recaída de la paciente, los médicos tratantes hacen caso omiso a las advertencias del infectólogo de la clínica quien sugería mantener a la paciente bajo una estricta vigilancia y someterla a nuevos exámenes diagnósticos como un TAC de abdomen pélvico o quizás cultivos endometriales y por el contrario este grupo de profesionales sin haber realizado un estudio a fondo del caso, ni un Comité Técnico Científico, deciden por el contrario enviar a la paciente para su casa bajo un sistema que ellos llaman de

hospitalización en casa. Es de destacar que 24 horas antes de dar salida a la paciente, esta presentó fiebre de más de 38 grados y taquicardia de al menos 120 latidos por minuto, signos de respuesta sistémica inflamatoria severa, que sumados a los antecedentes de infección intrauterina comprobada, constituían lo que se conoce como sepsis. La paciente presentaba signos de sepsis, era necesario cambiar el tratamiento antibiótico, quizá de Amikacina por Meropenem un antibiótico que se sabía había controlado la infección en la tercera bebé que falleció posteriormente por causas cardíacas, y había que implementar nuevos procedimientos diagnósticos, lo cual nunca se hizo, sino que por el contrario se le mandó para la casa, donde se sabe no va a estar atendida de la misma manera que si estuviera dentro de la clínica. Esta que yo llamo la segunda etapa del tratamiento estuvo plagada de errores, tanto por parte de las enfermeras que la asistieron, como por parte del Doctor que debía vigilar su progreso y la aplicación del tratamiento antibiótico. Quiero destacar tres hechos que me parecen de suma gravedad: el primero, sucedió el día lunes 23 de agosto, cuando la paciente se encontraba todavía en la Clínica, ese día se elaboró un formato de devolución de medicamento de la paciente A, en el que se devuelven dos ampollas del antibiótico Amikacina de 500 mgrs cada una, por cambio en la dosificación, este hecho nos parece altamente sospechoso, ya que no conocemos de ningún cambio en la dosificación del antibiótico Amikacina prescrito a la paciente. El segundo hecho altamente irregular, corresponde a la aplicación de solo la mitad de la dosis de antibiótico a la paciente por parte de la enfermera YOLANDA RUEDA del Sistema de Hospitalización en Casa, durante los días 24, 25, 26 y 27 de agosto, este error fue detectado por la enfermera que reemplazó a la Señorita YOLANDA RUEDA, el día sábado 28 de agosto, al notar que la paciente tenía una gran cantidad de ampollas de antibiótico sobre su mesa de noche e indagar con las testigos presenciales de los hechos, quienes eran la misma paciente, mi madre y la empleada del servicio Y, quien se puede ubicar en el teléfono 5996580. Y el tercer error no menos grave consiste en el deficiente trabajo que realizó el Doctor X, quien a pesar de observar que la salud de A se deterioraba día a día, presentando fiebres más intensas y persistentes de observar que

su función renal estaba disminuida que presentaba fuerte dolor abdominal, hinchazón en todo su cuerpo y la contracción uterina, no se estaba produciendo de la manera que se esperaría, nunca éste galeno, llamó la atención a sus colegas, ni decidió practicar nuevos exámenes diagnósticos desconociendo las indicaciones de los infectólogos de la clínica y lo que es peor aun, nunca vigilo de cerca la aplicación del tratamiento antibiótico a la paciente por parte de las enfermeras y más bien si, se dedico a crear una atmósfera de falsa tranquilidad que influyó en que ni la paciente, ni su familia decidiéramos buscar otra opinión médica. Sabemos que nuestra hermana regresó a la clínica con peritonitis, con sus órganos reproductivos totalmente infectados, con la bacteria ECOLI y con un grado tan avanzado de sepsis, que solo bastaron siete días para que falleciera, las causas de la muerte fueron disfunción orgánica múltiple ocasionada por una shock séptico ocasionado por una sepsis severa producida por la invasión de la bacteria ECOLI, cuyo foco inicial fue la cavidad intrauterina adonde se traslocó desde la vagina de la paciente. Como explicó el Doctor BARRIOS en algún momento cuando mi hermana se encontraba premortem en la Sala de Cuidados Intensivos: “la infección se dejó avanzar tanto en el cuerpo de A que de nada sirvió todo cuanto se hizo en la UCI pues su cuerpo hacía rato había perdido la batalla por la vida”. Por la negligencia, omisión, impericia y quizá, flagrante violación al reglamento interno de la Clínica.

LOS HECHOS:

LA ACTUACIÓN PROCESAL:

En Sala Plena, Sesión Número Cuatrocientos Noventa y Cuatro (494) de fecha Octubre Veinte (20) de Dos Mil Cuatro (2004), se aceptó la queja presentada por el SR. B en contra de MEDICOS EN AVERIGUACION DE LA CLINICA JORGE PIÑEROS CORPAS y se designo como su Magistrado al Doctor FRANCISCO PARDO VARGAS dentro de la presente investigación preliminar radicada bajo el No.2325 (Folio 119 del c.1.).

Para el perfeccionamiento de la investigación se adelantaron y allegaron las siguientes pruebas:

1. Comunicación del 14 de Octubre de 2004 remitida a este Tribunal por parte de la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD (Fls. 1 a 118 del c.1)
2. Copia de la historia clínica de la paciente fallecida y de las Gemelas 1 y 2, visible a los cuadernos 6 a 10
3. Comunicación del 25 de Mayo de 2005 en la cual la Personería de Bogota remite a este Tribunal las diligencias adelantadas por ese Despacho, visible en los Cuadernos 11 a 13
4. Diligencia de Declaración bajo la gravedad del Juramento que rinde ante este Despacho el SR. B (Fls. 234 a 238 del c.1)
5. Comunicaciones del 15 de Julio y del 31 de octubre de 2005 en la cual se solicita SALUDCOOP EPS se sirvan informarnos los datos del DR. X, (Fls. 239 y 241 del c.1)
6. Diligencia de Versión Libre que rinde ante esta Corporación el Especialista DR. X quien relató que, era el ginecólogo encargado de la consulta de alto riesgo y la paciente consultó por un embarazo temprano (4-5 semanas), producto de una fertilización in-vitro. Le hizo unas consultas de control prenatal hasta que ella decidió abandonar el país para tener sus hijos en Estados Unidos, más o menos a las 20 semanas de embarazo. Durante el control prenatal tuvo varios episodios de amenaza de aborto, en un momento dado hubo hasta 4 embriones presentándose la muerte y reabsorción de uno de ellos quedando un bebé monocorionico monoamniótico y 2 bebés monocoriales biamnióticos. Finalmente se logró controlar la amenaza de aborto y en estas condiciones la paciente viajó. Se le dieron sus recomendaciones con respecto al cuidado que debía tener por el antecedente de amenaza de aborto que había presentado, por el riesgo que implicaba un embarazo múltiple de este número, y el antecedente de ser una fertilización in-vitro. La paciente manifestó que tenía un familiar médico en Miami

quien la iba a acompañar y colaborar. Posteriormente el esposo lo llama, más o menos 1 mes después, a informarle que a ella le restringieron el ingreso a Estados Unidos y que va a volver a Bogotá para continuar el control prenatal. Le solicitó que la atendiera nuevamente. Ella rompe fuente antes de ser valorada e ingresa directamente por urgencias a la CLINICA JORGE PIÑEROS CORPAS. En ese momento con un embarazo de 23-24 semanas, con 3 fetos vivos y disminución del líquido amniótico en 1 de los sacos del embarazo monocorial biamniótico y se les informa de los riesgos de esta condición y se les propone el manejo expectante que es aceptado por la pareja después de haber aclarado algunas dudas (manifiestas que no quieren bebés con retardo mental ni con defectos físicos). Se les explicó el riesgo de infección tanto de los trillizos como para la madre ante la ruptura de membranas confirmada y la posibilidad de sobre vida de los fetos. Le preguntaron si se podía terminar el embarazo como se les había informado a su ingreso, pero les informó que había 2 fetos sin ruptura de membranas que podrían ser viables y que esto correspondía a realizar un aborto que no es permitido por la Legislación. Se instauró el manejo según los protocolos de la Institución con hospitalización, reposo absoluto en cama, profilaxis anti embolica con Heparina de bajo peso molecular, fisioterapia, antibiótico profiláctico por 10 días con Ampicilina y Eritromicina (busca eliminar la flora bacteriana del tracto genital para disminuir la posibilidad de infección, por lo tanto solo se emplea por 10 días). La paciente respondió en forma satisfactoria por 1 mes logrando aumentar el peso de los fetos y por lo tanto mejorando sus posibilidades de sobre vida. El seguimiento del manejo expectante se realizó con cuadro hemático, PCR, y pruebas de bienestar fetal. Más o menos 1 mes después, estando hospitalizada aún, presenta pico febril y es manejada por el ginecobstetra de turno quien decide descartar otras causas de fiebre antes de desembarazar a la paciente, pero con la certeza de que si es una corioamnionitis se debe desembarazar. Inicia los trámites de remisión que según lo que manifiesta él son rechazados por la paciente aduciendo su carácter de recomendada, igualmente dispara la alerta en la clínica para preparar la unidad de recién nacidos y todos los servicios para desembarazar a la paciente. El médico ginecobstetra de turno decide realizar cesárea en

la mañana pero la paciente se niega diciendo que prefiere esperar a que llegue el DR. X, a pesar de que conoce los riesgos. Llegó a las 10 y le están realizando una ecografía que evidencia un feto muerto, a pesar de que el control de fetocardias había sido satisfactorio en el transcurso de la noche. Más o menos a las 10 y media de la mañana realizó cesárea extrayendo un feto muerto y 2 fetos vivos, no se encuentran signos de infección en la madre pero se decide dejar antibiótico por el antecedente de ruptura y el riesgo de infección con Clindamicina y Gentamicina. Inicialmente en el postoperatorio la paciente evoluciona satisfactoriamente, se presenta el deceso de los dos recién nacidos al parecer por causa infecciosa. Según los cultivos de los recién nacidos se modifica el tratamiento de la madre cambiando la Gentamicina por Clindamicina. La paciente presenta ocasionalmente picos febriles con laboratorios dentro de límites normales y examen físico completo realizado por varios ginecólogos y un infectólogo que no evidencian signos clínicos de infección en el tracto genital de la paciente. Se encuentran signos de congestión mamaria y se actúa en concordancia con este diagnostico logrando mejoría parcial por episodios mientras se realizar la evacuación láctea y los manejos sintomáticos. El esposo de la paciente solicita a las Directivas de la CLÍNICA se facilite la salida para manejo ambulatorio y se le autoriza la salida con el servicio de hospitalización en casa de la EPS. Posteriormente, el esposo de la paciente lo llama nuevamente y aunque no se encontraba de turno acudió a la CLÍNICA a acompañarlo, se realizó el TAC y se evidenció algunas colecciones intra pélvicas. Se decide pasar a cirugía atendiendo la recomendación de anestesia de esperar el ayuno al medio de contraste que se le había administrado vía oral. Por solicitud de los familiares participó en el procedimiento quirúrgico y se le realizó histerectomía abdominal y anexectomía. La paciente en el postoperatorio es manejada en UCI y presenta una evolución torpida no propia de una mujer de su edad, presentando una sepsis generalizada y posteriormente fallece. (Fls. 242 a 247 del c.1)

ANÁLISIS:

En mérito de lo expuesto el Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá, en uso de sus atribuciones legales

RESUELVE:

Primero: Inhibirse de abrir investigación formal en contra de los doctores X y X, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. Segundo: contra esta providencia proceden los recursos de reposición y apelación en los terminos de ley. Tercero: notificar esta providencia en la forma establecida en la ley 23 de 1981. **Copiese, notifiquese y cumplase.**

Fdo: Emilio Posada Sarmiento, presidente; Gabriel Ortega Lafaurie, magistrado; Francisco Pardo Vargas, magistrado; Santiago Currea Guerrero magistrado; Jorge Fernando Vargas Vélez, magistrado; Maria Mercedes Vazquez Piñeros, abogada secretaria.

CONDENA POR NEGLIGENCIA MÉDICA.

Bogotá, marzo primero (01) del año dos mil once (2011).

SALA PLENA SESIÓN No.1076 DEL PRIMERO (01) DE MARZO DEL AÑO DOS MIL ONCE (2011).

REF: Proceso No. 404 del Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico

Contra: Drs. X y X

Denunciante: B.

Asunto: Recurso de apelación

Magistrado Ponente: Doctor Luis Alberto Blanco Rubio M.D.

Providencia No. 18-2011

VISTOS:

El Tribunal Seccional de Ética Médica del ATLÁNTICO en sala plena del 5 de Mayo de 2010, resolvió imponer al doctor **X** sanción con suspensión de dos meses en el ejercicio profesional y a la doctora **X**, sanción de Censura Escrita y Pública, dentro del proceso iniciado por queja presentada por la doctora **B** (**Jefe de control disciplinario Hospital Juan Domínguez Romero de Soledad Atlántico**) por la atención prestada a la señora **A**.

En escrito fechado el 18 de noviembre de 2010, recibido en el tribunal seccional el mismo 18 del mes de noviembre, el abogado NORTON J. VILLALBA RODRIGUEZ en su condición de defensor del doctor **X** , presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la providencia mencionada. Y con fecha 22 de noviembre de 2010 el abogado **DIEGO MALDONADO** en su condición de defensor de

la disciplinada **X**, presentó también recurso 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 en cuanto al doctor **X** y concedió su apelación para ante el Tribunal Nacional de Ética Médica.

El cuaderno que contiene el expediente se recibió en el Tribunal Nacional el día 7 de noviembre de 2010; puesto para reparto en la sala plena del 14 de Diciembre 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 fechado el 23 DE ABRIL DE 2008, la doctora **B**, jefe de Control Disciplinario y Atención de Quejas y Reclamos del hospital departamental “JUAN DOMINGUEZ ROMERO” de Soledad presentó ante el Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico, queja contra la médico general **X** y el ginecólogo **X**, quienes el 17 de diciembre de 2007 a las 4 y 20 de la mañana recibieron por el servicio de urgencias a la paciente **A** de 24 años de edad paciente que consulta porque desde hacía dos días venía presentando epigastralgia muy intensa, cefalea intensa. Como antecedentes ultima regla en mayo 12 de 2007 y un embarazo de 31 semanas según amenorrea. Al examen físico se encuentra paciente alerta, conciente tensión arterial 180/100, abdomen globoso, no está consignada la altura uterina ni la fetocardia. Tacto vaginal: cuello permeable de 1 cms, sangrado moderado. Edema leve de MMII. SNC:normal. Se hizo un diagnóstico de:

1. Embarazo de 31 semanas,
2. Amenaza de parto prematuro y
3. Pre-eclampsia Severa.

Firma la historia la doctora X. La paciente es hospitalizada con ordenes firmadas por la doctora Rendón y se solicitan para-clínicos. A las 6 y 10 am aparece una nota firmada por X médica interna rotatoria, quien describe una TA: 120/90 Altura uterina 21 cms, contracciones 3x10mmx20 segundos, fetocardia 130/minuto. Sangrado genital **abundante** proviene de la cavidad uterina, cuello 2 cms de dilatación, edema g II de MMII. Al final anota “paciente a quien se espera remitir a tercer nivel, mejorando cifras *tensionales*, *pero con persistencia de sangrado*. Plan: *pendiente remisión*” folio 9.

A las 7 y 50 am (folio 10) aparece una nota de evolución firmada por el doctor X, ginecólogo especialista, quien describe: “paciente en mal estado general con los diagnósticos anotados, TA 130/80, fc: 90 x minuto, temp 37, no se escucha frecuencia cardiaca fetal. Al tacto vaginal y especuloscopia cuello permeable al pulpejo del dedo, evidencia de sangrado profuso por genitales externos, hipertonicidad uterina. Se piensa en desprendimiento de placenta. Se ordena trasladar al quirófano” además, agrega el diagnostico de óbito fetal. El doctor X practica cesárea y la remite a tercer nivel para cuidados intensivos porque en el post operatorio entre en shock. En el folio 50 aparece el ingreso a cuidados intensivos con fecha diciembre 17 de 2007 1 pm y en la historia dice que la paciente ingresa con shock hipovolémico por lo cual informan a la familia que el pronóstico es grave. Se practica todo el tratamiento en la UCI pero la paciente evoluciona mal y el día 19 de diciembre el neurólogo, con firma ilegible, diagnostica muerte cerebral. A las 9 y 30 de la noche de esa misma fecha la paciente fallece.

El Tribunal de primera instancia aceptó la queja presentada por la doctora X, jefe de control disciplinario del hospital “Juan Domínguez Romero” la cual viene sustentada por conclusiones de los comités de historias clínicas y un comité ADHOC. Así mismo el Tribunal realizó averiguación preliminar durante la cual examinó copia de la historia clínica correspondiente a la paciente B, las conclusiones de dichos comités, y oyó en declaración sin juramento a los disciplinados;

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 la médica general **X** y el ginecólogo **X** por haber violado posiblemente los artículos 3, 10 y 34 de la Ley 23 de 1981, señalándole fecha para la respectiva diligencia de descargos. Como en los descargos, rendidos por los disciplinados con asistencia de sus abogados defensores ante la Sala Plena del Tribunal Seccional, los doctores no desvirtuaron las acusaciones planteadas, el Tribunal del Atlántico decidió imponerle la sanción de Censura Escrita y Pública a la doctora **X**; y suspensión en el ejercicio profesional por un término de dos meses al doctor **X**. La providencia del doctor **X**, debidamente notificada, fue recurrida dentro de los términos para reposición y en subsidio apelación; La providencia de la doctora **X** fue recurrida dentro de los términos únicamente para apelación ante el TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA. El Tribunal de primera instancia negó la reposición y concedió la apelación subsidiaria al doctor **X**, por lo que el proceso fue enviado a este Tribunal Nacional para lo de competencia.

En posterior informe secretarial el Tribunal Seccional del 11 de febrero de 3011 concede el recurso de apelación interpuesto por el doctor Diego Maldonado defensor de la doctora Carmen Rendón Avendaño, auto que por error involuntario quedó mal redactado por lo que se decreta su nulidad en la parte correspondiente de la admisión del Recurso de Apelación.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

Al sustentar el recurso de apelación interpuesto dentro de los términos, los abogados **NORTON J VILLALBA RODRIGUREA Y DIEGO MALDONADO VELEZ**, apoderados del ginecólogo **X** y del médico general **X**, fundan su inconformidad en varios puntos:

1 – El apoderado del ginecólogo **X** dice que el Tribunal Seccional afirma que el doctor en sus descargos manifiesta de una manera abstracta y

confusa la conducta que asumió con el tratamiento y que afirma que el encartado no examinó a la paciente. El doctor X en su versión libre dice que el médico general “me comenta la paciente, veo a la paciente como aparece en las notas de enfermería, valoro a la paciente y doy las indicaciones para el manejo de urgencias y la orden de remisión al tercer nivel”.... En la diligencia de descargos expuso: “la historia clínica si se hizo, está avalada por mí, dicen las notas de enfermería que la paciente fue vista por mí.....eran las 5 am, la doctora X , médica general, se dirige al lugar de descanso, que es al lado de la sala de partos, me informa sobre la llegada de la paciente, inmediatamente doy las indicaciones, veo que se escriban las indicaciones, firmo las indicaciones, se hace la remisión, mientras el médico interno baja al radioteléfono yo examino a la paciente, siempre bajo la supervisión mía y de ellos”. Pregunta el abogado “ ¿Dónde está la prueba necesaria que nos dé la certeza absoluta de que el doctor Flórez no evaluó a la paciente, no dio las órdenes médicas, no pidió la remisión y no compartió los aspectos fundamentales del tratamiento?. No existe Honorable Magistrado tal prueba por cuanto el doctor Flórez y la doctora Rendón actuaron ceñidos a la ley 23 de 1981 en su integridad”.

El Tribunal seccional del Atlántico manifiesta que si fue confuso su relato en los descargos y que esa corporación no tiene duda alguna que el doctor X, no brindó adecuadamente los beneficios de la medicina a la paciente ya que se evidencia que no la examinó cuando fue requerido por la médica de planta para informarle que había llegado una urgencia con embarazo pre-termino y una pre eclampsia severa , limitándose a decirle a la médica que hiciera el tratamiento de la pre-eclampsia severa y una remisión al tercer nivel (folio 148/150)

El TRIBUNAL NACIONAL está de acuerdo en que se trataba de un caso de urgencia por lo que el médico no podía excusarse de atenderla con toda su dedicación y sabiduría más aún si estaba de turno en el área de urgencias. Se trataba de un caso de embarazo de alto riesgo que requería de atención inmediata pues corría peligro tanto el feto como la madre y así el ginecobstetra ha debido dedicarle el tiempo

necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud y prescribir el tratamiento adecuado con un control estricto, personal e intensivo mientras la paciente era remitida a un centro de tercer nivel pues se trataba de una paciente muy grave. Solamente hasta las 6 y 10 am vuelve a aparecer una nota en la historia clínica hecha por la interna **X** en la cual manifiesta el mal estado de la enferma con sangrado genital **abundante** que proviene de la cavidad uterina y en espera de remisión para un tercer nivel, pero no aparece ninguna nota del especialista. Desde la hora en que se realizó la historia clínica 4 y 20 am, hasta las 6 y 10 am, no vuelve a haber ningún registro de la valoración por parte de un médico graduado y esta valoración la hace el interno rotatorio con su firma y la de nadie más. Anota que la paciente se encuentra con sangrado abundante vaginal proveniente de la cavidad uterina ta: 120/90, pendiente remisión. No hay otra nota medica en la historia clínica sino hasta las 8:30 del doctor **X** en la cual registra que la paciente se encuentra en mal estado general, fetocardia negativa, sangrado profuso por genitales externos, con posible desprendimiento de placenta, hipertonicidad uterina y da la orden de trasladarla al quirófano para practicar cesárea.

No se encontró la nota escrita de evolución en la historia de ingreso de la emergencia que ha debido hacer el especialista de turno doctor **X**, tal como lo señala el comité Unidad de Análisis Departamental de morbilidad perinatal del hospital “Juan Domínguez Romero” de Soledad (folio 3), y el registro de las condiciones del paciente es de obligatorio cumplimiento según la ley 23 de 1981. El doctor **X** expuso a la paciente a un riesgo injustificado al no precisar el diagnóstico de gravedad extrema y así proceder con los cuidados minuciosos y permanentes requeridos para estos casos mientras la paciente era remitida. El hecho de que la enferma no haya sido trasladada antes, no quiere decir que no se le dé el tratamiento intensivo ginecobstétrico por parte del especialista de acuerdo a la *lex artis*.

El abogado **DIEGO MALDONADO VELEZ**, apoderado de la médica general **X** al sustentar el recurso de apelación, funda su inconformidad en los siguientes puntos:

Las Declaraciones que prueban la no vulneración de los artículos 3, 10 y 34 de la ley 23 de 1981, no fueron tenidas en cuenta en su integridad por el honorable Tribunal Seccional. En su declaración jurada de nov 20 de 2008 la doctora X expresó: “ la paciente llevo ese día a las 4:20 de la mañana, el interno escribe la historia y yo la firmé y le hice el examen físico, había una fetocardia de 140, aunque no aparece anotado en la historia clínica pero aparece corroborado más adelante en una nota a las 6:30 am, yo le hice su manejo medico para bajar las cifras tensionales, ya que le hago el diagnostico de una pre-eclampsia moderada a severa y le notifico al ginecólogo doctor X, el cual me dice en forma oral que le inicie el manejo con sulfato de magnesio y la remita inmediatamente a un nivel de tercera complejidad y eso fue lo que hice inicie la remisión sin perder en la mira la evolución de los signos vitales. Posteriormente entrego turno a las 7 de la mañana y le comento que la paciente está siendo remitida y le insisto que esté pendiente de esa remisión y la dejo con cifras tensionales disminuidas y fetocardia positiva. No me acuerdo si cuando llamé al ginecólogo inicialmente él revisó la paciente, pero sí estoy segura que le notifiqué que la paciente estaba allí”. La doctora X dice “considero que le dediqué todo el tiempo necesario desde las 4 y 20 am hasta las 7 am que terminó mi turno ya que siempre estuve pendiente de los síntomas, signos valoraciones de fetocardia las cuales siempre se encontraron dentro de parámetros normales y en cuanto a los exámenes a esa paciente se le ordenaron los exámenes indicados según su patología la cual era en ese momento pre-eclampsia severa” Añade “ se consignaron en la historia de ingreso la gran mayoría de datos y al no haber anotado la feto-cardia fetal sic, y la altura uterina no quiere decir que no hayan sido evaluados y tenidos en cuenta para hacer un diagnóstico” “ Al terminar mi turno se le auscultan la frecuencia cardiaca fetal y el tono uterino que se encontraba normal la presión había descendido a niveles normales y persistía un sangrado vaginal con el cual había llegado, seguía pendiente la remisión de un tercer nivel”.

Todo lo anterior dice el abogado, contribuye a la consideración inequívoca de que mi representada doctora X, obró con la mayor discrecionalidad científica y como se desprende de la historia clínica, dentro del más claro rigorismo de la ley 23 de 1981 y su decreto reglamentario 3380.

Dice el Tribunal Seccional del Atlántico que “evidenciamos que la doctora X, efectivamente atendió a la paciente B el día 17 de diciembre de 2007 en el hospital JUAN DOMINGUEZ ROMERO y no hay duda que al obtener los datos clínicos se los dictó al médico interno de turno y es en ese acto donde surge la falta de certeza de la encartada si escuchó o no la fetocardia, si no tuvo en cuenta si fue anotada en la historia, por lo que podemos concluir una falta del deber del cuidado médico, porque al establecerse la vitalidad del producto de la concepción en esta patología de la pre-eclampsia severa de la gestante, era de suma importancia saber si existían en ese momento signos que hicieran sospechar un sufrimiento fetal agudo y procurar con los medios disponibles a su alcance la evidencia de otra patología que lo causara, como el desprendimiento prematuro de placenta , cosa que se evidenció dos o tres horas después. También es cierto que en relación a la altura uterina, y no consignación de la última menstruación, la encartada nada precisa, pero se aventura a pensar en el diagnóstico de amenaza de parto pre término, debilitando de esta manera lo que la encartada pretende llamar valoración adecuada de la paciente. No hay duda que el beneficio que se le brinda a un paciente cuando es atendido es haciendo una buena anamnesis, una investigación de su enfermedad actual, un examen físico, planteando la hipótesis diagnóstica basados lógicamente en los datos ciertos y finalizando con el enfoque de manejo al nivel que se encuentre, procurando una remisión oportuna a un nivel superior. Recordamos que el mandato de la ley 23 de 1981 es registrar obligatoriamente las condiciones de salud del paciente en la historia clínica, pero deben ser ciertos y claros.

Por todas las consideraciones anteriores esta corporación puede afirmar sin lugar a duda que la doctora X en nada desvirtuó los cargos de violación de los artículos 3, 10 y 34 de la ley 23 de 1981.

El TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA, está de acuerdo con el TRIBUNAL SECCIONAL. Considera que los datos en la historia clínica son de registro obligatorio, y debe haber una secuencia acerca de las condiciones de salud del paciente. La doctora X no registra en la historia inicial unos datos que son indispensables para un buen diagnóstico y por lo tanto un buen tratamiento. En ese momento la encartada era la responsable de la historia clínica aunque el transcriptor fuera el interno rotatorio, que entre otras cosas aún no tiene el grado de médico. La historia clínica se hace para que cualquier médico o miembros de la unidad de salud, puedan leerla e interpretarla en cualquier momento en ausencia de quien la hizo. Si el que la elabora omite datos no va a permitir que otros puedan seguir la secuencia para un adecuado tratamiento.

Desde la hora en que se realizó la historia clínica 4 y 20 am, hasta las 8 y30 am, no vuelve a haber ningún registro de la valoración por parte de un médico graduado. Hay una valoración a las 6 y 10 am pero esta la hace el interno rotatorio con su firma y la de nadie más, no está respaldado por nadie y recordemos que el interno aún no es médico. El anota que la paciente se encuentra con sangrado abundante vaginal proveniente de la cavidad uterina ta: 120/90, (recordar que la paciente estaba en hipertensión arterial) pendiente remisión.. No hay otra nota medica en la historia clínica sino hasta las 8:30 am del doctor X en la cual registra que la paciente se encuentra en mal estado general, fetocardia negativa, sangrado profuso por genitales externos hipertonicidad uterina y que presenta desprendimiento de placenta, se ordena traslado al quirófano para practicar cesárea.

Por las consideraciones anteriores EL TRIBUNAL NACIONAL considera que ni el doctor **X** ni doctora **X** lograron desvirtuar los cargos endilgados por el Tribunal Seccional del Atlántico y por lo tanto no se aceptan los descargos

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 del Atlántico en sala plena del 20 de octubre de 2010, resolvió imponer al doctor **X** sanción con suspensión de dos meses en el ejercicio profesional y a la doctora **X**, sanción de Censura Escrita y Pública, dentro del proceso iniciado por queja presentada por la doctora **B** (Jefe de control disciplinario Hospital “Juan Domínguez Romero” de Soledad Atlántico) por la atención prestada a la señora **A**. **Artículo Segundo**- Devolver el expediente al tribunal de origen, para su archivo. **Notifiquese y Cumplase.**

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

CONDENA POR CULPA MÉDICA.

Bogotá, febrero veintidos (22) del año dos mil cinco (2005).

SALA PLENA SESIÓN No.815 DEL VEINTIDOS (22) DE FEBRERO DEL AÑO DOS MIL CINCO (2005).

REF: Proceso No. 380 del Tribunal de Etica Médica de Caldas.

Contra el doctor X

Asunto : Recurso de apelación

Magistrado ponente : Dr. Efraim Otero Ruiz

Providencia No.06-2005

VISTOS:

Por denuncias hechas en Febrero de 2003 por ciudadanos de Salamina el Tribunal de Etica Médica de Caldas decidió abrir, el 25 del mismo mes, investigación de oficio contra el doctor X por presuntas faltas a la ética médica durante la operación cesárea practicada el 8 de febrero de 2003 a la señora A, complicada con placenta acreta y hemorragia masiva resultante en la muerte de la paciente después de lograr extraer un feto vivo. El proceso fue repartido habiendo sido designado como Magistrado Instructor el doctor Jaime Raúl Duque Quintero, habiéndose proferido pliego de cargos el 16 de septiembre de 2003. Mediante fallo proferido el veintisiete (27) de marzo de 2004 el Tribunal sancionó al doctor X con censura escrita y pública por infracciones a los artículos 12, 15, 16 y 34 de la Ley 23 de 1981. El fallo fue comunicado el 4 de mayo del 2004 al doctor X y a su apoderada, abogada Ana María Chica Ríos, quien se notificó personalmente el 10 de mayo. En su recurso de apelación de junio 15 de 2004, la doctora Chica solicitó se decretara la

nulidad del proceso, por no haber sido allegadas pruebas y testimonios que se consideraron fundamentales para el mismo y por no haber comunicado a la defensa las pruebas que se iban practicando. Con fecha julio 14 de 2004 el Tribunal seccional decretó la nulidad de lo actuado, dejando a salvo “las demás actuaciones procesales igualmente practicadas y que son ajenas a la calidad de nulidad impetrada y que no se discriminan en el artículo que decreta la misma”. El 22 y el 23 de julio la abogada Chica y el doctor X se notificaron personalmente del fallo de nulidad. Acto seguido el Tribunal seccional procedió a recolectar los testimonios y pruebas necesarios, designando como perito al médico ginecobstetra doctor X. Después de analizar cuidadosamente la documentación allegada, mediante fallo del 9 de noviembre de 2004 el Tribunal seccional resolvió no aceptar los descargos del médico X y ratificarse en su sanción de censura escrita y pública por infracción al artículo 15. De este fallo se notificó personalmente la doctora Chica Ríos el 17 de noviembre y con fecha 6 de diciembre de 2004 interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido el 14 de diciembre dando traslado al Tribunal Nacional de Ética Médica, donde fue recibido el 18 de enero de 2005. Puesto para reparto en sala plena del 25 de enero correspondió por sorteo al Magistrado Dr. Efraim Otero Ruiz.

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

HECHOS:

La señora A, de 34 años y con antecedentes de operación cesárea a los 26 para terminar su primer embarazo debida a estrechez pélvica, se presentó al Hospital Felipe Suárez de Salamina, el 7 de febrero de 2003 a las 10 am. para ser atendida por el doctor X, cirujano general egresado de la Universidad del Valle, con 16 años de experiencia y amigo de la familia, por trabajo de parto iniciado 4 horas antes. El Dr. X la había atendido dos veces al final de éste, su segundo embarazo, y según él los controles habían sido normales, incluyendo dos ecografías que mostraron feto masculino en presentación podálica. Por este

motivo se consideró necesario practicarle cesárea de urgencia, la cual fue practicada por el Dr. X bajo anestesia raquídea administrada por él mismo. Una vez extraído el feto, al tratar de desprender la placenta presentó severísima hemorragia, por tratarse de una placenta acreta. En ese momento fue llamada como ayudante la doctora X quien había también examinado la paciente en dos ocasiones anteriores y a quien había explicado los riesgos de la cesárea, especialmente en un hospital como el Suárez que no contaba con recursos de banco de sangre ni de cuidado intensivo; según la doctora X la paciente insistió en ser atendida allí mismo y rehusó ser trasladada a un hospital de nivel de complejidad más alto. La doctora acudió en compañía del Dr. X, médico de planta. Las medidas tomadas (suturas separadas en la pared del miometrio y taponamientos directos y por vía vaginal; administración de líquidos y vasopresores ante la imposibilidad de practicar transfusiones) fueron inútiles y, con la paciente en severo shock hipovolémico, el Dr.X resolvió cerrar por planos y remitir la paciente a un centro especializado en Manizales. Sin embargo, la paciente falleció al llegar a Aranzazu, aproximadamente la mitad de la distancia entre Salamina y Manizales, a cuyo hospital fue trasladada para los trámites de medicina legal.

Ante las denuncias presentadas por los señores ... y ... y a pesar de haber recibido una carta en que, tanto el esposo como la madre y dos hermanos de la paciente se mostraban satisfechos con la actuación del doctor X, se manifestaban solidarios con él y opuestos a la investigación, el Tribunal decidió abrir investigación de oficio por presuntas faltas a la ética médica. Con este fin se allegaron las siguientes pruebas que, según el Tribunal seccional, cumplen con los requisitos de validez y no aparecen desvirtuadas con las otras pruebas que determinaron la causal inicial de nulidad :

A. Testimoniales :

1. Versión libre e injurada rendida por el médico X el 31 de marzo de 2003 (folios 40 a 43)

2. Declaración juramentada de la médica X rendida el 14 de julio de 2003 (folios 54 y 55).
3. Descargos presentados por el médico X el 4 de noviembre de 2003 (folios 71 y 72).
4. Declaración juramentada del Sr. C. (esposo de la paciente) del 26 de noviembre de 2003 (folio 109).
5. Declaración juramentada del Sr. M. (hermano de la paciente) rendida ante el Tribunal seccional el 26 de noviembre de 2003 (folios 110 y 111).
6. Declaración juramentada del mismo Sr. M. rendida ante la Personería Municipal de Anserma el 11 de agosto de 2004 (folio 154).
7. Declaración juramentada de la Sra. B. (hermana de la paciente, residente en Bucaramanga) rendida ante el Tribunal de Ética Médica de Santander el 24 de agosto de 2004.

B. Documentales :

1. Copia de la historia clínica de la paciente A enviada por el Hospital Felipe Suárez de Salamina (folios 5 a 35).
2. Copia de la autorización firmada por la paciente X autorizando la intervención a que fue sometida (folio 46).
3. Pliego de cargos proferido al médico X por el Tribunal seccional el 16 de septiembre de 2003 (folios 58 a 64).
4. Descargos presentados por escrito ante el Tribunal seccional por el médico X (folios 73 al 77, acompañados de bibliografía sobre acretismo placentario (folios 78 a 92).
5. Descargos presentados ante el Tribunal seccional por la abogada Ana María Chica Ríos el 4 de noviembre de 2003 (folios 93a 97) acompañados de nueva bibliografía sobre acretismo placentario (folios 98 a 104).

6. Escrito solicitando nulidad dentro de la actuación procesal, presentado por la abogada Ana María Chica Ríos (folios 125 a 130).
7. Dictamen pericial rendido por el médico ginecobstetra Dr. X (folios 155 a 158) con material bibliográfico que respalda dicho peritazgo (folios 159 a 164).

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS:

Una vez analizadas las pruebas testimoniales y documentales sobre los cargos imputados, el Tribunal de Etica Médica de Caldas concluye que hubo imprudencia y negligencia por las siguientes consideraciones: Imprudencia, por haber sometido a una paciente secundípara con previa cesárea y presentación podálica –factores que de por sí implican un mayor riesgo y una mayor incidencia de complicaciones placentarias- a una operación cesárea en un medio hospitalario que sólo disponía de limitadas facilidades de anestesia general, no contaba con banco de sangre ni unidad de cuidado intensivo en caso de que se presentaran dichas complicaciones. Además, tomó la decisión de realizar individualmente la anestesia y la intervención, sin constituir previamente como ayudante para la anestesia y la cirugía a la doctora X, quien fue llamada sólo en el momento de la emergencia quirúrgica; además, según concepto del Tribunal seccional, la dosis de anestésico raquídeo (bupivacaína) administrada fue un poco excesiva. E impericia, pues según el concepto del perito Dr. Luis Fernando Uribe, no se ejecutaron procedimientos como la histerectomía de urgencia -previo taponamiento- o la ligadura de las arterias uterinas, que hubieran podido detener la hemorragia y salvar a la paciente. Además, considera el Tribunal seccional que la actuación del médico sancionado fue negligente, pues por descuido u omisión no estableció las medidas pertinentes para prevenir un resultado adverso.

Todo ello se configura en el Artículo 15 de la Ley de Etica Médica que a la letra dice : “El médico no expondrá su paciente a riesgos injustificados”. Y ni la abogada defensora ni el médico, en sus descargos,

lograron desvirtuar los anteriores cargos; aunque las infracciones a los artículos 10, 12, 16 y 34, mencionadas en el pliego de cargos y en el expediente cuya nulidad fue decretada, no pudieron sustanciarse, por lo cual se omitieron en el fallo de fondo proferido el 9 de noviembre de 2004, que ratifica la sanción consistente en censura escrita y pública y contra el cual cursa la apelación elevada ante el Tribunal Nacional.

En su apelación, la abogada Chica insiste en que el médico X obró de acuerdo con la *lex artis* en la emergencia presentada y que no incurrió en mala práctica, es decir, en una falta que lo haga incurrir en responsabilidad, citando para el efecto la obra “Nuevos conceptos de responsabilidad médica” de Luis Guillermo Serrano Escobar. Sin embargo, no logra desvirtuar los cargos de imprudencia, o sea el haber planeado una operación cesárea sin haber previsto que, por las mismas circunstancias del hospital donde se llevaría a cabo, no existía la posibilidad de manejar adecuadamente las graves complicaciones hemorrágicas que podrían presentarse.

Por todas las anteriores consideraciones el Tribunal Nacional está de acuerdo con la sanción impuesta, aunque hace notar que el fallo de fondo del proceso No. 380 adolece de varios defectos de forma, como es el abstenerse de mencionar específicamente las personas o instituciones y las quejas que llevaron al Tribunal seccional a abrir una investigación de oficio y formular pliego de cargos; y las decisiones que llevaron a descartar las acusaciones por falla en dedicar al paciente el tiempo necesario (artículo 10), en emplear medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados (artículo 12), en obtener el consentimiento informado (el cual no aparecía en la primera copia de la historia clínica pero apareció después, al ser solicitado por el Tribunal [segunda parte del artículo 15]) ; o los posibles defectos en la elaboración de la historia clínica (artículo 34), todos ellos mencionados en el inicial pliego de cargos. Eso sí persiste, sin desvirtuarse, la infracción a la primera parte del artículo 15, mencionada arriba.

Tampoco se detiene a considerar el Tribunal seccional que, si bien hubo insistencia en el desistimiento por parte del esposo y los familiares

cercanos de la paciente, en estos casos prima el interés general y la necesidad de prevenir que se presenten casos infortunados como este, por imprudencia o por negligencia del médico tratante, aunque éste sea persona de amplia experiencia y apreciada por la comunidad en donde ejerce.

Por todo lo anterior, el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de sus atribuciones legales

RESUELVE :

Artículo Primero: Confirmar, como en efecto confirma, la sanción consistente en censura escrita y pública proferida contra el doctor X, emanada del Tribunal de Ética Médica de Caldas en el Expediente No. 380. **Artículo Segundo:** Una vez se firme la presente providencia, devolver el proceso al Tribunal de primera instancia para lo de su competencia. **NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.**

FDO. JUAN MENDOZA VEGA, Presidente; EFRAIM OTERO RUIZ, Magistrado Ponente; FERNANDO GUZMAN MORA, Magistrado; DIEGO ANDRES ROSSELLI COCK, Magistrado, CARLOS ALBERTO GAVIRIA NEIRA; Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaria.

EL ESPINOSO TEMA DEL ABORTO EN COLOMBIA

FERNANDO GUZMÁN MORA, MD

Cirujano Cardiovascular
Hospital Militar Central y Clínica Palermo de Bogotá
Magistrado. Tribunal Nacional de Ética Médica
Abogado Magna Cum Laude. Universidad Militar Nueva Granada
Profesor AH Facultad de Medicina.
Universidad Militar Nueva Granada
Especialista en Bioética. Universidad El Bosque
Candidato a Magister en Derecho Penal. Universidad Libre
Aspirante a Magister en Bioética. Universidad El Bosque
Catedrático de Derecho Médico. Universidad Javeriana

CR MED SARA EDITH MORENO MAZO, MD

Cirujana Oftalmóloga. Glaucomatologa.
Subdirectora Servicios Ambulatorios. Hospital Militar Central
Especialista en Bioética. Universidad El Bosque
Magister en Bioética. Universidad El Bosque
Especialista en Docencia Universitaria.
Universidad Militar Nueva Granada
Profesora AH. Facultad de Medicina.
Universidad Militar Nueva Granada

T CR CARLOS ALBERTO ARIAS PÁEZ, MD

Cirujano Jefe de Servicios de Cardiovascular y Vascular Periférico.
Hospital Militar Central

Cirujano Cardiovascular. Clínica Palermo Bogotá

Profesor AH. Facultad de Medicina.

Universidad Militar Nueva Granada

Instructor ATLS. Sociedad Colombiana de Cirugía

CR MED ® RICARDO MARÍA BARRAGÁN GÓMEZ, MD

Cirujano Cardiovascular. Hospital Militar Central

Jefe de Cirugía Cardiovascular. Clínica Palermo Bogotá

Profesor AH. Facultad de Medicina.

Universidad Militar Nueva Granada

EL TEMA MÉDICO DEL ABORTO EN COLOMBIA

El tema del aborto es sumamente complejo. Pero la medicina siempre ha dado prioridad a la vida de la madre sobre la del feto. Esto es indiscutible en casos extremos, en donde la vida de la primera corre peligro por gestar al segundo.

Lo que se discute es la ponderación de derechos entre uno y otro en situaciones no críticas y el derecho que posee la progenitora a prescindir de su embarazo en el momento en que sienta que es un obstáculo grave a su propio futuro y a su estabilidad personal, familiar, económica, psicológica y social.

Desde el punto de vista médico el aborto siempre será una tragedia. El aborto provocado sin justificación en el ordenamiento jurídico actual siempre será un delito. Y el aborto, incluso en los casos permitidos por la Ley, siempre constituirá un hecho de enorme trascendencia e incomodidad para un médico consciente de sus deberes profesionales y comunitarios.

Sin embargo, al tratar de definir aquellos casos en los cuales existe una justificación ética para llevarlo a cabo, no cabe duda que cuando la vida de la criatura atenta contra la vida de la gestante, prima la vida materna sobre la del bebé en desarrollo, en cualquier momento del embarazo.

La Ley ha resuelto la situación de duda para los médicos, por el pronunciamiento de nuestro máximo tribunal de Justicia, la Corte Constitucional Colombiana, como veremos mas adelante.

En este aspecto, el fenómeno de obediencia a la Ley tiene mayor peso que el del acatamiento del ethos moral de la vida, pues si la sociedad viviera solamente bajo el dictum moral en su comportamiento diario, esa sociedad difícilmente hubiera sobrevivido el paso del tiempo

La Medicina debe defender y proteger la vida como un valor fundamental. Por ello, en defensa de la vida de la gestante se puede terminar de manera abrupta la vida de su producto de gestación. Y esto lo han venido haciendo los médicos colombianos desde hace varios siglos.

Pero la Ley, en el aspecto de convivencia social, se encuentra por encima de la moral, pues tiene consigo la fuerza coercitiva del Derecho, cuyas normas son de obligatorio cumplimiento.

Pero para evitar posiciones martiriológicas entre los médicos de posiciones extremadamente conservadoras, se ha dejado un resquicio de escape, como veremos adelante, en el aspecto de la objeción de conciencia.

EL TEMA JURÍDICO GENERAL DEL ABORTO EN COLOMBIA

El aborto es la interrupción violenta del proceso de gestación del cual se deriva la muerte del fruto de la concepción.

Los elementos para que se configure el aborto son:

- La existencia real del embarazo
- Que se obre sobre el fruto de la concepción, es decir, en el nasciturus y que este desde luego tenga vida pues si no la tiene hay carencia de objeto.
- Que se produzca la muerte o destrucción de ese fruto en formación, es decir, que se destruya el proceso de vida.
- Que se realicen maniobras abortivas.

Hay varias posibilidades cuando se practica maniobras abortivas:

- El fruto de la concepción puede abortarse por expulsión o en el vientre materno.
- El resultado (muerte) puede darse antes de la expulsión fuera del útero es decir, en la vagina.
- Si el fruto de la concepción es expulsado prematuramente por provocación y este sale con vida, la muerte que se le ocasiona luego tipifica un homicidio y desde luego que puede ser agravado, inclusive un infanticidio.
- Si durante el proceso de parto se produce muerte intencional del que esta naciendo la acción abortiva constituiría un homicidio y no un aborto.
- Si a consecuencia del aborto la madre fallece, se configura un homicidio de tipo culposo, con los agravantes de cada caso en particular.

Formas de Aborto

1. Aborto Consentido

- Autoaborto: Mujer que se realiza el aborto, lo cual es técnicamente muy difícil y mucho más peligroso.
- Con el Consentimiento: Tercero que realiza el aborto con el consentimiento de la mujer.

2. Aborto sin Consentimiento de la mujer, también comprende dos formas:

- Sin el consentimiento de la mujer.
- Aborto Abusivo: Cuando se realiza en mujer menor de 14 años.

3. Aborto Atenuado o a Honoris Causa.

Cuando el embarazo es resultado de acto sexual sin consentimiento o abusivo, inseminación artificial sin consentimiento, transferencia de óvulo fecundado sin consentimiento.-

Las características propias del aborto con:

- Se trata siempre de una situación dolosa.
- Entre el hecho ejecutado y el evento dañoso debe existir relación de causalidad.
- Cuando las maniobras no ocasionan el aborto solo existiría la tentativa por tratarse de una conducta que puede ejecutarse gradualmente.

En cuanto al punto anterior para Carrara y sus seguidores no existía la tentativa, esta primera concepción nos dice que el aborto consiste en ocasionar la muerte o destrucción del feto (feticidio), como lo consideran un delito de resultado y de lesión no admiten la tentativa,

Otra posición distinta entiende por aborto la expulsión prematura y violenta del fruto de la concepción, es de anotar que puede existir el aborto sin expulsión.

Una tercera concepción la cual es adoptada en nuestro medio define el aborto como la interrupción dolosa del proceso de gestación que puede ocasionar la muerte o quedar en la expulsión o interrupción del proceso de gestación sin muerte, en el sentido naturalístico del término, y aquí sí cabría la tentativa.

DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO

Quienes se encuentran a favor de despenalizar el aborto esgrimen los siguientes argumentos:

- a. Cuando el embarazo es fruto de violación o inseminación no consentida, la mujer tiene derecho a rechazar la invasión violenta de su propio cuerpo
- b. En caso de malformaciones congénitas graves no puede obligarse a la mujer y su familia a soportar semejante carga
- c. Cuando corre peligro la vida de la madre por el embarazo, prima su vida sobre la del feto
- d. De todos modos quien se ha decidido a practicarse un aborto lo hará y es por esto que es preferible que el estado ayude a evitar que sea efectuado por empíricos de alta peligrosidad
- e. La mujer tiene el derecho de elegir si desea o no ser madre

Los que, por el contrario, piensan que el aborto sí debe continuar penalizado arguyen:

- A. La primacía absoluta del derecho a la vida
- B. El derecho del nasciturus sobre cualquier otro derecho
- C. El aborto es un homicidio
- D. Su práctica va en contravía de las normas jurídicas y éticas
- E. Efectuarlo va en contra de la Ley Divina

En la sentencia C-355 de 2006, la Corte Constitucional consideró que la interrupción del embarazo en los siguientes eventos no constituye el delito de aborto:

- a. cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico

- b. cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico
- c. cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

Cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas o de incesto, basta con la presentación de la denuncia ante la autoridad competente para que las entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud autoricen la realización del aborto. La solicitud de cualquier otro requisito, en el evento descrito, constituye un obstáculo al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

EL ASPECTO ÉTICO MÉDICO EN EL ACTO DE PRACTICAR UN ABORTO

Aunque la práctica de un aborto siempre será incomoda, desasosegante, violenta y desagradable, la protección materna es un principio ético superior respecto de la protección fetal.

La ley de Ética Médica Colombiana (Ley 23 de 1981) condena el aborto en general, pero acepta el mandato legal de permitirlo en los tres casos descritos en la sentencia mencionada de la Corte Constitucional.

Esto dividió a los médicos colombianos en dos grupos: los que respaldan voluntariamente la decisión del alto tribunal y se someten a su mandato sin discutirlo y aquellos para quienes esta determinación constituye un exabrupto a sus principios morales y optan por la objeción de conciencia.

No se vislumbra una tercera posición de rechazo por encima de la norma, pues en esta caso quienes así se alinean se encontrarían en situación de ilegalidad, la cual no es aceptable entre los médicos nacionales.

El medico no es solamente un profesional a quien la sociedad le ha conferido la capacidad de intervenir el fenómeno de la enfermedad, con las connotaciones que tiene el obligatorio consentimiento del paciente y sus excepciones en casos de urgencias criticas. Es también un funcionario social que debe someterse al ordenamiento jurídico, especialmente en las ultimas décadas, en las cuales la obligación moral que solamente poseía el control de la autonomía personal del galeno se ha convertido en norma de obligatorio cumplimiento.

Y por mas irritante que parezca obedecer la disposición constitucional de respaldar el aborto en los tres casos contemplados en la providencia a la cual nos hemos referido, la ley se encuentra por encima de la moral cuando se habla de la necesaria regulación de la convivencia humana.

Esta fue aceptada y aplicada en la Providencia N 83-09 del Tribunal Nacional de Ética Médica, con ponencia del Magistrado Fernando Guzmán Mora.

Allí se tocan extensamente algunos aspectos que fundamentan la decisión tomada por el tribunal, en áreas como

- Obligaciones médicas
- Obediencia a la Ley
- Capacidad de los sujetos
- Consentimiento informado
- Debido proceso
- Objeción de conciencia
- Pilares de la ética médica
- Primacía del derecho sobre la moral
- Reducción fetal

Para terminar ratificando la condena a un médico que por razones personales que no fueron planteadas como objeción de conciencia se negó a practicar el aborto o en su defecto a orientar a la paciente (retardada mental, embarazada por violación de un pariente cercano, con incontinencia de esfínteres y sin posibilidad de determinar su decisión por dicha incapacidad).

EL FETO NO ES PERSONA EN NUESTRA LEGISLACIÓN

La fuente última de la dignidad humana, base de muchos ordenamientos y de todo el Derecho Natural, es la condición de persona, pues esta constituye el núcleo más específico de cada ser individual.

En Roma, no todos los seres humanos eran personas porque los esclavos eran considerados como bienes, como cosas materiales; ni todas las personas eran seres humanos, porque reconocieron a las personas jurídicas. Leibnitz definía a la persona como "...un ser capaz de razón y reflexión, que puede considerarse a sí mismo como él mismo...que piensa en distintos tiempos y lugares...por medio del sentimiento que posee de sus propias acciones...

Hoy en día se considera persona a todo individuo de la especie humana, sin importar edad, sexo, posición social o económica. El ser humano se mantiene a través de la inteligencia y la voluntad. A través de la conciencia se conoce a sí mismo y constituye un microcosmos imposible de conocer en su totalidad. Además, al ser consciente de su existencia y limitaciones, puede hacer prevalecer la razón sobre el instinto, planificando y dirigiendo sus actos en ejercicio de su libertad

Persona en sentido filosófico es un ser (o supuesto) de naturaleza racional. En sentido jurídico, persona es un ser capaz de tener derechos y contraer obligaciones.

Persona, en el sentido jurídico, es un ser sujeto de derechos y deberes. La persona puede ser individual o física (personas naturales: su personalidad empieza con el nacimiento y termina con la muerte; todos los hombres en los países civilizados son personas) y colectiva (agrupaciones o colectividades, compuestas de varias personas naturales: se llaman personas morales, sociales o jurídicas).

La personalidad jurídica para los entes colectivos, como lo han demostrado varias escuelas, es una construcción del Derecho; de hecho, la personalidad no es una característica tangible, sino que es una categoría jurídica, un "producto del derecho", tanto para los entes individuales como para los colectivos (Ferrara-Kelsen). La idea de otorgar esta categoría a los entes sociales lo mismo que a

los individuales, es que estos adquieran facilidad de movimiento y operación, por perseguir fines humanos. La personalidad es la unificación ideal de las relaciones.

INICIO DE LA PERSONALIDAD

LA PERSONALIDAD NATURAL (DE LAS PERSONAS NATURALES) COMIENZA CON EL NACIMIENTO; LA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS, CON SU ACTA DE CREACIÓN.

EL NACIMIENTO ES UNA CONDICIÓN PARA QUE A LA PERSONA LE SEA DADO EL ATRIBUTO JURÍDICO DE LA PERSONALIDAD. CÓDIGO CIVIL, ARTÍCULO 90: NO SE CONSIDERA PERSONA JURÍDICA A QUIEN NACE MUERTO O MUERE EN EL VIENTRE (PARA COMPROBARLO SE UTILIZA LA PRUEBA DE LA DOCIMASIA PULMONAR HIDROSTÁTICA).

EL SER CONCEBIDO, ES TITULAR DEL DERECHO A LA VIDA, Y SE LE DEFENDEN SUS DERECHOS, QUE ESTÁN “CONGELADOS” HASTA EL MOMENTO DE NACER. CÓDIGO CIVIL, ARTÍCULOS 92 Y 93. EJEMPLO: PROTECCIÓN DE LA MADRE TRABAJADORA HASTA EL MOMENTO DE DAR A LUZ; APLAZAMIENTO DE LAS PENAS POR MATERNIDAD, PARA PROTECCIÓN DEL FETO (NASCITURUS); PENALIZACIÓN DEL ABORTO. AS CONDICIÓN PARA QUE SE PUEDA HABLAR DE NACIMIENTO ES QUE EL NIÑO (NUEVA PERSONA) HAYA SIDO SEPARADO DE LA MADRE, YA SEA POR MEDIOS ARTIFICIALES O NATURALES, Y VIVA TAN SOLO UN INSTANTE SIQUIERA.

Los principales efectos del nacimiento incluyen que el neonato se convierte en titular de la personalidad jurídica, con los efectos que esta pueda acarrear consigo (adquisición de derechos y deberes). En caso de que a la madre se le haya postergado alguna pena, o que se le hayan otorgado derechos especiales por el embarazo, estos desaparecen y la pena sigue su curso normal. Adicionalmente existen efectos sucesorales o herenciales

Vaughn recoge opiniones de varios autores al respecto del aborto:

- I. La del propio autor del libro de bioética
- II. Judith Jarvis Thomson en defensa del aborto
- III. Don Marquis respecto de la inmoralidad del aborto

- IV. Mary Anne Warren en el análisis de la condición moral y legal del aborto
- V. John Noonan respecto de la aparición de la condición de persona en el momento de la fertilización
- VI. Daniel Callahan en una posición moderada que permite el aborto en algunas circunstancias
- VII. Jane English en una posición también moderada al respecto
- VIII. Michael Tooley en una posición de defensa del aborto y el infanticidio temprano
- IX. Susan Sherwin a través de una visión feminista del aborto
- X. Todo lo anterior complementado con lecturas que revelan datos estadísticos y algunas providencias de la Suprema corte de los Estados Unidos en dos casos específicos de pronunciamientos sobre aborto

Las ideas principales se detallan a continuación

I. Vaughn

El aborto es uno de los temas más complicados de la bioética. No solamente ha dividido las opiniones del público, sino que ha sido fuente de inspiración para políticos, tema de providencias jurídicas en las Cortes y origen de situaciones violentas entre grupos sociales en pro o en contra del mismo.

No hay un consenso en el tema. Pero las disertaciones filosóficas han sido extensas, profundas y fructíferas, ofreciendo algunas respuestas de gran valor, constituyendo un ejercicio del pensamiento bioético histórico y contemporáneo a nivel mundial.

Los conceptos han variado entre las culturas y a través de la historia. Mientras Aristoteles preconizaba detener la vida de niños deformes, Hipocrates se opuso al aborto al determinar el ethos de la medicina como la conservación y defensa a ultranza de la vida.

El fenómeno cultural del Cristianismo ha variado su posición respecto a la presencia del alma en el feto, considerando en los últimos tiempos

que el producto de la unión celular se vuelve persona en el momento mismo de la concepción.

Respecto de los acontecimientos que ocurren en el momento de la unión de los elementos celulares que van a formar al ser humano, debe aclararse que:

- a. Fertilización o concepción es la entrada de la célula espermática en el óvulo
- b. Gestación es el período transcurrido entre la fertilización y el nacimiento
- c. Zigote o conceptus es la unión de estas dos células
- d. Blastocisto es el cigoto en actividad los siguientes cuatro a cinco días
- e. Embrión es el estado de desarrollo que transcurre entre el período anterior y la implantación uterina, hasta el final de la octava semana
- f. A partir de entonces se denomina feto
- g. La viabilidad se obtiene a partir de la semana 23 a 24
- h. Aborto es la terminación del embarazo, sea por causas espontáneas o provocadas

En el famoso caso de Roe vs Wade, la Corte Suprema de Justicia de los EEUU determinó tres estados de la gestación.

1. Primer Trimestre. En este estado la mujer es libre de decidir si quiere continuar con la gestación o no.
2. Segundo trimestre. El Estado puede regular pero no prohibir de manera absoluta el fenómeno del aborto provocado.
3. Tercer trimestre. Aparece la viabilidad y el Estado puede prohibir la práctica del aborto, excepto en casos especiales en donde la vida de la madre se encuentre severamente amenazada.. tiene su base filosófica en el concepto de Ley Natural.

- Respecto de este caso, en la lectura final del capítulo, deben mencionarse las opiniones del juez Blackmun en los siguientes aspectos:
- Las leyes prohibitivas respecto del aborto son producto de una sociedad victoriana que intentaba bloquear las conductas sexuales ilícitas de las mujeres.
- Anteriormente el procedimiento abortivo era de muy alto riesgo para las mujeres, pero esto ha mejorado.
- Existe el derecho a la privacidad, consagrado en las enmiendas a la Constitución americana números 1, 4, 5 y 14.
- Un hijo no deseado impone cargas excesivas de tipo psicológico, personal, familiar y social. Sin embargo, este derecho a la privacidad no es absoluto.
- El feto es una potencialidad de persona y aunque el estado protege al nasciturus y a la mujer embarazada el no nacido no se considera persona.
- El aborto es una decisión personal de la madre y debe ser efectuado únicamente por personal médico.

Existen en general tres posiciones respecto del aborto

1. Conservadora. No acepta el aborto sino en casos de grave amenaza contra la vida de la gestante, pues considera que el producto del embarazo es un ser humano completo o al menos una persona en potencia, con los mismos derechos de cualquier persona humana.
2. Liberal. Permite la decisión de abortar en cualquier momento si la madre así lo decide. Considera que el hecho de ser un nasciturus no le confiere la característica de ser persona.
3. Moderada. Permite el aborto y lo acepta desde el punto de vista moral cuando existe justificación fundamentada.

Desde el punto de vista filosófico se enfrentan tres posiciones:

1. Utilitarista. El aborto es moralmente permisible porque de lo contrario, la mujer y la sociedad pueden sufrir terribles consecuencias. Además, no se debe interferir con la capacidad

de autodeterminación las personas, excepto cuando amenacen o provoquen daño a los demás.

2. Kantiana. Depende de si se considera al embrión y al feto como personas. Y como una de las características de las mujeres como personas es la defensa de si mismas, incluso a través del daño a otros, justifica el aborto en algunos casos como la salud materna gravemente amenazada y la presencia de malformaciones congénitas graves.
3. Católica. Enfática en afirmar que el producto de la concepción es persona desde la fertilización y por tanto su muerte provocada siempre es inmoral.

II. Judith Jarvis Thomson en defensa del aborto.

Determina posiciones interesantes entre las que se cuentan la de considerar que el feto adquiere la característica de persona antes del nacimiento. Pero en gracia de discusión con posiciones extremas en contrario, le confiere la personalidad en el momento mismo del nacimiento.

Defiende el aborto, incluso si se considera que el feto ya es persona. No considera justo que el derecho a la vida que puede tener el feto le respalde el derecho a utilizar el cuerpo de otra persona (la madre) en contra de su voluntad.

Discute los derechos de madre y feto y analiza lo que sucede si ambos seres tienen un mismo derecho a sobrevivir. Y defiende el derecho materno por encima del de la criatura, pues no se puede permitir que a pesar de la inocencia del primero, tenga también el derecho de continuar su vida incluso con la destrucción de la vida materna.

En conclusión, matar un feto no es siempre erróneo e inmoral. Matarlo sin una razón justificada si lo es.

III. Don Marquis respecto de la inmoralidad del aborto

Su argumento esencial radica en lo erróneo e injusto de matar a otro porque le arrebatata su futuro, lo depriva de posibles experiencias, proyectos, actividades y disfrutes.

Discute sobre un punto esencial: el problema con los principios demasiado amplios es que tratan de abarcar demasiado, mientras lo principios demasiado estrechos no abarcan lo suficiente.

Ambos extremos, los pro aborto y los antiaborto, enfrentan problemas de definición sumamente serios: la personalidad del feto, la explicación de por que una mera característica biológica puede hacer una diferencia moral, por que la presencia de características psicológicas específicas hacen la diferencia moral, y muchos otros.

Por que es entonces inmoral matar a alguien? Por la brutalización del acto de matar? Por la producción de dolor en la víctima? Por truncar el deseo de seguir existiendo?

Para el autor, el aborto será siempre inmoral, excepto en casos muy raros, pues le quita a la persona en potencia de esta posibilidad de disfrutar de un futuro y sus propias experiencias positivas.

Y el feto posee una característica esencial, la posesión de la capacidad de desarrollarse como un ser humano adulto y esto hace que el aborto sea siempre un error moral.

IV. Mary Anne Warren en el análisis de la condición moral y legal del aborto.

Se coloca en una posición opuesta a la anterior. Afirma que el aborto siempre será moralmente permisible, pues el embrión y el feto no son personas. Son apenas seres humanos con un código genético.

Analiza en forma muy profunda los artículos de dos profesores: Brody y Thomson, para llegar a la disección del problema del status moral del aborto. Para ello aborda los siguientes temas:

- a. La definición de quien es ser humano. Y concluye que el simple hecho de poseer el código genético, que hace a un ser genéticamente humano, no lo hace moralmente humano, pues el feto es apenas una potencialidad.
- b. Definición de la comunidad moral. Warren exige cinco condiciones para aceptar la humanidad de algo en el sentido moral y poder asignarle en consecuencia la característica de persona:
 - Conciencia y la capacidad de sentir dolor
 - Razonamiento
 - Actividad voluntaria
 - Capacidad de comunicación
 - Posesión de conceptos propios

Como el feto no posee ninguna de ellas, no tiene derechos morales absolutos.

V. John Noonan respecto de la aparición de la condición de persona en el momento de la fertilización.

Su pregunta esencial es: Como determinar la condición humana de un ser vivo?.

Y se fundamenta es la recepción del código genético humano en el momento mismo de la concepción. Esto le brinda la característica de ser un humano en auto evolución.

Apoya sus argumentos en las siguientes premisas:

- Si el ser es concebido por seres humanos, entonces será un ser humano.
- El ser en formación tiene fenómenos de reactividad y comienzo de acumulación de experiencias.
- El ser en formación es percibido desde la concepción como parte de la familia de los padres.

VI. Daniel Callahan en una posición moderada que permite el aborto en algunas circunstancias.

No comparte las nociones del feto como un simple conjunto de tejidos ni tampoco como una persona con sus características completas.

El feto tiene valor moral en el sentido de ser una vida humana. Por lo tanto no puede ser objeto de aborto indiscriminado.

Pero como la mujer también tiene obligaciones morales consigo misma, su familia y la sociedad, en algunos casos el aborto tiene justificación moral.

VII. Jane English en una posición también moderada al respecto.

La mujer tiene el derecho, especialmente en etapas iniciales de la gestación, a practicarse un aborto en un proceso de autodefensa. Pero el aborto no es permisible moralmente en todos los casos, pues posee un status moral parcial que aumenta en la medida de su desarrollo hacia persona completa. Por lo tanto, en etapas avanzadas de la gestación el aborto es inmoral, salvo casos de seria amenaza de daño o muerte a la madre.

VIII. Michael Tooley en una posición de defensa del aborto y el infanticidio temprano.

Se analizan varios aspectos filosóficos:

- Un ser no puede tener derecho absoluto a la vida a no ser que sea capaz de tener un interés en su existencia continuada.
- Esa entidad no es capaz de tener un interés en su continua existencia, a no ser que posea el concepto de autocontinuidad, o sujeto de experiencias y otros estados mentales.
- El hecho de que un ente, si no es destruido, llegue a tener las características que le den el derecho a vivir, no hace que su destrucción antes de este evento sea moralmente errónea.

Pero estas características no las posee ni el feto ni el recién nacido temprano.

En resumen, defiende que un individuo no tiene derecho a vivir a no ser que posea el concepto de autoconocimiento mental.

El solo hecho de tener la potencialidad de conciencia de si mismo no le hace acreedor a ser mantenido con vida cuando existen otros hechos que justifican su destrucción, incluso en etapas tempranas luego del nacimiento.

IX. Susan Sherwin a través de una visión feminista del aborto

La mujer embarazada como sujeto de decisión en el aborto, para los feministas es esencial y para los no feministas es invisible, pues estos últimos limitan su análisis al feto y sus derechos. Su discusión se centra en la personalidad o no del feto y para muchos las mujeres son consideradas como simples contenedores fetales o como sistemas de soporte vital para la criatura por nacer.

Cuando el aborto era absolutamente ilegal, las mujeres buscaban de todos modos el procedimiento, aun a riesgo de sus propias vidas. Las campañas antiaborto puntualizaban únicamente a una inocente criatura cuya vida estaba amenazada por su propia madre.

El impedimento de un niño sobre la carrera de una mujer es sumamente pesado. El cuidado de un niño es difícil.

Por otro lado, el embarazo fruto de violación o incesto es una carga insoportable para cualquier mujer. Y cargar con niños con defectos congénitos graves es una invitación al sufrimiento de ese nuevo ser humano.

El embarazo ocasiona un profundo impacto en el cuerpo y en la mente de las mujeres. Por lo tanto, las políticas respecto del aborto afectan esencialmente a las mujeres, quienes son las que mejor conocen sus circunstancias de su decisión de abortar en cada caso particular.

Un nuevo niño puede ser un obstáculo enorme en la lucha contra la pobreza. Cada mujer es la única que puede evaluar el impacto de la llegada de un nuevo niño a su vida.

Cada mujer es un agente moral completo en capacidad de decidir sobre sus propios embarazos.

El control patriarcal de la sociedad es un ente que dificulta y limita las decisiones femeninas.

La restricción al aborto también limita las decisiones de una mujer sobre su sexualidad.

Muchos encuentros sexuales femeninos se llevan a cabo bajo presión.

PARAMETROS DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

El particular podría negarse a cumplir alguna ley (ateniéndose a las consecuencias de su negativa, por supuesto), en lo que se denomina objeción de conciencia. Recientemente esto ha involucrado casos de negativa a prestar el servicio militar, a practicar un aborto cuando la ley autoriza a hacerlo en casos específicos, a practicar procedimientos de control natal, etc.

Esta objeción de conciencia no es aplicable a los jueces.

El profesor Edgardo Villamil Portilla expresa en uno de sus escritos:

“El asunto que se ha planteado, y que suscita interés para los estudiantes, atañe a saber si un juez puede sustraerse a decidir un caso en que la demandante solicita autorización judicial para practicarse un procedimiento de aborto, pretextando el funcionario objeción de conciencia. Para intentar una respuesta a ese interrogante lo primero que debe advertirse es que el asunto sometido a controversia judicial no puede quedar sin solución, pues el ciudadano que ha elevado el reclamo no puede recibir el silencio como respuesta. En el evento particular, si el sistema judicial no proveyera una decisión pronta, la ciudadana que ha pedido se le resuelva sobre la autorización para que se le practique un aborto tiene un derecho constitucional a que se le brinde la solución oportuna, si no se decide mediante una sentencia para ella el ordenamiento no existe. Para ella no habría Constitución, tampoco si se le resuelve tardíamente porque la gestación no da espera y si se superan ciertos límites la situación jurídica y fisiológica puede variar de tal modo que se incremente la complejidad del asunto.

Entre el derecho a la objeción de conciencia del juez y el derecho al acceso a la administración de justicia, que es realmente el derecho a la vigencia del ordenamiento jurídico, debe primar este. No podría el juez declararse impedido pues las causales de impedimento se hallan previstas en la Ley y la configuración del debido proceso corresponde al legislador. Más allá de ese aspecto puramente técnico, si se sometiera el asunto al trámite de un impedimento, además de carecer de causal para hacerlo, de nada valdría la intervención del juez que debe resolver el impedimento si es que finalmente le niega el derecho a la objeción de conciencia. Dicho de otro modo, de qué valdría tramitar un impedimento si al ser decidido por un superior este le ordenase al Juez decidir el asunto. El dictamen judicial del superior, negando el impedimento ningún cambio produciría contra el alegato de conciencia puesto por el Juez, pues si en el sopesamiento entre su conciencia y la Constitución que le ordena decidir el asunto, como que es parte de sus funciones, pesa más su conciencia. En ese escenario nada valdría la decisión del superior de ese juez negando el impedimento y retornándole el proceso para que decida. Síguese de ello que el camino del impedimento parece no razonable.

Desde otra perspectiva, es curioso que las primeras expresiones de objeción de conciencia hayan sido expresada por jueces varones, es decir que el punto de vista de la mujer y de quien es forzado a la maternidad no cuenta para nada, pues primero está la conciencia del Juez, ya sea que esta se halle anclada en lo religioso o en su posición ética ante la vida. El Juez que expresa objeción de conciencia para decidir sobre la autorización de un aborto por razones de salud, de malformación del feto o por ser producto de una violación, a manera de ejemplo, no toma en cuenta que la decisión individual de la ciudadana que en los pliegues de su conciencia ya deliberó sobre sus propios valores y tomó la opción.

El juez que expresa la objeción de conciencia en un caso de autorización de aborto en verdad quiere escapar al mandato de decidir, él, de acuerdo a sus valores y preferencias sí tiene el sentido de la decisión. Es su deber decidir, así sea para negar la autorización, en verdad pareciera que rehuye el riesgo de decidir. NO se conoce norma o sentencia que le haya obligado a autorizar, pues si la ley dijera de modo imperativo

cómo decidir, el juez sería innecesario, justamente el juez está ahí para decidir, en cualquier sentido, puede ser en aquel que no choca contra su conciencia, por ejemplo que el que dice preservar la vida. Si esa es la manera en que concibe los valores que la sociedad debe practicar en este momento de la historia debe hacerlo, a menos que use el pretexto de la objeción de conciencia para no tomar el riesgo de ser investigado, por ejemplo, por prevaricato. En el juzgamiento de este podría plantear sí la objeción de conciencia para justificar porque negó la autorización.

El Juez que plantea en este caso la objeción de conciencia está negando la vigencia de los mecanismos que la democracia tiene previstos para la definición sobre cuales son los derechos y valores más estimables de estas generaciones y sobre cómo ellos deben ser protegidos, y lo que es peor aún, se niega a exponer los motivos que tiene para hacerlo, razones que podrían forzar, por la potencia dialéctica que a ellos atribuye, un cambio en la tendencia jurisprudencial o las transformaciones legales y constitucionales.

La objeción de conciencia puesta por un juez para decidir un caso, plantea el difícil problema de si el juez debe ser garante de que la sociedad siga la ruta que se trazó en el programa constitucional, tomando como norte la construcción colectiva de esos valores en los órganos democráticamente elegidos, o si ante la imposibilidad de aplicar su propia escala puede apartarse de su función sagrada de decidir.

No es poca cosa el debate que aquí se plantea, pues, a manera de ejemplo, un juez penal que abraza el abolicionismo podría lograr que se dispusiese su traslado a la justicia civil, y de ésta a otra, si es que su conciencia social le impide, por ejemplo, decretar el despojo de una familia de una vivienda de interés social, cruzada que parece plausible, pero que plantea problemas de hondo contenido. Un juez que asume funciones como tal, profesa de antemano el deber de obediencia al derecho y ello le impone el deber de decidir, no importa el choque del ordenamiento jurídico con sus propios valores, que si los considera superiores, más altos o más altruistas, no puede renunciar a defenderlos públicamente, ni negar el debate que será el motor del cambio.

Más complejo se hace este problema, si el juez ignora cuál es el ordenamiento vigente, ignorancia que no puede salvar. La Corte Constitucional por la modalidad de sus fallos crea nuevas normas a partir de la Constitución, y siembra el campo de prohibiciones al legislador para legislar en determinado sentido. No obstante, cuando entre el anuncio de la sentencia y la promulgación de esa sentencia con pretensiones de ser fuente formal de derecho, se produce una especie de *vacatio legis* en que no hay principio de legalidad y tanto el juez como los interesados podrían estar cometiendo un delito sin saberlo. Si se tratara de la ley expedida por el Congreso, la historia del derecho nos diría que para aplicar los principios de legalidad y favorabilidad la promulgación es el criterio definidor. Cuando la regla está en una sentencia dictada y no promulgada el problema es más complejo y genera un margen intolerable de incertidumbre...”

LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA POR PARTE DE LAS PERSONAS NATURALES Y JURÍDICAS

Cuando se expidió la Sentencia C-355/06, con fuerte oposición de las iglesias católica y evangélica, directivos de clínicas y hospitales privados de instituciones religiosas o de esa orientación, invocando el derecho a la “objección de conciencia”, manifestaron que no acatarían la Sentencia y que en esas IPS no se practicaría “ningún aborto”, pues éste es contrario a los valores y principios que orientan sus servicios. En relación con dicha posición se debe insistir que, como las personas jurídicas no tienen conciencia, pues es un atributo exclusivo de la persona natural, las IPS privadas no son titulares del derecho fundamental a la objeción de conciencia, que es subjetivo e individual.

Sin embargo, la Corte Constitucional en cabeza del Magistrado Manuel José Cepeda reiteró su posición al sostener que: “No hay un solo escrito de derecho constitucional en el mundo que sostenga que una persona jurídica tiene conciencia. La conciencia es un atributo exclusivo de la persona natural”.

Basados en el trabajo del Profesor Francisco José Cañal García (Doctor en Derecho de la Universidad de Salamanca), podemos enumerar las

condiciones para que el particular pueda expresar una objeción de conciencia respecto del cumplimiento de alguna norma:

- A. Ausencia de fin político. El móvil de la objeción ha de ser el imperativo de conciencia, no un modo de influir en la opinión pública, obstaculizar la decisión de la mayoría o suscitar adeptos a la postura del objetor. No quiere esto decir que sean ilegítimos esos comportamientos, sino que pertenecen a otras figuras distintas de la objeción. Es posible, sin desnaturalizar por eso la conducta de objeción, que alguna de estas circunstancias acompañen a la objeción, por darse junto con ella, en la práctica, otras formas de desobediencia al Derecho. No vamos a entrar en este momento a ponderar la necesidad o no de que la objeción sea una conducta interna o externa, que trascienda a la opinión pública o no, etc. pues esto no cambia la naturaleza de la objeción, cuando se da y, en muchas ocasiones son hechos independientes de la objeción, no buscados por el sujeto ni dependientes de su voluntad.
- B. El respeto a los derechos ajenos. El objetor puede ampararse en su autonomía moral siempre que no transforme a otras personas en objetos o meros instrumentos de la satisfacción de su deber de conciencia, pues la dignidad de la persona impide que pueda considerarse de modo distinto que un fin en sí misma. El objetor está legitimado para incumplir un deber jurídico, pero no lesionar los derechos ajenos, obligarles a compartir sus criterios o utilizar a los demás como instrumentos.
- C. Dado que normalmente se producirá un conflicto entre la conducta del objetor y el cumplimiento de un deber jurídico o los derechos o intereses de terceros, será necesario hacer una valoración de todo ello para determinar la admisibilidad o no de la objeción.

Por una parte debe valorarse la intensidad del imperativo ético del objetor; por otra parte la intensidad o extensión de la lesión del derecho o interés que no se satisface. Así hay que valorar la posibilidad de sustitución del objetor; en los casos en que sea fácilmente sustituible no habrá problemas para el reconocimiento de la objeción, pero esto

no quiere decir que en caso de que sea insustituible no deba admitirse nunca la objeción, por el mismo motivo antes señalado de la dignidad de la persona: nadie puede utilizar a otro (en este caso el objetor) como instrumento para el ejercicio de un derecho o la satisfacción de un interés.

Se puede hacer una clasificación de los derechos que pueden lesionarse con la objeción:

1. Derechos del propio objetor: en este caso no habrá dificultad para legitimar la objeción.
2. Derechos subjetivos de un tercero. En este caso es más difícil dar reglas generales, aunque difícilmente puede admitirse la objeción si los derechos que están en juego son especialmente valiosos, como la vida o la libertad.
3. Derechos de personas indeterminadas, en cuyo caso sería más fácil admitir la objeción.

Es difícil dar más reglas generales, pues habría que situarse ante cada caso concreto y su examen nos llevaría a un casuismo interminable.

Por otra parte debemos señalar que la limitación de la objeción de conciencia debe ser restrictiva, pues la autonomía moral da un fundamento “fuerte”, en terminología de Habermas, para la conducta del objetor. Por respeto a esa autonomía moral en ningún caso debe entrarse a juzgar la “calidad” de la objeción; quiere esto decir que el derecho a la objeción de conciencia subsiste siempre con independencia de que el que deba apreciarla considere que el objetor tiene una conciencia errónea.

Las limitaciones a la objeción deben contar con los siguientes requisitos:

- a. que el interés ajeno sea relevante, que comprometa también su autonomía moral y no se cuente con su consentimiento.
- b. que por el volumen sociológico de la objeción la conducta del objetor cause un daño importante o irreversible (aquí se ha de tener en cuenta la posibilidad de la sustitución del objetor).

- c. que la conducta previa del objetor no le sitúe en una posición de compromiso previamente asumido de realizar la conducta que pretende objetar.

Hay que considerar además que el objetor, como ya quedó dicho, no pretende alterar los principios de justicia del orden constituido y que su conducta en todo caso se mantiene, por tanto, dentro de la llamada por la doctrina “lealtad constitucional”.

“la objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas, o el Estado. Sólo es posible reconocerlo a personas naturales, de manera que no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine, que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en esta sentencia” (Sentencia C-355/2006.

“Cuando en ejercicio de la objeción de conciencia, el personal de salud directamente relacionado con la prestación del servicio, considere que no puede realizar la IVE, tiene la obligación de seguir los códigos de ética profesional, los cuales indican que deriven a las mujeres a colegas capacitados/as, que no estén en contra de la intención de interrupción del embarazo no constitutiva del delito de aborto.

A este respecto se dice la Sentencia T-209 de 2008.

5.1. Sobre el primer aspecto, la objeción de conciencia planteada por los médicos a quienes se les solicitó la IVE, la Corte reconoció que: “() a fin de garantizar los derechos fundamentales de las mujeres, protegidos por la Constitución y la Sentencia C-355 de 2006, asegurándoles la prestación del servicio público esencial y legal de salud de interrupción voluntaria del embarazo, y evitar barreras de acceso al mismo, la objeción de conciencia es una decisión individual y no institucional o colectiva, que aplica exclusivamente a prestadores directos y no a personal administrativo; además, la objeción de conciencia debe presentarse por escrito debidamente fundamentada, siguiendo la obligación del médico que se acoja a ella remitir inmediatamente a la madre a un médico que pueda practicar el procedimiento, a fin de impedir que aquella se constituya en barrera

de acceso a la prestación del servicio esencial de salud de interrupción voluntaria del embarazo.”.

Esta misma sentencia T-209 de 2008, precisó las siguientes reglas sobre la objeción de conciencia: “(..)(i) que no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine, que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en esta sentencia; (ii) en atención a la situación subjetiva de aquellos profesionales de la salud que en razón de su conciencia no estén dispuestos a practicar el aborto se les garantiza la posibilidad de acudir al instituto denominado objeción de conciencia; (iii) pueden acudir a la objeción de conciencia siempre y cuando se trate realmente de una “convicción de carácter religioso debidamente fundamentada”, pues de lo que se trata no es de poner en juego la opinión del médico entorno a si está o no de acuerdo con el aborto; y, (iv) la objeción de conciencia no es un derecho absoluto y su ejercicio tiene como límite la propia Constitución en cuanto consagra los derechos fundamentales, cuya titularidad también ostentan las mujeres, y por tanto no pueden ser desconocidos.”

Adicionalmente, no se puede negar u ocultar información sobre los derechos de la gestante en materia de IVE, ni coartar su voluntad para persuadirla de su decisión. Tampoco se puede negar información sobre opciones terapéuticas y de manejo diferentes a la IVE, para el caso específico, si las hay.

Se debe brindar a la gestante la orientación necesaria y referirla inmediatamente a un prestador/a no objetor/a entrenado/a y dispuesto/a dentro de la misma institución o a otra de fácil acceso que garantice la atención.

Cuando el/la objetor/a es el único/a profesional con capacidad de brindar el servicio y/o no sea posible la referencia oportuna a un/a prestador/a no objetor/a, o cuando esté en inminente riesgo la vida de la gestante, debe realizar el procedimiento de IVE en cumplimiento de la obligación última del/a prestador/a de proteger la vida o la salud de la mujer.

Se debe respetar la confidencialidad de la identidad de la gestante que manifiesta su voluntad de IVE.

Lo anterior sin perjuicio de que posteriormente los Tribunales de Ética Médica puedan determinar si la objeción de conciencia era procedente y pertinente”.

Un mal ejercicio de la objeción de conciencia es que el médico, médica o demás personal de salud le exprese a la mujer que ha decidido una IVE, sus opiniones personales con respecto al aborto, o la trate de disuadir de no realizarlo, debido a que estaría violando sus Derechos Humanos. En una investigación se encontró que sólo el 13% de los ginecólogos y ginecólogas no realizaría un aborto ni remitiría a la mujer a un servicio adecuado.

“Un proveedor actúa de manera contraria a la ética cuando retiene información sobre la disponibilidad legal de una opción de tratamiento frente al cual él tiene una objeción de conciencia personal”.

La objeción de conciencia es pública, nunca debe ser un secreto.

Además debe ser pasiva, es decir, se objeta para no hacer algo; nunca para actuar de forma activa.

“Ni el médico que no tiene objeción de conciencia puede presionar a una mujer para que aborte, ni uno con objeción de conciencia puede presionar a la mujer para que no aborte”.

Prohibición de prácticas discriminatorias. En ningún caso la objeción de conciencia, la no objeción de conciencia o el antecedente de haber practicado o realizado una interrupción voluntaria del embarazo en los términos del presente decreto, podrá constituir una circunstancia de discriminación para la gestante, los profesionales de la salud y los prestadores de servicios de salud. No podrá exigirse esta información como requisito para:

- a. Admisión o permanencia en centros educativos, deportivos, sociales o de rehabilitación;

- b. Acceso a cualquier actividad laboral o permanencia en la misma, excepto cuando se requiera vincular personal para la prestación directa de los servicios regulados por el presente decreto;
- c. Afiliación a una Entidad Promotora de Salud o a una Administradora del Régimen Subsidiado y acceso a los servicios de salud;
- d. Ingreso, permanencia o realización de cualquier tipo de actividad cultural, social, política o económica;
- e. Contratación de los servicios de salud no relacionados con la prestación de los servicios de que trata el presente decreto.

De otro lado, la Corte consideró que los tribunales de ética médica tienen competencia para estudiar la falta disciplinaria en que pudieron incurrir los médicos que no remitieron a la mujer embarazada a otro profesional de la salud para que le practicara la IVE de manera oportuna ante la presentación de la objeción de conciencia. Al respecto la sentencia T-209 de 2008, advirtió: “(...)los médicos tienen derecho a presentar, de manera individual, objeción de conciencia debidamente fundamentada en razones de orden religioso, a fin de abstenerse de practicar un procedimiento de IVE, no es menos cierto que a los Tribunales de Ética Médica les corresponde valorar si un médico, en un caso particular, presentó objeción de conciencia pero incumplió con la obligación ética y legal de respetar los derechos de la mujer, al no remitirla inmediatamente a otro profesional de la salud que estuviere habilitado para llevar a cabo la interrupción del embarazo.

En efecto, los Tribunales de Ética Médica, tienen a su disposición normas nacionales e internacionales que rigen el ejercicio de su profesión, con fundamento en las cuales pueden decidir si la objeción de conciencia presentada por un médico es procedente o pertinente respecto de un caso particular en el que se negó la práctica del procedimiento de IVE y no envió de manera inmediata a la mujer a otro profesional que estuviera en condiciones de practicar el aborto.”

En opinión de este Tribunal Nacional, todo médico que presente objeción de conciencia frente a una solicitud de terminación voluntaria del embarazo, amparado por las causales de despenalización del

aborto por la Honorable Corte Constitucional Colombiana, además de responsabilizarse de colocar a la paciente en manos de un profesional que no tenga dicha objeción, debería ser sometido a un proceso muy rápido de análisis de las causas de esa objeción de conciencia, ante los tribunales seccionales de ética médica, los cuales analizarán las causas de fondo que llevan a pronunciarse por el derecho a negarse a practicar el aborto. En esa forma quedaría la constancia formal de dicha objeción y la decisión del tribunal seccional de ética médica de iniciar o no una acción disciplinaria en contra del médico, cuando las razones presentadas no fueren coherentes con la Ley Colombiana y, especialmente, con la Ley de Ética Médica.

Además, la Sentencia 209 de 2008 expresa que el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia debe encontrarse acorde con el ordenamiento jurídico, y por tanto no puede constituirse en un mecanismo de discriminación y vulneración de los derechos fundamentales de las mujeres. En efecto, los profesionales de salud tienen la obligación ética y legal de respetar tanto la Constitución como las sentencias proferidas por esta corporación en sede de control de constitucionalidad, que al hacer tránsito a cosa juzgada constitucional, tienen carácter erga- omnes y por tanto son de obligatorio cumplimiento por todas las personas.

Al respecto de las pruebas que obran en el expediente cabe recordar, que no basta que los profesionales de la salud anuncien la presentación de la objeción de conciencia para quedar eximidos de practicar el procedimiento de IVE, y con ello creerse exentos de todas responsabilidades, pues lo que les corresponde a éstos es cumplir con la obligación adicional consistente en remitir de manera inmediata a la mujer solicitante a otro profesional habilitado para llevar a cabo el procedimiento, y así debe estar garantizado tanto por la red pública de salud como por las empresas promotoras de salud para sus afiliados, según lo dispone la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional.

Es decir, que si bien los profesionales de la salud tienen derecho a presentar objeción de conciencia, no pueden abusar del mismo utilizándolo como barrera para impedir, de manera colectiva o institucional, la realización del procedimiento de IVE, absteniéndose de remitir de manera inmediata de la madre gestante a otro médico

que esté en disposición de llevarlo a cabo; y, las entidades promotoras o prestadoras de servicios de salud no pueden abusar de su posición dominante imponiendo a su staff de médicos la orden de no prestar el servicio de salud que legalmente corresponde a las mujeres para la práctica del IVE, como ocurrió en el presente caso.

Esta misma Sentencia discrimina algunos puntos específicos relacionados con la objeción de conciencia:

4. La objeción de conciencia no es un derecho del que son titulares las personas jurídicas.
5. La objeción de conciencia es un derecho que solo es posible reconocer a las personas naturales.
6. La objeción de conciencia debe presentarse de manera individual en un escrito en el que se expongan debidamente los fundamentos.
7. La objeción de conciencia no puede presentarse de manera colectiva.
8. La objeción de conciencia debe fundamentarse en una convicción de carácter religioso.
9. La objeción de conciencia no puede fundamentarse en la opinión del médico en torno a si está o no de acuerdo con el aborto.
10. La objeción de conciencia no puede vulnerar los derechos fundamentales de las mujeres.
11. El médico que se abstenga de practicar un aborto con fundamento en la objeción de conciencia tiene la obligación de remitir inmediatamente a la mujer a otro médico que sí pueda llevar a cabo el aborto. Y, en el caso de las IPS, éstas deben haber definido previamente cual es el médico que está habilitado para practicar el procedimiento de IVE.
12. Cuando se presenta objeción de conciencia el aborto debe practicarse por otro médico que esté en disposición de llevar a cabo el procedimiento de IVE, sin perjuicio de que posteriormente se

determine si la objeción de conciencia era procedente y pertinente, a través de los mecanismos establecidos por la profesión médica, o en su defecto por el Ministerio de la Protección Social, conforme a las normas pertinentes.

CONCLUSIONES

A los médicos colombianos, el derecho nos ha facilitado el camino respecto de la aceptación social del aborto en unas circunstancias determinadas discutidas anteriormente. Y esto es un avance importante en nuestras consideraciones comunitarias, legales y morales.

Los seres humanos, desafortunadamente, no actúan en forma correcta por amor filial, ni por solidaridad de especie, ni por comunidad de creencias. Prueba de esto es la permanencia de la guerra entre los seres humanos. Las conductas de la raza humana se han atemperado y encausado gracias a la norma que obliga, que ordena y que amenaza cuando no se obedece. Es decir, las personas actúan con respeto a sus semejantes por miedo al castigo, en cualquiera de sus esferas. Por miedo a la pena que impone la trasgresión de las normas jurídicas. Por miedo al repudio social de sus comunidades. Por temor a la crítica de sus superiores jerárquicos. Y solo parcialmente por incomodidad con su propia conciencia moral. Sobra añadir que el ser humano no es el santo angel que pretenden demostrar algunas sectas de creyentes. Por el contrario, es el mayor y más peligroso predador que ha existido en la naturaleza. Y la única forma de obligarlo a actuar dentro de parámetros civilizados es con la fuerza del derecho.

A pesar de lo anterior, el ser humano es la máxima expresión de desarrollo en la evolución animal. Y si a su inteligencia unimos el derecho como máximo regulador de su conducta, podemos llegar a entender, por ejemplo, el por qué existen derechos fundamentales que deben respetarse en nuestros semejantes y en nosotros mismos. Y no precisamente porque lo haya expresado algún profeta o alguna intangible divinidad encarnada, o porque se encuentre (como de manera más poética que filosófica lo afirman algunos pensadores), “inscrito en el corazón del ser humano”. No! Estos derechos existen porque la misma

sociedad humana así lo ha reconocido a través de sus leyes positivas. Y lo ha hecho luego de miles de años de historia, de sufrimiento, de abusos, de lucha conceptual y de muchos levantamientos sociales que han llegado a proclamar que todos somos iguales en dignidad, en derechos y en respeto.

COMPLEJIDAD SOCIAL, ORDEN Y VALORES SOCIALES

FERNANDO GÚZMAN MORA, MD

Cirujano Cardiovascular
Hospital Militar Central y Clínica Palermo de Bogotá
Magistrado. Tribunal Nacional de Ética Médica
Abogado Magna Cum Laude. Universidad Militar Nueva Granada
Profesor AH Facultad de Medicina.
Universidad Militar Nueva Granada
Especialista en Bioética. Universidad El Bosque
Candidato a Magister en Derecho Penal. Universidad Libre
Aspirante a Magister en Bioética. Universidad El Bosque
Catedrático de Derecho Médico. Universidad Javeriana

CR MED SARA EDITH MORENO MAZO, MD

Cirujana Oftalmóloga. Glaucomatóloga.
Subdirectora Servicios Ambulatorios. Hospital Militar Central
Especialista en Bioética. Universidad El Bosque
Magister en Bioética. Universidad El Bosque
Especialista en Docencia Universitaria.
Universidad Militar Nueva Granada
Profesora AH. Facultad de Medicina.
Universidad Militar Nueva Granada

T CR CARLOS ALBERTO ARIAS PÁEZ, MD

Cirujano Jefe de Servicios de Cardiovascular y Vascular Periférico.
Hospital Militar Central

Cirujano Cardiovascular. Clínica Palermo Bogotá

Profesor AH. Facultad de Medicina.

Universidad Militar Nueva Granada

Instructor ATLS. Sociedad Colombiana de Cirugía

CR MED ® RICARDO MARÍA BARRAGÁN GÓMEZ, MD

Cirujano Cardiovascular. Hospital Militar Central

Jefe de Cirugía Cardiovascular. Clínica Palermo Bogotá

Profesor AH. Facultad de Medicina.

Universidad Militar Nueva Granada

INTRODUCCIÓN

La sociedad funciona con base en ciertas exigencias y determinados requisitos ordenados por entes creados por ella misma y dirigidos por personas.

Pero su organización es sumamente compleja y ha evolucionado a través de muchas etapas históricas.

Para entender su diario trasegar es importante definir una serie de términos elementales.

1. CULTURA

Se puede definir como la facultad de transmitir información intergeneracional a través de costumbres, actos habituales, información verbal e información escrita. Y aunque existen formas de transmisión de dicha información entre animales, en la raza humana se han conocido modelos de conducta desde hace más de dos millones de años. Esto incluye rituales de entierro, formas de cocinar alimentos,

maneras de cazar animales, rudimentos de agricultura y elementos de ganadería.

Obviamente, con la aparición del lenguaje verbal y, muy especialmente, con la escritura, se pueden plasmar esos modelos de conducta y modos de aplicar tecnología de forma mucho más eficiente y cognoscible para mayor número de personas. Y esto no solo abarca el conocimiento de detalle puramente técnicos, sino de conceptos abstractos como las matemáticas y, de similar manera, la religión.

Un hecho trascendental ocurrió hace tres millones de años, cuando un grupo de homínidos denominado *Australopithecus afarensis* formó uno de los primeros grupos familiares, como lo demuestran los estudios de fósiles encontrados en Etiopía en 1975.

Algunas características del fenómeno cultural incluyen:

- A. Protección absoluta al recién nacido
- B. Emparejamiento familiar
- C. Construcción de refugios, vivienda y campamentos
- D. Aprovechamiento de la agricultura y la ganadería
- E. Fabricación de utensilios más eficientes
- F. Adaptación a los cambios del ambiente
- G. Creación del pensamiento simbólico, especialmente en arte y religión
- H. Aparición del lenguaje

2. CIVILIZACIÓN

Una vez que la comunidad adquiere cierta identidad, a través de la cultura y la tradición comunes, aparece la Civilización. Esta se define como una sociedad que posee modelos culturales similares, tradición histórica similar, costumbres unificadas, formas de conducta unificada y criterios intelectuales de la misma especie.

Toda civilización tiene una cultura, pero no toda cultura posee una verdadera civilización. La civilización posee organización urbana y elementos para preservar sus tradiciones y creencias, además de una

organización política, económica asentada en un territorio, así como una desarrollada estructura urbana.

3. SOCIEDAD

Puede definirse sociedad como una agrupación de personas que poseen un área determinada de habitación, una cultura común, unos valores similares y unas costumbres comunes, lo cual les hace crear entre sí una serie de interacciones e interdependencia. Una vez constituido el grupo, se plantean unas reglas de juego de manera expresa o tácita, en donde se regulan procesos de conducta, participación, actividades, jerarquía, propiedad, etc

Sociedad no es lo mismo que Nación, Estado, País o Cultura. De hecho, dentro de la misma Nación y del mismo Estado pueden existir sociedades de variado tipo.

Dentro del análisis antropológico de la evolución social, las sociedades han evolucionado con el tiempo: las sociedades primitivas de caza y recolección, en donde la familia jugaba un papel fundamental, evolucionaron a las de tipo pastoril, en donde comienzan a aparecer líderes de prestigio que dirigen la conducta comunitaria. A su vez, la sociedad agrícola, de mayor desarrollo que las anteriores, produce multitud de roles dentro de su seno, permitiendo la acumulación de excedentes y la división en clases sociales. Luego aparece la sociedad industrial, en donde el individuo se separa aún más de su núcleo originario y los fenómenos de desigualdad son más evidentes. El último tipo de sociedad (hasta el momento por lo menos), es la postindustrial, dominada por la tecnología avanzada y unida por vínculos muy diferentes a las de las sociedades primitivas.

Los lazos de unión de las sociedades avanzadas residen en las denominadas instituciones, que son subdivisiones sociales con objetivos especializados, como la educación, la producción, la ciencia, etc.

4. CONGLOMERADO:

Pluralidad de sujetos que están físicamente en el mismo sitio y con las mismas características de modo, tiempo y lugar.

Desde este punto de vista es importante la presencia en el mismo sitio y a la misma hora, que pueden o no tener intereses comunes.

Ejemplo: Las personas que van en un bus ejecutivo son conglomerado.

Principales conglomerados

- Multitud. Conjunto de individuos que están presentes en un lugar determinado y a veces por el azar. No tienen elementos comunes. No hay cohesión en el grupo. Generalmente hay poco liderazgo. Sin embargo, es un grupo pacífico.
- Turba u horda. Conjunto de personas que se encuentran enardecidas o emocionalmente inestables en el momento considerado. Presentan estados extremos, generalmente liderados por uno o más miembros del conjunto, cuya finalidad generalmente es causar daño. No está generalmente planeado como grupo en anticipación.
- Auditorios
- Manifestaciones

5. CATEGORIA

Ficción del legislador, el estadista o el sociólogo de reunir individuos que presentan características similares, de acuerdo con lo que se esté analizando.

Lo esencial es que no tienen que estar presentes ni juntos. En ocasiones ni siquiera se conocen.

Ejemplo: Todas las personas que llegaron vestidas de rojo un Lunes.

Las categorías para la sociología y para el derecho son importantes en la medida en que arrojen resultados estadísticos sobre un sector de la sociedad en particular. Desde este punto de vista son vitales para el desarrollo de los planes de desarrollo de gobierno.

Principales categorías.

- Clases sociales. Se tiene en cuenta el nivel cultural, social, económico y religioso.
- Hay tres clases sociales y seis estratos (Este último se refiere solo al aspecto económico)

- Minorías. Viene definida por la cantidad de poder. Es un concepto sociológico que nada tiene que ver con la cantidad o el número de las personas vinculadas a esta, sino que son las características de desventaja y opresión que comparte un número de personas. La esencia es que reunan las dos características esenciales de. Desprotección e infraprivilegiados, desde el punto de vista político, cultural, económico y social.

6. GRUPO

Pluralidad de personas, generalmente compuesta a partir de dos personas que tienen ideales comunes y desarrollan estrategias colectivas para alcanzar ese ideal o meta común.

Se pueden dar entre miembros del grupo, según sus roles.

Tipos de grupos

Inorganizados, semiorganizados, organizados

Verticales (abstraen diferencia de clases)y horizontales (antagonismos sociales)

Biologicos, sociologicos

Extension de contactos: Primarios y secundarios

- PRIMARIO: Base de la sociedad. Las características de este grupo son: Cohesión entre sus miembros, profundos sentimientos interpersonales, alto grado de intimidad, permanencia en el tiempo, entrelazamiento del yo social y el yo personal.

Asociacion permanente. Estructura definida.

Intercambio interdireccional. Afectivo.

- SECUNDARIO: Está socialmente organizado, con parámetros pre-establecidos. Asimismo, se establecen los mecanismos de acción para definir las estrategias. Hay poca afectividad entre los miembros del grupo y predomina el factor temporalidad.

Contacto indirecto, simbólico y abstracto.

7. CLASE SOCIAL

Dependiendo del tipo de sociedad, existen niveles basados en diferencias de todo tipo entre los grupos sociales. Y se ven ejemplos repulsivos, como el existente en la India, en donde la clase alta se encuentra a distancias abismales de la clase de los parias, que no tienen derecho a nada.

Desde el punto de vista histórico, los pensadores socialistas del siglo XIX plantearon que la evolución social de la humanidad se ha movido en lo que se llama la lucha de clases. Y para este efecto, dividieron los tipos de sociedad en:

- A. Sociedad Esclavista. Los extremos se encontraban entre los esclavos y sus dueños.
- B. Sociedad feudal. Con niveles máximos entre el señor feudal, dueño de la tierra y los siervos de la gleba.
- C. Sociedad capitalista. Con un enfrentamiento típico entre el capitalista, dueño de los medios de producción y el obrero, que vende su fuerza de trabajo.

Dependiendo de cada sociedad, las acciones que se regulan en cada clase social incluyen el rol laboral, las relaciones matrimoniales entre los miembros de la propia clase, los derechos a que cada uno tiene acceso, las costumbres de cada grupo y muchos otros. Pero la principal diferencia es el ingreso económico, a través del cual se puede variar la clase social. De esto se deduce que el acceso a ciertas oportunidades, comodidades, privilegios y facilidades. No es lo mismo, en términos generales, educarse en una escuelita humilde en los extremos de una capital, teniendo que recorrer distancias enormes en transporte público de mucha incomodidad y llegando en estado de desnutrición, sin acceso a libros propios, a tomar clases en un lujoso colegio privado, habiendo descansado y en perfecto estado nutricional, siendo transportado en un automovil particular y habiendo utilizado libros de una estupenda biblioteca familiar.

Deben distinguirse otros términos para estamentos sociales de enorme importancia. Solamente los enunciaremos brevemente.

- ESTADO es un ente político compuesto de tres elementos: territorio, población y gobierno soberano.
- SOBERANIA NACIONAL es el máximo poder dentro de una comunidad política.
- REPUBLICA es un sistema político contrario a la monarquía. Las repúblicas pueden ser de tipo parlamentario o de tipo presidencial.
- NACIÓN hace referencia a los nacionales o pueblo de un estado. Es un concepto que puede traspasar o rebasar las mismas fronteras de un Estado.
- PAIS es un término geográfico que denomina a quienes han compartido un mismo entorno o paisaje toda su vida.
- PUEBLO significa la masa humana de la nación.
- REGIMENES POLÍTICOS O SISTEMAS DE GOBIERNO son aquellas formas de organizar el poder político de un Estado.

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

I. LAS INSTITUCIONES SOCIALES

Son organizaciones creadas por la misma sociedad para solucionar problemas específicos en relación con las necesidades de sus miembros.

Características

- a. Son parte de la cultura de cada sociedad. No es lo mismo la forma de educación que se administra en el Japón a la que se enseña en Colombia. Pero ambos países tienen su propia institución educativa y la aplican de acuerdo con su forma especial de ser.
- b. No hacen referencia a grupos específicos sino a ideas abstractas que se materializan en individuos que van siendo reemplazados con el paso del tiempo, los cambios sociales, el desarrollo tecnológico, la cultura universal y muchos otros parámetros de adaptación de las mismas.

- c. Poseen complejidad interna a través de ideas propias, normas determinadas (Obviamente concordantes con la Constitución y las leyes de cada país) y métodos de funcionamiento concreto. Por ejemplo, las normas de regulación bancaria.
- d. Son de caracter permanente. Por eso la frase aquella de “Las personas pasan y las instituciones quedan”. Sin embargo, las personas son las que le imprimen su sello personal a la forma de estructura y funcionamiento de cada institución.
- e. Poseen estructura articulada interna y externamente. Por ejemplo, la universidad, debe consultar las necesidades de cada país y adaptarse a la formación de sus profesionales de acuerdo con las leyes vigentes para cada caso. Poseen elementos culturales y simbólicos individuales. Aquí se incluyen las creencias, valores, emblemas, marcas, ritos, etc.

Clasificación

Depende de la función que cumplan en la sociedad:

1. Familia. Regula relaciones como la unión marital, que incluye ademas la cohabitación, el domicilio y la prole o descendencia. Adicionalmente, el establecimiento de una relación sexual; la satisfacción del erotismo, la división del trabajo, la transmisión de la herencia patrimonial, jurídica de status y de poder, la transmisión de derechos entre cónyugues, creación de ligámenes nuevos interfamiliares y el reconocimiento público de la relación.
2. Educación. Se refieren a la formación, transmisión y comunicación del conocimiento, de las habilidades y valores de la sociedad.
3. Religión.
4. Economía. A ella se supeditan el mercado, el dinero, los bancos, la propiedad, la empresa, el comercio, la sindicación, la huelga, la sociedad anónima.
5. Política. Incluye el Parlamento, el Gobierno o poder ejecutivo, los tribunales o poder judicial, las elecciones, las corporaciones locales,

el ejército, el servicio militar, los partidos políticos, el referéndum, la policía, la diplomacia, el espionaje, la propaganda política.

6. Recreación

7. Sanidad

8. Justicia. Aunque depende de la institución política, es bueno separarla en este tratado. Es un conjunto de normas jurídicas complejas, duraderas relacionadas entre si que tienen carácter obligatorio que son promulgadas por el estado y que regulan la actividad del hombre en su específica condición humana. Ej. Las leyes. La justicia es coercible, coactiva, bilateral, obligatoria y pública

Hay otras formas de clasificación. Según Hauriou se pueden agrupar en:

- a. Instituciones Personas: son una idea de obra o de empresa que se realiza y perdura jurídicamente en un medio social que se personifica, en las cuales por interiorizarse el poder organizado y la manifestación de comunión de los miembros del grupo en el cuadro de la idea de obra, esta se hace sujeto de la persona moral que se desarrolla en el cuerpo constituido.
- b. Instituciones cosas: en ellas no se va a producir la personificación no va a surgir una nueva personalidad moral, debido a que la idea que vive en la sociedad, no va a hacer generadora de corporaciones en las cuales los individuos van a realizar una actividad o empresa de algún tipo. En las instituciones cosas falta un plan acción un plan a realizar, un proyecto a realizar, en ellas operan un principio de limitación en las voluntades ej. Las reglas jurídicas.

II. LA NOCIÓN FILOSÓFICA DE ORDEN SOCIAL

El orden es un curioso concepto que intenta definir organización, disposición, alineación, en fin, disposición de cosas o grupos de cosas reales o abstractas, en una determinada forma.

Una definición amplia de orden puede ser: La sucesión de conjuntos de elementos a una estructura predeterminada y cuya interrelación crea

un todo, cuyo objeto específico es perseguido por quien ha creado esa misma estructura.

Cuando se habla de cosas, conjuntos, elementos o individuos, deben agruparse varias formas de seres. Y para ello es bueno recordar que ser es lo que hace que el ente sea (ente es el ser que existe). Todo ser se caracteriza por dos elementos: Esencia y existencia.

La palabra existencia proviene del latín *existentia* (ex, fuera de. *Sistens*, tener). Es todo aquello que se encuentra en sí y de por sí, sin importar su naturaleza. A lo que existe por sí mismo, con autonomía de existencia, se le denomina sustancia. Es lo que se mantiene inmutable. Es lo que sirve de soporte a los accidentes o cualidades. Para Aristóteles la sustancia se compone de materia y forma. Materia es aquello de lo que está hecha una cosa. Forma es lo que hace que algo sea como es. Materia y forma no pueden existir aisladamente. Son hilemórficas.

A lo que depende para su existencia de otro ser se le llama accidente. No se puede concebir aislado, sino que su ser se apoya sobre la existencia de otra cosa. Para el ejemplo concreto, podemos decir que el color no es una cosa, sino una cualidad o modo de ser de otra cosa. El color es un modo de ser o una cualidad de otra cosa. El accidente constituye una manera de presentarse las cosas. Si desaparece o se descompone un ser, desaparecen todas sus formas, modos o cualidades de existencia, pues se perdió el fundamento en que se apoya su existencia. ¿Por qué es real un accidente? Porque real es todo lo que existe. Y el accidente, aunque no tiene existencia propia, existe.

Individuo, de otro lado, es aquel ser con autonomía (autos, por sí mismo. *Nomos*, poder) propia (tiene su propio poder de existencia, independientemente de otro). Es además separable del otro (por ejemplo, una piedra es un individuo, un ser humano es un individuo). Es distinguible (posee características propias especiales que lo distinguen de los de su misma especie). En resumen, el individuo tiene autonomía, distinción y separación.

¿Por qué lo anterior? Por la sencilla razón de considerar la sociedad como un orden específico de elementos humanos, agrupados en una

comunidad y que se han organizado de alguna manera para poder subsistir.

¿En qué momento decidió el ser humano asociarse con otros seres de su misma especie? Es posible que no se sepa en mucho tiempo. Pero los ideólogos contractualistas nos dan una idea aproximada. Sus teorías se encuentran representadas en dos grupos: La ABSOLUTISTA, cuyo máximo exponente es Tomás Hobbes (Siglo XVI), autor de la obra “Leviatán”; y DEMOCRÁTICA, en cabeza de John Locke (Siglo XVII) y Juan Jacobo Rousseau. (Siglo XVIII). Todos Influyeron en la construcción del estado Nacional y Liberal

Las teorías tienen varios aspectos en común:

1. Todas tienen fundamento hipotético, es decir, ninguna tiene una base científica de la evolución del hombre. No tienen en cuenta documentos, informaciones históricas, etc. Sus hipótesis se fabrican en abstracto y lo aplican a todos los Estados. (La única referencia histórica de un contrato social es la que se produjo en el buque Mayflower, cuando 102 puritanos diseñan las reglas de juego de la nueva sociedad, en 1620).
2. Todos parten del concepto del estado natural de la humanidad. En este estado no existían normas de convivencia, ni fronteras. No había limitaciones impuestas por el hombre.
3. Consideran que el hombre, en algún momento de la evolución decidió formar un Estado y organizarse civilmente. Esa decisión la tomó mediante un pacto o consenso. Es decir, de un contrato social o acuerdo de voluntades.

Cuando se conforma el pacto, nacen unas normas que implican deberes y derechos. Asimismo, la elección de unos gobernantes. Para algunos, el gobernante es absoluto (Thomas Hobbes), surgiendo la monarquía absoluta. Cuando el poder se divide, nace la monarquía constitucional (John Locke), es decir, con una limitación en el ejercicio del poder. Cuando el poder reside en el pueblo, existe una democracia directa y una soberanía popular (Rousseau).

En el contractualismo existen tres elementos básicos: Estado natural, Contrato Social y Estado. Sin embargo, las concepciones entre los pensadores difieren de manera profunda. Para Hobbes, el hombre es lobo para el hombre y por ello el estado natural es de guerra; Locke piensa que el ser humano vive en estado de igualdad y libertad; Rousseau cree que poseyendo los elementos básicos de subsistencia, es feliz.

Para poder llevar a cabo su objetivo, el ser humano dispuso sus propias normas de convivencia. ¿Cuál era su objetivo? La teoría jurídica ha tratado de encontrarlo a través del análisis de la Filosofía del Derecho. A este respecto han aparecido varias teorías.

1. LA SEGURIDAD DE LOS CIUDADANOS Fundamentada en que el estado cree una serie de mecanismos o procedimientos a través de los cuales el ciudadano común y corriente pueda gozar de un estándar de seguridad que le pueda garantizar su vida, honra y bienes.

2. EL BIEN COMÚN parte del supuesto que los fines del Derecho están en relación directa con el bien común. Santo Tomás, en la Suma Teológica, afirma que el estado debe propender permanentemente el bien común de los asociados. Por lo tanto, debe buscarse un sistema político que evite todas las desigualdades sociales y que al mismo tiempo procure el bienestar social y económico de todos los asociados.

3. LA CONVIVENCIA PACÍFICA La Teoría Enciclopedista del siglo XVIII contradice a la anterior. Parte del supuesto según el cual la sociedad se encuentra montada sobre tres principios: Libertad, Igualdad y Fraternidad. Sobre ellos se edifica el gran fin del Derecho, cuyo fin esencial es la convivencia pacífica de los ciudadanos. Esta convivencia debe lograrse mediante una administración pública que, de una parte, emprenda una lucha sin cuartel contra la corrupción y, de otra, como complemento de esa lucha, abra unos canales de comunicación para que exista democracia participativa y, de ninguna manera una democracia simbólica o formal.

4. LA JUSTICIA La teoría moderna no desconoce la validez de los anteriores planteamientos. La seguridad debe ser uno de los fines del

Derecho. Igualmente el Bien Común y la convivencia pacífica.

III. LA DIFERENCIA SOCIAL SEGÚN NEGLIA

De acuerdo a lo que hemos denominado el “Concepto Neglia” (En atención al profesor de Sociopolítica Angelo Neglia), nuestro país en particular, y América Latina en general, no libra simplemente una lucha de clases económicas. No es la pelea entre obreros y patronos, que conforman una estructura social en la cual cada uno lucha por ascender. El problema es mas profundo. Desde la conquista han existido dos grupos, dos historias. (28)

Por un lado, el grupo hegemónico, compuesto de terratenientes, empresarios, profesionales, militares, trabajadores organizados, burócratas y políticos, heterogéneo en su constitución, pero con una alta participación social, con una vertebración interna y unas claras reglas de juego, el cual ofrece a todos sus estratos la posibilidad de relativo progreso dentro de su estructura social.

En cambio, el grupo marginal, formado a base de campesinos minifundistas, jornaleros, pequeños aparceros, artesanos no calificados, gente de tugurios e indígenas, homogéneamente miserable, con mínima o nula participación social, con una marginalización global que los afecta en todas sus esferas vitales y una miseria radical que los vuelve incapaces de organizarse e integrarse coherentemente.

Para los marginales de nuestra sociedad nada ha cambiado positivamente en los últimos cinco siglos. Las condiciones de miseria solamente han empeorado. Las grandes masas de personas sin la mas mínima posibilidad de progreso aumentan en cada sociedad latinoamericana. Los Estados se han vuelto totalmente incapaces de manejar las bombas de tiempo que existen dentro de sus mismas ciudades.

Ese segmento de población MARGINAL, olvidada de Gobiernos y profesionales, abandonada por la ciencia y evitada hasta por los políticos de oficio, es una enorme franja de población que crece en forma progresiva y rodea con sus cinturones de miseria las ciudades latinoamericanas, pagando con su situación el precio de una humillante conquista española y colocando a la sociedad en un grave riesgo de

destrucción que ya comienza a sentirse en todas las ciudades del país, víctimas de una violencia nunca antes vista y fruto de una actitud contemplativa y cómplice por parte de quienes pertenecemos al segmento protegido o hegemónico de nuestra organización social.

Por múltiples mecanismos, esta situación ha generado resentimiento y odio, ese terrible sentimiento por el cual se desea y procura el mal para otras personas por quienes llega a sentirse repugnancia, y genera alegría cuando produce la desgracia ajena. El odio es parte de nuestra educación diaria en todas las esferas.

IV. LUCHA SOCIAL EN COLOMBIA

Nadie puede negar que existen diferentes niveles sociales dentro de una comunidad, cualquiera que esta sea, sea por efecto de la distribución de la riqueza, bien por la diferencia en la tenencia de la tierra, bien por su acceso al poder.

Pero una cosa es la diferencia de clases y una muy diferente la creación y la conservación de castas, es decir, grupos cerrados en donde interviene el factor descendencia. De acuerdo con Bouglé, este régimen castal viene definido por la especialización profesional hereditaria (nepotismo intelectual), la organización jerárquica y la oposición frente a otros grupos. El ejemplo de la India es típico: quince millones de personas organizadas en más de dos mil castas, dominan a más de quinientos millones de individuos y, muy particularmente, a cerca de cincuenta millones de parias o “intocables”, cuyo único destino en el mundo es el sufrimiento.

La diferencia entre castas es infranqueable, en tanto la diferencia de clase tiene siempre una puerta abierta. De hecho, el análisis marxista de la lucha de clases no es enteramente válido en Colombia, pues a partir de la Conquista española, también se creó una especie de sistema de castas.

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.

Esta situación, corregida al menos en teoría por la Constitución de 1991, existe claramente en la actualidad. La diferencia de clases es posible entre el obrero y el dueño del capital, pero no es una lucha por calidad sino por cantidad. Porque si bien el capitalista continúa siendo el dueño de los medios de producción y del más amplio acceso al poder, el obrero organizado también tiene un importante asiento en la sociedad, hasta el punto de permitir a miembros de su clase llegar a las más altas escalas del poder, como los ministerios y el parlamento.

En cambio, la diferencia entre los marginales y el sistema estructurado de clases sí es un problema de estructura y de calidad de vida.

V. LOS VALORES

En el análisis de las cosas pueden existir juicios de realidad que describen los fenómenos y sus relaciones; y los juicios de valor, que juzgan las cualidades de dichos fenómenos y las califican de acuerdo al punto de vista de quien juzga, es decir, a la luz de los valores de quien observa. El valor es anterior al juicio de valor, aunque estos están interrelacionados: se adhiere a los valores través de los juicios de valor y, al contrario, se aprenden los valores a través de dichos juicios.

Muchos modelos sociales son normas de conducta, porque orientan la acción en circunstancias particulares de tiempo, espacio y situación. Su campo de acción es restringido. Ejemplo: Normas de urbanidad, ceremonias, etc. Sin embargo, debe mirarse hacia el trasfondo que sostiene los modelos: El conjunto de valores. Así por ejemplo, las normas de urbanidad son manifestaciones de respeto hacia los demás.

El poder de los modelos descansa sobre la adhesión a los valores específicos. La relación entre valores y modelos es compleja.

Los problemas fundamentales de la existencia humana son: Definir su naturaleza, relacionarla con el entorno, definir el la categoría del tiempo, modalidades de actividad humana y relaciones interpersonales. Las soluciones a dichos problemas varían de acuerdo a la persona y la comunidad, dependiendo de valores predominantes y de la existencia de valores que pueden ser antagónicos entre ellos.

Pocos valores realmente nuevos aparecen en una sociedad. El llamado “cambio de valores” es, esencialmente, una transformación en la jerarquía de los mismos, más que la creación real de valores nuevos. Además, la diferente escogencia de valores hace a las comunidades diferentes.

De acuerdo a Talcott Parsons, la acción humana se encuentra en permanentes dilemas. Esos dilemas son:

- A. Expresión del sentimiento: Libre curso del mismo (opción de la afectividad) o su control restrictivo (neutralidad afectiva)
- B. Juicio de las situaciones: Con criterios universales (universalismo) o particulares (particularismo)
- C. Aprecio a la gente: Con base en lo que son (calidad) o con base en lo que hacen (desempeño)
- D. Consideración social de las personas: Como entes globales (globalismo) o de acuerdo a patrones específicos (especificidad)
- E. Actuación: De acuerdo con objetivos personales (Egocentrismo) o compartidos (comunitarismo).

Las personas actúan dependiendo del contexto y la situación específica que se presente.

El perfil de una comunidad deriva del conjunto global de las decisiones adoptadas por la mayoría de sus miembros en diversos contextos particulares. En la misma forma se comportan los individuos. Por

ejemplo, el empresario latinoamericano es particularista y globalista, en tanto el norteamericano es universalista y especificista.

Los valores desempeñan un importante rol social:

- A. Dan coherencia a las reglas sociales
- B. Fortalecen la integración personal
- C. Integran socialmente

La adhesión de las personas a los valores sociales debe manifestarse en conductas observables. Por lo tanto, la acción social de las personas está inmersa en el simbolismo.

VI. EL SIMBOLISMO SOCIAL

Símbolo es aquella cosa que evoca y sustituye a otra. El símbolo requiere de tres elementos: significante (símbolo en sí), significado (cosa representada) y significación. Los símbolos sociales tienen relación convencional con los objetos significados. La capacidad de comprender la relación existente entre significante y significado constituye la diferencia entre el ser humano y las demás especies animales. El simbolismo da a las personas poder sobre el mundo y evolución social.

La función de los símbolos en la acción social son dos: Comunicación (facilita el intercambio de mensajes entre varios sujetos) y participación (sentido de pertenencia). En el aspecto de comunicación, el primer nivel de simbolismo es el lenguaje hablado, escrito, telegráfico y del cuerpo. El segundo nivel es el concepto, o evocación de la realidad que representa las cosas y los seres.

En lo concerniente a participación, concretiza realidades abstractas, creando un sentido de pertenencia social. Esto se concreta en cuatro áreas:

- A. Símbolos de solidaridad: bandera, mascota, personaje típico
- B. Símbolos de organización jerárquica: Personal, familiar o comunitaria que las distingue de otras similares.

C. Símbolos del pasado: Héroes, fechas y recuerdos

D. Símbolos religiosos y mágicos

En conclusión, los símbolos unen a los miembros de la sociedad a través de formas específicas de comunicación, relacionan modelos con valores, renuevan la solidaridad necesaria a la vida social y dan normatividad y coherencia a la acción de los individuos.

Con lo anterior queremos mencionar algunos aspectos de la complejidad social que nos ha rodeado a través de la historia.

BIBLIOGRAFÍA

1. Llano A. (editor) ¿Qué es Bioética? Según notables bioeticistas. Bogotá: 3R Editores; 2001.
2. Escobar J. (coord.) Elementos para la enseñanza de la Bioética. Bogotá: Universidad El Bosque; 1998.
3. Abel F. Bioética: diálogo interdisciplinar. Cuadernos de Bioética 1999; 37(1): 11-16.
4. Guzmán F. Neoliberalismo y Salud en Colombia. Heraldo Médico. 2000; 227: 35-46
5. Guzmán F. La Revolución Industrial en la Medicina Colombiana. Heraldo Médico. 2000; 62-70
6. EL ORDEN SOCIAL Guzmán, F., Franco, E., Saavedra, E. DERECHO MÉDICO COLOMBIANO. TOMOS I, II Y III. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA ÉTICO MÉDICA. Universidad Libre. Bogotá. 2007

VIGENCIA CENTENARIA DE LA ÉTICA GRIEGA

FERNANDO GUZMÁN MORA, MD

Cirujano Cardiovascular
Hospital Militar Central y Clínica Palermo de Bogotá
Magistrado. Tribunal Nacional de Ética Médica
Abogado Magna Cum Laude. Universidad Militar Nueva Granada
Profesor AH Facultad de Medicina.
Universidad Militar Nueva Granada
Especialista en Bioética. Universidad El Bosque
Candidato a Magister en Derecho Penal. Universidad Libre
Aspirante a Magister en Bioética. Universidad El Bosque
Catedrático de Derecho Médico. Universidad Javeriana

CR MED SARA EDITH MORENO MAZO, MD

Cirujana Oftalmóloga. Glaucomatóloga.
Subdirectora Servicios Ambulatorios. Hospital Militar Central
Especialista en Bioética. Universidad El Bosque
Magister en Bioética. Universidad El Bosque
Especialista en Docencia Universitaria.
Universidad Militar Nueva Granada
Profesora AH. Facultad de Medicina.
Universidad Militar Nueva Granada

T CR CARLOS ALBERTO ARIAS PÁEZ, MD

Cirujano Jefe de Servicios de Cardiovascular y Vascular Periférico.
Hospital Militar Central

Cirujano Cardiovascular. Clínica Palermo Bogotá

Profesor AH. Facultad de Medicina.

Universidad Militar Nueva Granada

Instructor ATLS. Sociedad Colombiana de Cirugía

CR MED ® RICARDO MARÍA BARRAGÁN GÓMEZ, MD

Cirujano Cardiovascular. Hospital Militar Central

Jefe de Cirugía Cardiovascular. Clínica Palermo Bogotá

Profesor AH. Facultad de Medicina.

Universidad Militar Nueva Granada

INTRODUCCIÓN

La ética como disciplina filosófica en general, la bioética con su amplia visión de la supervivencia humana y la ética médica como reguladora de la conducta de los médicos en ejercicio de su profesión, tienen una serie de bases fundamentales de tipo intelectual, histórico, conceptual y práctico.

Los pensadores griegos, los más geniales creadores del pensamiento humano, sentaron las bases teóricas en materia de filosofía y ética.

El propósito de este escrito es analizar las contribuciones más importantes de Grecia para el pensamiento contemporáneo y su influencia en las actuales concepciones de ética y bioética mundial.

El término ÉTICA, desde el punto de vista etimológico, terminó significando hábito o costumbre. Pero ética, de ethos, significa también establo o pesebrera.

Ethos, por su parte, significa morada. Y el objeto de la ética es el conjunto de actos mediante los cuales los seres humanos nos damos

una morada en el mundo, puesto que el único ser que no tiene hábitat propio y exclusivo biológicamente en el planeta es el ser humano.

La moral en cambio indica cómo comportarse en el mundo. Es entregar un manual de comportamiento. Y allí se contemplan las sanciones, los reglamentos, etc.

La palabra ética se relaciona con épsilon y etha. Y procede de la palabra griega ethos. Viene del ethos por una mikron parenklinon. Klino del radical clin, de donde proviene la palabra clínica que viene del griego cliname que significa inclinación. Por lo anterior, la ética proviene de ethos por una pequeña inclinación o desviación. Es una pequeña desviación de la moral.

ETAPAS CRUCIALES DE LA ÉTICA GRIEGA

I. PRE ARISTOTELICA

El areté o virtud, se manifiesta en cuatro formas: andreia, phronesis, sophrosine y dikaiosyne

La ética griega es una ética de la acción, de la contingencia.

ANDREIA. Significa valor, valentía, arrojo. Es la primera forma de areté o virtud que orienta a las personas en la vida. Los griegos tienen esa idea fundamental. Una vida ética es una vida llena de valentía, de arrojo.

PHRONESIS significa prudencia, ser cuidadoso. En cada acto de nuestras vidas debemos llevar una vida con phronesis, con prudencia, con cuidado. No puede caerse en la paranoia, que es prudencia enfermiza llena de miedo. Si se fuera excesivamente cuidadoso en la vida no se podría actuar. La palabra prudencia en español es una derivación de la palabra latina providentia. Es capacidad de prever las consecuencias de los actos. Como no se puede prever todo, tenemos la obligación de prever hasta donde se puede las consecuencias del acto.

SOPHROSINE. Raíz común con phronesis, que proviene de phren. Tiene muchos significados: membrana que recubre un órgano, el corazón en sentido poético, mente (frenesí, frenocomia, esquizofrenia). Etimológicamente significaría mente sana.

La traducción que hicieron los romanos de sophrosine es temperancia. En latín se refiere a significado estético y no moral. Es de sentido musical. Se refiere a afinar las cuerdas de la música y la existencia. Es un criterio estético. Musical y matemático.

DIKAIOSYNE proviene de dika, que significa justicia. Ajustar es lograr la firmeza que permita el movimiento. Es el perfecto ajuste de las fuerzas que integran a la persona.

Veamos algunos de los pensadores mas importantes de esta época.

1. THALES DE MILETO (640-546 A.C.)

Su vida estaba caracterizada por el amor a lo elemental. Habiéndosele preguntado cuál era la cosa realmente más difícil, respondió con un famoso apotegma: “El conocerse a sí mismo”. E interrogado sobre la más fácil, respondió: “Dar consejo a otros”. Y cuando le preguntaron qué era Dios, respondió: “aquello que no comienza y que no acaba”. A la cuestión de cómo podemos vivir mejor y más santamente, repuso: “no haciendo lo que reprendemos en otros”

Murió Thales en su patria, viejo y respetado, mientras contemplaba a los deportistas en el estadio. Y pasó a la historia como uno de los siete sabios de Grecia, luego de aportar este enfoque reduccionista, que va a permitir en adelante que Grecia sea, más que una suma de pequeñas islas, realmente GRECIA. Y que nazca en el horizonte de la filosofía el afán por la búsqueda de UNA verdad.

2. DRACON

Para Dracón, el Derecho religioso representaba los sentimientos de su casta y posición. No quiso tocar las antiguas costumbres para introducir modificaciones “revolucionarias” que dieran gusto a la plebe, y en su famosa Constitución copia las reglas estrictas de una religión severísima que veía en cada falta una ofensa a la divinidad, y en cada ofensa a la divinidad un crimen irremisible.

La misma religión griega preparó el terreno con su concepción de la Moira o Destino como algo que domina a dioses y hombres, y en cuya concepción latía la idea de la ley como superior a la decisión personal

imprevisible, que determinará la diferencia esencial entre la ciencia y la mitología y entre el despotismo y la democracia.

El hombre era libre cuando reconocía que estaba sometido a la ley. Había necesidad de obedecer a una orden externa, al orden del universo, al orden natural, o al gobierno, si se pretendía vivir con relativa autonomía. El hecho de que los griegos hayan sido, hasta donde es dable saberlo, los primeros en realizar este reconocimiento y esta libertad, así en la filosofía como en el gobierno, constituye el secreto de su obra y de su importancia en la historia.

3. SOLON

Se aparta de las reglas de la antigua religión, pues mantenía el concepto de dominación de las familias eupátridas sobre la tierra, para emanciparla haciéndola accesible a todos; o esa otra en donde se prescribía que únicamente heredara el hijo mayor. La Ley de Solón dice que “los hermanos se repartirán el patrimonio” (sin incluir aún a la mujer); introduce también el Testamento; quitó al padre el derecho que la antigua religión le concedía, de vender a su hija, a menos que fuese culpable de falta grave. Libera a quienes han caído en la esclavitud por causa de sus deudas; devaluó la moneda con el fin de facilitar el pago de los créditos; calificó el ocio como un crimen; condenó en su ley a quienes en las revoluciones permanecieran neutrales; legalizó la prostitución ubicando una zona para ello, y como alguien lo criticara, le contestó que la virtud no consiste en abolir el pecado, sino en mantenerlo en su sede.

Como dice Fustel de Coulanges, la autoridad paterna iba debilitándose a medida que la antigua religión perdía su imperio” y así, para un nuevo estado social, nacía un nuevo derecho.

Utilizando una fórmula que parecía común, hizo prometer a su pueblo que no quebrantaría las leyes y se ausentó durante buen tiempo de su Patria.

Pero el hecho de que la religión de la ciudad hubiera perdido influencia, y la presión social de los más desprotegidos hubiera ganado terreno, no quería decir, de ninguna manera, que el sentido de la obediencia

a una regla superior se encontrara debilitada. El hombre de aquellos tiempos, como el de ahora, sabe y comprueba a cada paso que existe la necesidad de un ORDEN, de una organización que solo la ley puede facilitar.

4. LOS SOFISTAS

Los debates de la Asamblea y la necesidad, cada vez más sentida, de adquirir el hábito de razonar con lógica y de hablar con claridad y fuerza persuasiva, contribuyeron, junto con la riqueza y la curiosidad de una sociedad imperial, a suscitar la demanda de algo totalmente desconocido en la Atenas anterior a Pericles, esto es, una educación superior en literatura, oratoria, ciencia, filosofía y arte política. En un principio, esta solicitud de la población no se satisfizo mediante la organización de universidades, sino que se encargó de ello a profesores ambulantes que alquilaban salas de conferencias para dar en ellas sus cursos (como hoy se hace con los ‘seminarios’ y los ‘diplomados’), y luego se trasladaban a otras ciudades donde los repetían.

Algunos de estos individuos, como Protágoras, se llamaban a sí mismos sofistai, es decir, maestros de sabiduría. Esta designación venía a corresponder a la nuestra de ‘profesor universitario’ y no entrañó un sentido despectivo o de censura hasta que el conflicto entre la religión y la filosofía condujo a los espíritus conservadores a lanzar ataques contra los sofistas y hasta que el afán de lucro de muchos de éstos incitó a Platón a denigrar su nombre haciéndolo sinónimo de venalidad, engaño y falsificación, acepción peyorativa que ha perdurado hasta nuestros días.

Estos profesores, venidos de las más distintas latitudes del imperio, comenzaron a sostener en Atenas algunas tesis que no se avenían muy bien con las rígidas verdades sostenidas por la religión de la ciudad. Por ejemplo, según Protágoras, no es posible conocer ninguna verdad absoluta sino únicamente verdades relativas para determinados individuos en determinadas condiciones; las afirmaciones contradictorias pueden ser verdaderas para personas o tiempos diferentes; decía el filósofo que ‘el hombre es la medida de todas las cosas: de las que son, en cuanto son, y de las que no son, en cuanto no son’.

Desde una perspectiva histórica, todo un mundo empieza a vacilar cuando Protágoras proclama este sencillo principio de humanismo y relatividad; todas las verdades admitidas y los principios sagrados se cuartejan; el individualismo ha hallado una voz y una filosofía y los fundamentos sobrenaturales del orden social amenazan desmoronarse. Subsiste, no obstante, el respeto que el filósofo otorga a la ley de la ciudad: “Cualesquiera que sean las cosas que se muestran a cada ciudad como justas y buenas, continúan siendo para la Ciudad justas y buenas durante el tiempo que ésta conserve tal opinión” (Teetes, 167).

Protágoras, en una bella parábola, enseña que el hombre solo se distingue del animal en que es más vulnerable. Por eso Prometeo roba el cofre de las artes y el fuego y lo entrega a Epimeteo; sin embargo los hombres no saben vivir en sociedad y se matan entre sí. Debe entonces intervenir Zeus quien a través de Hermes le da al Hombre aquello que no puede ser robado: el arte político. Y coloca en el corazón de cada ser humano el sentimiento del pudor y de la justicia.

De esta forma y aún reconociendo que la ley no es universal ni eterna, defiende su valor precisamente porque proviene de un acuerdo de la Asamblea que, después de haberla formulado, debe hacerla respetar como una conquista de los ciudadanos educados sobre el capricho del tirano o la ignorancia de la plebe. Por esto es importante la instrucción cívica y la participación de todos en la toma de las decisiones que interesan a la comunidad: La Ciudad forma a los ciudadanos y la ley adquiere el valor de expresión de la voluntad soberana.

Por el contrario, no salen tan bien librados los dioses con Protágoras. Ni el maestro con aquellos: Se cuenta que en la casa del impopular librepensador Eurípides, leyó Protágoras a un grupo de individuos selectos una obra cuya frase inicial causó en Atenas gran revuelo: “De los dioses no sabré decir si existen o no, ni a qué se parecen; pues son muchas las cosas que impiden saberlo, ya que el asunto es oscuro y la vida del hombre, breve”. Cuando se reunió la Asamblea, ya había corrido la voz por toda la ciudad que, alarmada de este siniestro comienzo, desterró a Protágoras, ordenó a los atenienses que entregasen cuantas copias tuvieran de sus escritos e hizo quemar sus libros en el mercado. Protágoras escapó a Sicilia y parece ser que murió ahogado en el viaje.

Otro sofista llamado Antifón de Atenas siguió a Demócrito en su materialismo y ateísmo y definió la justicia en el sentido de lo conveniente; y Trasímaco de Calcedonia -si hemos de creer lo que dice Platón- identificó al derecho con la fuerza, señalando que el éxito de los malos hace dudar de que existan los dioses.

No cabe duda que el movimiento sofista merece ser conceptualizado como uno de los más importantes factores de la historia de Grecia. Esos filósofos que hablaban en público y en privado en contra de las sagradas costumbres de los mayores, aplicaron el análisis a todo; la conducta podía ser justa por naturaleza, e injusta según la ley convencionalmente adoptada. La Naturaleza se convirtió de esta manera en refugio de los descontentos y soñadores, que hallaban consuelo en la teoría del buen salvaje. Pero la negativa a aceptar las reglas sociales fácilmente podía servir también para fundamentar un amoralismo beligerante, como el del Calicles de Platón al atacar la moralidad convencional por ser una creación de los débiles para amordazar a los fuertes.

Estos sofistas renuentes a respetar las tradiciones que no encontraban apoyo en el testimonio de los sentidos o en la lógica de la razón, desempeñaron un papel decisivo en el movimiento racionalista que, finalmente, vino a destruir, entre las clases intelectuales, la vieja fe de los griegos.

5. SÓCRATES

Con este ambiente de polémica, creatividad e irreverencia se encuentra Sócrates. Para él, solamente el conocimiento es capaz de dirigir a la humanidad con acierto. En la sociedad, argumenta Sócrates, la democracia que proponen los sofistas es un absurdo; él piensa que la aristocracia constituye la mejor forma de gobierno.

‘Es absurdo’ dice el Sócrates de Jenofonte, ‘designar a los magistrados por sorteo, cuando nadie trataría de nombrar por tal sistema a un piloto, a un albañil, a un flautista o a cualquier otro artesano, y a pesar de ser los errores en que pueden incurrir estos individuos mucho menos perjudiciales que aquellos que causan desorden en nuestro gobierno’. Atenas, piensa, sólo puede salvarse haciendo que gobiernen la inteligencia y la capacidad; y el voto no resulta más indicado para

este objeto que para elegir un buen piloto, un músico, un médico o un carpintero. Tampoco deben ser la fuerza ni la riqueza las que designen a los gobernantes, por lo cual la tiranía y la plutocracia son tan malas como la democracia. El razonable término medio sería una aristocracia en que las funciones públicas se encomendasen a aquellas personas capaces y preparadas intelectualmente para ello.

Sócrates se enfrenta a este movimiento culto pero libertino y destruye con recios argumentos las conclusiones ligeras de los cómodos pensadores; al utilitarismo de los sofistas, opone la virtud, como el bien máspreciado y la cosa más útil de la vida. Y el sometimiento a la ley, como la virtud más elevada.

Sus oponentes le critican que utilice su inteligencia para formular preguntas sin atreverse a dar ninguna respuesta y decían que como resultado, estaba contribuyendo no a desarrollar, sino a paralizar el pensamiento.

Y era verdad; usando las mismas armas de los sofistas, muchas veces apelaba a la evasiva y a la habilidosa argumentación para confundir al adversario o para camuflar el problema dejándolo sin solución. Y aunque no abusaba del método dialéctico (que preferían los sofistas), sino que intentaba fundar sus raciocinios en la inducción, hubo de refinar la ironía contra sus adversarios y oponer al exceso de retórica, la concisión del pensamiento.

Pero sobre todo, Sócrates combatía con el ejemplo. Predicaba la virtud, como un ejercicio, como un hábito ejercido racionalmente; y consideraba el respeto a la ley como la mayor virtud. Ante la capacidad de educar que trae nuestra propia conducta, desprecia la teoría del discurso; y esta obcecación en manifestar su apego a la ley terminó condenándolo: en efecto, cuando se prohibió tratar con la juventud y se le ordenó ir a traer a un hombre que los magistrados querían hacer morir, resolvió desobedecer, porque tales órdenes eran ilegales.

“Lejos de seguir la costumbre de los acusados que toman la palabra para obtener el favor de los jueces, que adulan y ruegan, a pesar de estar prohibido por las leyes, y frecuentemente obtienen la absolución por tales medios, no quiso ofender así las leyes, obrando de semejante

manera ante los tribunales. Y aunque le hubiera sido fácil hacerse declarar libre por los jueces, con bien pequeño esfuerzo, prefirió morir, respetando la ley, a vivir conculcándola”.

6. PLATON

Educado en la mejor forma, miembro de una gran familia ateniense que se gloriaba de tener a Solón entre sus antepasados, Platón es testigo, muy joven, del desastre de Sicilia; participa en varias luchas y apenas consigue escapar cuando la derrota de Agos Pótamos (405). Su formación y su personalidad lo inclinan por un régimen aristocrático de tipo espartano. Pero los abusos del gobierno de los Treinta tiranos -en el que participaban su tío Carmides y su primo Critias- lo hacen renegar de sus veleidades políticas; siente entonces un deseo sincero de trabajar por la causa de la democracia, pero es la misma reacción democrática la que enjuicia y hace morir a Sócrates.

Entonces, desorientado por estas dos experiencias de sentidos contrarios, se ve conducido a abandonar la política militante en provecho de la reflexión teórica. “Intentará sin duda, poner en aplicación sus ideas políticas en Siracusa (en 367 y 361), por lo demás sin éxito. Se dedica, pues, a enseñar y a publicar lo que ha escrito como notas de clase en la escuela de Sócrates. Y continúa escribiendo para la educación de la juventud ateniense. Así, aparte de los diálogos socráticos, conocemos sus dos obras políticas fundamentales:

- a. LA REPÚBLICA.- en la que lucha contra el amoralismo democrático o aristocrático.- ninguno de los regímenes existentes, ninguna de las doctrinas que aquellos habían hecho nacer, satisfacía a Platón. La democracia es el reino de los sofistas, que, en lugar de ilustrar al pueblo, se contentan con estudiar su comportamiento y con erigir en valores morales sus apetitos

Para Platón hay una idea obsesiva: la idea de Justicia. Por consiguiente, la primera tentativa del filósofo es constituir en ciencia la moral y la política, las cuales coinciden en su motor común, el Bien, que no es diferente de la Verdad; (...) en este sentido. La tentativa de Platón está encaminada a salvar la moral y la política del relativismo a que las reducía el pensamiento sofista que proclamaba el cambio

permanente de todas las cosas. La ciencia política debe volver a encontrar las leyes ideales, que su filosofía proporciona; la política no será ciencia más que cuando los reyes sean filósofos. “(...) De esta forma, el problema central de la República es el de la Justicia, individual o colectiva (todo es uno).

La referencia a la justicia permite excluir los puntos de vista de la utilidad, el interés o la conveniencia. Ni los arsenales ni las fortificaciones constituyen la grandeza de una Ciudad. La política no se mide con esa escala, sino en relación con la idea misma de Justicia, que no es sin la Verdad o el Bien aplicados al comportamiento social.

La obra consigue su grandeza y coherencia por la permanencia de este propósito. Platón funda la política como ciencia deduciéndola de la Justicia. Y no ciertamente como descripción objetiva de los fenómenos políticos, sino como estudio normativo de los principios teóricos del gobierno de los hombres.

- b. LAS LEYES.- las Leyes, obra de la vejez en la que Platón no intenta -al menos así lo afirma- describir el Estado ideal, sino describir tan solo el mejor que se puede construir en la práctica. Por una parte su estado de ánimo es netamente más religioso que en la República. Las leyes deben tener un origen divino, y Dios es la medida de todas las cosas. Además, su Estado será teocrático e intolerante, y, en especial, el ateísmo sea perseguido severamente. (...) se intentará corregir a los contraventores y, si esto no se consigue, se les ejecutará.

LA JUSTICIA

Como mencionábamos, la idea de Justicia es obsesiva en Platón. Mencionemos algunos apartes de esta idea fija en el filósofo

“...En cual...incluyes la Justicia?

-En la mejor de las tres, en la de los bienes que deben amar por ellos mismos y por sus resultados los que quieren ser verdaderamente dichosos...”

“...No es esa la opinión común de las gentes, que ponen la justicia en el rango de aquellos bienes penosos que no merecen nuestros cuidados sino por la gloria y las recompensas que producen, y de los que deben huirse porque cuestan demasiado a la naturaleza...”

“...según la opinión común...Se dice que es un bien en sí cometer la injusticia y un mal el padecerla. Pero resulta mayor mal en padecerla que bien en cometerla...”

“...los hombres...habiéndose dañado por mucho tiempo los unos a los otros, no pudiendo los más débiles evitar los ataques de los más fuertes, ni atacarlos a su vez, creyeron que era un interés común impedir que se hiciese y que se recibiese daño alguno. De aquí nacieron las leyes y las convenciones...”

“...Se llamó justo y legítimo lo que fue ordenado por la Ley...”

“...Y se ha llegado a amar la justicia, no porque sea un bien en sí misma, sino en razón de la imposibilidad en que nos coloca de dañar a los demás...”

“...No se encontraría, probablemente, un hombre de un carácter bastante firme para perseverar en la justicia y para abstenerse de tocar los bienes ajenos, cuando impunemente podría arrancar de la plaza pública todo lo que quisiera...”

“...el hombre se hace injusto tan pronto como cree poderlo ser sin temor...”

“...El gran mérito de la injusticia consiste en parecer justo sin serlo...”

“...El hombre malo...con la reputación de hombre de bien tiene grande autoridad en el Estado, se enlazan él y sus hijos con las mejores familias y lleva a cabo todas las uniones que le agradan. Además de esto, saca ventaja de todo, porque el crimen no le asusta...”

“...el hombre santo y fiel a sus juramentos revive en su posteridad, que se perpetúa de edad en edad...”

“...si os hubiérais puesto de acuerdo para usar de este lenguaje desde el principio, y desde la infancia nos hubiérais inculcado esta verdad, en

lugar de prevenirnos contra la injusticia de otro, cada uno de nosotros de pondría en guardia contra su misma injusticia , y temería darle entrada en su alma, considerándola como el mayor de los males...”

“...alaba la justicia por lo que tiene en sí de ventajosa, y vitupera la injusticia por lo que tiene en sí de perjudicial...”

II. ARISTOTELICA (ARISTÓTELES 384-322)

Nacido en Estagira (al nororientete de Grecia, en la Macedonia), hijo de Nicómaco, médico de Amintas III (abuelo de Alejandro), es enviado a Atenas desde los 16 años a estudiar en la Academia de Platón. En el 343 es llamado a la corte de Filipo como educador de Alejandro Magno. En el 335 regresa a Atenas y funda el Liceo (por estar cerca del “Lykeios” templo de Apolo) que comprendía además un jardín por el que se paseaba (perípatos) de donde se dio el nombre de peripatéticos a sus discípulos.

Reunió allí una importante biblioteca, una colección zoológica y un museo de historia natural. (...) no tardó en despertarse una marcada rivalidad entre el Liceo, cuyos estudiantes pertenecían en su mayoría a la clase media, la Academia, que reclutaba sus miembros preponderantemente en los sectores aristocráticos, y la escuela de Isócrates, frecuentada, sobre todo, por griegos de las colonias.

Aristóteles dedicó a sus discípulos a recoger y ordenar conocimientos en todos los terrenos: las costumbres de los pueblos bárbaros, las constituciones de las ciudades griegas, la cronología de los vencedores en los Juegos Pitios y en las Dionisias atenienses, los órganos y costumbres de los animales, los caracteres y distribución de las plantas y la historia de la ciencia y la filosofía.

De su primera esposa Pitias, tuvo una hija a quien puso el nombre de su madre; de su segunda esposa, la hetaira Herpilis, un hijo a quien llamó Nicómaco, en recuerdo de su padre. Enseñó en el Liceo por 12 años durante los cuales desarrolló sin tropiezo su actividad investigativa y pedagógica; en el año 323 Aristóteles debe retirarse a Calcedonia acusado de impiedad por los enemigos de Alejandro, que ha muerto para entonces.

El pensamiento de Aristóteles permaneció casi desconocido por los sucesores de la Grecia antigua y se dice que fue Andrónico de Rodas quien encontró, apenas cien años antes de Cristo, los escritos esotéricos (que contenían la doctrina secreta para sus discípulos) en una bodega.

De los escritos exotéricos, o destinados al público, no se conocen sino fragmentos: “Eudemo” sobre el alma, que corresponde al “Fedón” de Platón; “Protéptico” que corresponde al “Eutidemo” de Platón, en que se hace un estudio de la sabiduría como resultado de la observación y de la moral como resultado de la sabiduría; “Sobre la filosofía”, que contiene un desarrollo histórico de la filosofía desde las antiguas escuelas orientales. En este escrito se habla principalmente de astrología, cosmología, numerología y de la existencia de Dios.

El conjunto de los escritos esotéricos (o secretos) son los que ahora conocemos como su obra principal, y tienen que ver con los estudios sobre la naturaleza y la filosofía.

La mayoría de los críticos y eruditos clasifican la obra de Aristóteles en tres períodos de acuerdo con la probable evolución de su pensamiento, desde cuando era discípulo y admirador irrestricto de Platón, pasando por un período crítico hasta llegar a la tercera etapa de madurez e independencia conceptual.

Otros, como Zücher (1952) afirman que el verdadero pensamiento aristotélico se encuentra en sus obras exotéricas, y que en las esotéricas existen interpolaciones atribuibles quizás a Teofastro.

Preocupado por solucionar el viejo problema sobre la posibilidad de un conocimiento universal y cierto a partir del estudio de los seres mudables, concluyó que el objeto de las ciencias es el ser-idea realizada en las cosas.

La ciencia abstrae de las cosas mudables, aquello que le es esencial y estable, separándolo de lo mudable y accidental.

De esta manera, lo que para Platón son sustancias separadas de las cosas (las ideas), para Aristóteles son formas realizadas en las cosas. En la ciencia se muestran las relaciones de las cosas con las ideas, y con éstas últimas se especula. Así, las leyes del ser rigen el pensar.

Esas leyes del pensamiento son, a partir de Aristóteles, definidas en la “lógica” que establece la conformidad entre el pensamiento del sujeto y el objeto que éste pretende conocer.

Esa conformidad nos permite afirmar que algo es, cuando realmente “es”: “La reunión o separación, he aquí lo que constituye la verdad o la falsedad de las cosas. Por consiguiente está en lo verdadero el que cree que lo que realmente está separado está separado, que lo que realmente está unido está unido. Pero está en lo falso el que piensa lo contrario... no porque creamos que tú eres blanco, sino porque eres en efecto blanco, y al decir nosotros que lo eres decimos la verdad” (Metafísica, IX,10).

Al unir conceptos, se hacen los juicios. Y al pasar de unos juicios conocidos a otro desconocido, la mente demuestra la verdad. El método apropiado que Aristóteles adecuó para realizar esta operación, es el silogismo, en el que de dos premisas conocidas (una mayor que es universal y otra menor que es particular), se saca una conclusión lógica y necesaria. Por ello afirma en la “Ética a Nicómaco” (VI, 7) que “el universal se nos da siempre a partir de las cosas singulares”, siendo el más universal de los axiomas el principio de contradicción que reza: “es evidentemente imposible que el mismo hombre conciba al mismo tiempo que una misma cosa es y no es (...)”(Metafísica, IV, 3).

Establecida la correlación entre el ser y el bien (Met., IX, 9; XII, 10), que dice relación al fin, y no habiendo un ser único sino muchos análogos, habrá muchos bienes particulares (Ética a Nicómaco, I,6) y así, puesto que cada sustancia tiene su ser incommunicable, debe tener su propio bien. Por ello la ética aristotélica no hace referencia a un único bien del que participan todos los seres, sino que la perfección y la felicidad le corresponde a cada uno de los seres en su propia medida.

Este llamado al principio de realidad sitúa al aristotelismo más acá del idealismo platónico y en relación con la vida virtuosa: el músico es feliz cuando toca bien el instrumento, pero como hombre, como ser racional, para sentirse feliz debe practicar la virtud. “Los verdaderos placeres del hombre son las acciones conformes a la virtud” (Ética a Nicómaco, I,18).

Para Aristóteles, la Política es parte de la Ética:

“Así como la ética es la ciencia de la felicidad individual, así la política lo es de la felicidad colectiva”. Debemos buscar la felicidad y ya sea a nivel personal o social, su estudio y su logro por la práctica de la virtud son posibles (eudemonía).

El derecho se funda en la costumbre que la ciudad estima justa y buena, de modo que, en últimas, las costumbres de la ciudad engendran la ley. Obedecer la ley: ésto es lo que hace al hombre virtuoso, puesto que lo hace buen ciudadano; el hombre que respeta la ley quiere el bien de la comunidad.

En el 322, luego de una vida plena de realizaciones intelectuales pero con un sentimiento de temor patriótico por el futuro de Grecia, muere Aristóteles lejos de su soñada Atenas, a los 63 años de edad.

Según Aristoteles, el hombre es por naturaleza un animal político, de modo que se siente feliz y alcanza sus mayores logros viviendo en sociedad. Por ello está dotado de la palabra, esa herramienta para el diálogo con la que recopilamos información, establecemos comunicación y construimos cultura.

Aristóteles defiende la Ciudad a doble título: en el plano filosófico, como una forma natural de la vida humana, en donde la familia es la unidad básica; una reunión de familias da como resultado una aldea; una agrupación de aldeas conforma una ciudad. En la ciudad el hombre desarrolla su actividad y cumple su misión y en este aspecto contradice a los sofistas, que ven en la organización social un obstáculo para el desarrollo de la “vida natural”.

De otro lado, luego de conocer muchos sistemas y formas de vida (recordemos que él mismo no era ateniense y que durante muchos años estuvo fuera de Grecia), llegó a la conclusión de que la organización de la polis Ateniense es la más conveniente y ventajosa; toma, pues, esa organización como objeto de estudio y así nace la política: “En todas las ciencias y artes el fin es el bien; y el mayor y principal es el objeto de la suprema disciplina entre todas, que es la política”.

El Estado, o la Ciudad, se integran como un cuerpo que está compuesto por distintos elementos y así como en el cuerpo, en la ciudad cada uno de los miembros cumple una función.

Como la mayoría los pensadores de su época, Aristóteles entiende que el Estado Platónico, que absorbe al ciudadano y le quita toda autonomía, en Aristóteles las personas son llamadas a realizarse individualmente en la búsqueda del bien común. Había en el alma ateniense un inflamado patriotismo, alimentado claro está por la conciencia de ser su ciudad el centro del mundo civilizado y la responsable del orden griego. Como dice Demóstenes: “Al igual que esos hombres políticos que no pueden retirarse de los asuntos públicos, Atenas no puede dejar de dirigir los asuntos de Grecia”.

Refiera el estagirita que con los golpes de la vida quedan dos cosas fundamentales que jamás se las podrán quitar:

Dynamis y energieia.

Dynamis no es acto, como algunos dicen. Es dinámica. La vida es conatus, es aferrarse a la existencia. Se tiene el poder para actuar. Es capacidad.

Y Energieia tampoco significa acto. Fue concebida por Aristóteles. En es un radical griego intensivo, es un intensivo de estar haciendo permanentemente algo. Y erga es obra.

Energieia es estarse haciendo permanentemente de una obra. No se trata solo de tener la capacidad sino llevar a cabo el acto.

La unión de dynamis y energieia se llama praxis.

Y Aristóteles dice que una vez se actúe se debe tener la posibilidad de repetirlo hasta convertirlo en un hábito. Hábito es hexis.

Y una vez se repite el hábito, se convierte en charakter. Se imprime una marca indeleble. Se vuelve tan propio y personal que lleva una impronta. Deja una huella en el mundo.

Charakter se relaciona con elegancia. La capacidad de elegir una forma de aspecto o figura.

Forjado el carácter no se cambia fácilmente. Pero sí se puede cambiar en dos momentos: al repetir actos para convertirlos en hábito, se recomienda la repetición de los actos que valen la pena. Se deben repetir los actos que cumplan con los requisitos de andreia, phronesis, sophrosine y dikaiosyne.

Y la segunda oportunidad de cambiar es cuando al repetir los hábitos se convierten en carácter.

La obligación de la ética es aprender a cuidar de nosotros mismos.

La ética aristotélica es un llamamiento a la libertad humana. Es asumir la responsabilidad sobre la propia vida.

La teoría de la acción en Aristóteles tiene dos inconvenientes:

- Si se dice que hay que ser responsable de los actos, todo acto que se efectúe sobre el mundo es imborrable.
- La acción humana es impredecible, es contingente. Es cierto que se debe intentar prever las consecuencias de los actos, pero preverlas todas es imposible. Y mucho mas las consecuencias a futuro. Y se termina siendo responsable de las cosas que no alcanzaron a prever.

Por esas dos razones la ética aristotélica es difícil de entender y difícil de aceptar.

Los griegos tienen dos teorías al respecto

- La teoría del olvido. Atreverse a olvidar ciertos actos (amnesia). La teoría del perdón. Don es regalo. Y la característica fundamental de los regalos es que no tienen contraprestación. Y per es del sánscrito, que significa perfecto. Por eso el perdón es incondicional. Al no tener contraprestación es inmerecido, es inesperado. Y solamente lo pueden perdonar aquellos que nos aman. Y en muchos casos el perdón es anterior al acto. Se perdona antes de efectuar el acto
- La teoría de la promesa. Dice Nietzsche que el hombre es el único animal que promete. Pero cual es la promesa ética? La respuesta es que en cada uno de los actos se va a poner todo de su parte para imprimir mi sello.

La ética enseña, gracias a la teoría de la acción, del olvido, del perdón, que hay que dar las gracias

Pensar y dar gracias van de la mano. La acción ética aristotélica se acompaña de dar gracias luego de un buen acto, porque hay que ser agradecido. El que no da las gracias es un desgraciado.

III. POSTARISTOTELICA O HELENISTICA

El helenismo esta relacionado con los griegos. Pero griego es una palabra despectiva que le colocaron los romanos a los griegos. En realidad se denominan helenos.

Son las filosofías que surgieron luego de la muerte de Aristóteles (murió en 323 AC, un año antes de la muerte de Alejandro Magno)

Se llama helenismo, porque es el momento en el cual la cultura griega sale de sus fronteras. Y es Alejandro el que difunde el pensamiento griego.

Y muchos de estos filósofos no son griegos, pero hablan griego, asumen la cultura griega y piensan como griegos

Alejandro era hijo de Filipo de Macedonia y de Olimpia. A su vez, era nieto de Neoptolemo rey del Epiro. Nació en 356. Filipo era hombre de grandes ambiciones, astuto, excelente estratega militar, respetuoso de las ideas nacionales, despiadado en el combate y buen político. Olimpia era hermana del rey del Epiro (actual Albania); su personalidad era diferente al de su esposo (al cual había conocido en Samotracia) y se encontraba imbuída de ideas mágicas.

La infancia de Alejandro fue retraída, pues su carácter era agresivo y voluntarioso. De inteligencia brillante, su padre tuvo que escoger los mejores preceptores de su tiempo para educarlo. Entre ellos se destacaron un Leónidas (el ayo de Alejandro), Lisímaco (denominado el Fénix) y nada menos que Aristóteles, ligado la corte macedónica a través de su padre Nicómaco, médico de la corte de Filipo. Curiosa conjunción de cerebros durante la adolescencia del futuro conquistador: uno de ellos el más importante filósofo de la antigüedad y el otro que habría de convertirse en uno de los militares más importantes del

milenio. Aristóteles instaló su escuela en las montañas de Tesalia, cerca de la población de Mieza, en el Templo de las Ninfas. Allí permaneció Alejandro por más de cuatro años, recibiendo las clases del maestro al aire libre.

Proclamado rey en Pella, tuvo que amenazar con su ejército al Congreso de Corinto para lograr su reconocimiento monárquico. En este tiempo tuvo lugar su famosa entrevista con el filósofo cínico Diógenes, de quien Alejandro había oído hablar en numerosas ocasiones. Lo encontró en un barrio de Corinto y se colocó frente al enorme barril donde se afirma que vivía y le preguntó con todo respeto: Filósofo, ¿qué desearías que hiciera por tí ? Diógenes le contestó despectivamente: Que te apartes, pues no me dejas ver el sol !

Una vez reorganizada la nación, venció a tracios, odrisios, tríbalos, taulantinos, escitas y tebanos. Estos últimos, por haberse opuesto a su avance y por haberse rebelado en el peor momento de la campaña de pacificación del norte, sufrieron la muerte de seis mil de sus ciudadanos, la esclavitud de más de treinta mil pobladores adicionales y la completa destrucción de la ciudad.

Luego de dos años de luchas para recuperar el territorio legado por Filipo, Alejandro regresó de nuevo a Macedonia y preparó la mayor campaña de su vida: conquistar Persia. Para ello reclutó soldados macedonios, contrató mercenarios, organizó su estado mayor, alistó los navíos y perfeccionó máquinas de guerra de todo tipo.

Sin embargo, no todos los griegos fueron aliados suyos. Gozó de la amistad de ciudades como Apolonia y Mesembria, pero sin contar con su alianza. Los habitantes del Epiro le tenían recelo. Atenas no le suministró ninguno de sus casi cuatrocientos barcos de guerra. En fin, su fuerza fué esencialmente de cuarenta mil infantes y siete mil jinetes.

Alejandro Magno se preparó durante varios años para derrotar a Persia. Con su ejército de más de cuarenta mil efectivos se puso en marcha en la primavera de 334 AC y atravesó el mar con ciento sesenta barcos. Entre sus fuerzas se contaban doce mil macedonios, siete mil aliados, cinco mil mercenarios de infantería, cinco mil odrisios, tribalos e

ilirios, mil arqueros agrianos, casi cuatro mil jinetes macedonios, tesalios y griegos, novecientos exploradores tracios y varios miles de dragones que combatían a pie y a caballo, según la necesidad del momento.

Alejandro venció en Gránico y continuó su avance, tomándose pacíficamente la ciudad de Sardes. A esta siguieron Efeso, Eolia, Jonia, Quíos, Antisa, Mitilene, Caria y Halicarnaso.

Hacia el otoño de 334 AC la costa occidental de la península de Anatolia se encontraba bajo el control de las tropas macedonias y griegas, que avanzaron de victoria en victoria.

El sueño de venganza helénica se había vuelto realidad.

La fusión de dos culturas, la expansión helénica, la venganza occidental sobre Persia, el conocimiento de nuevos territorios, la riqueza del saber oriental, fueron apenas algunos de los sueños que acompañaron y se hicieron efectivos en uno de los más poderosos militares de todos los tiempos.

Aristóteles había encumbrado el pensamiento político Ateniese, había consolidando los principios establecidos por sus maestros Sócrates y Platón: el Ciudadano (aquel hombre libre y con patrimonio suficiente para ser elegido), era el orgullo de Atenas. La Polis, la Ciudad, era el orgullo de Grecia. Todo el mundo conocido admiraba a los finos atenienses. Su pensamiento político trataba de asimilarse; su filosofía de seguirse.

Pero en general, los griegos aún no poseían una conciencia histórica; no podían más que considerar que quien no fuera griego, debía ser bárbaro; de ser un pueblo pasaron a encarnar el espíritu de la civilización: la paideía, la cultura. Como decía Isócrates, “quien comparta nuestra paideía es griego en el sentido más elevado que quien sólo comparta con nosotros la ascendencia común”

Con las guerras persas y macedónicas se expande el mundo, constituido en adelante por colonias, reinos y protectorados. Es un mundo dominado provisionalmente por los griegos, pero destinado a engendrar un orden nuevo. Mientras Demóstenes habla en el Senado, el grueso de la población griega adquiere su propia filosofía: El

estoicismo se desarrolla sobre las ruinas de la Ciudad griega y enseña que es posible considerar al extranjero como humano, como igual, como griego.

Las vidas de Aristóteles el Filósofo y Alejandro el Rey, corren paralelas: el sabio más admirado, junto al guerrero más poderoso y temido. Paralelas sí, pero por la misma razón no lograron juntarse nunca. Excepto los años de enseñanza, Alejandro no acata las arraigadas ideas Atenienses de Aristóteles; al contrario: con su maestro había aprendido que el mundo es ancho y que la cultura es honda. Él fue quien le enseñó a pensar como un heleno. En el banquete salvaje en que dio muerte a Clito, dijo a dos griegos que estaban a su lado: “¿No os sentís como si fueseis semidioses en medio de salvajes, al sentaros junto a estos macedonios?”

Cuando Grecia cayó ante Filipo y Alejandro, se pensó por los ciudadanos atenienses que era el fin de la civilización. Sin embargo esta idea, transmitida incluso por historiadores apasionados, es errada. El helenismo constituyó la edad más fructífera de la historia griega.

“Al Helenismo lo caracteriza un período de expansión espiritual insospechada. Fue la primera asimilación en grande de cultura del mundo griego sobre el mundo oriental. La segunda asimilación, sin duda recíproca, acontecería con el veloz crecimiento del cristianismo desde su cuna en Oriente.

Cuáles fueron las escuelas mas importantes de esta etapa Helenística?

A. CÍNICOS.

La palabra cínico tiene muchas acepciones. Proviene de kinos, que significa perro. Ellos se llamaban a sí mismos la secta del perro, la escuela del perro. Intentan descubrir un elemento fundamental de la cultura griega: la polis. Su orgullo era la polis. Era su forma de gobierno específica. Decían que a ellos no los mandaba nadie. Ni un faraón como a los egipcios, ni un sátrapa como a los persas, ni un jefe como a los tracios. Los griegos decían que ellos se mandaban a sí mismos.

Si se mandaban a sí mismos, era la definición de libertad para ellos.

Libre es aquel que se manda a sí mismo y no es mandado por otro. Es la capacidad de gobernarse a sí mismo. En griego se dice enkrateia (kratos, poder). Es el poder sobre uno mismo.

La polis hacía libre al griego. Y la libertad se manifestaba en la enkrateia. Y vivían en una democracia. Pero a partir del 338 la polis se hundió, porque con la batalla de Queronea perdieron su libertad. Quedaron en manos de los macedonios. Perdieron su norte. Y entonces se hicieron una pregunta central de la ética: ¿qué hacer? ¿Cómo obrar bien? ¿Cómo actuar?

La respuesta era buscar a como diera lugar la enkrateia. Aprender a gobernarse a sí mismos de nuevo.

Los cínicos contestaban a esto con una respuesta: ya no te preguntes qué hacer....deja de ser hipócrita....aprende de los perros. Y se referían al perro callejero, que no tiene amos. Gobiernate a ti mismo como los perros de la calle.

El fundador de la escuela cínica fue Diógenes, del cual solo se tienen anécdotas.

Parten de la base que la vida es sufrimiento y la solución es intentar aliviarlo y no provocar más sufrimiento con actos desproporcionados. Como hacer según los cínicos para no incrementar el sufrimiento? mirar a los perros que no se aferran a nada. Y la solución es detener el deseo desaforado de apropiarse de las cosas. Y mientras más se aferra a las cosas, más sufre cuando las pierde.

El filósofo más radical de la escuela cínica es CRATES. Fue discípulo de Diógenes alrededor del siglo IV AC. Llegó hasta a denunciar a Diógenes como traidor e hipócrita al aferrarse a alguna cosa. Su mismo barril.

Crates vivía en los muladares de Atenas. Y abandonó su familia rica para vivir como escoria. Y tenía una compañera, HIPARQUIA, una de las primeras filósofas de la historia. Esta también provenía de familia pudiente, pero se enamoró de Crates y se fue a vivir con él para dar cuenta de su sujeción al pensamiento que predicaba.

B. ESTOICOS

No tenían un lugar en donde hacer filosofía. Y se encontraban en la stoa poikile, la puerta pintada. De allí viene la palabra estoicismo

Hay varios períodos: antiguo, medio y de la época imperial.

Se hablará del estoicismo romano. Especialmente con Seneca, Epicteto y Marco Aurelio, de los siglos I a III después de Cristo

El lema de los estoicos era: Soporta y abstente.

Como adquirir enkrateia? hay que guiarse, no por los perros como los cínicos, sino por la naturaleza.

Una de sus frases famosas era: Deus sive natura

Al seguir la naturaleza se sigue a Dios. La naturaleza le enseña a los seres que respecto de los humanos las cosas se dividen en dos: cosas que se salen de mis manos y cosas que están en mis manos.

Qué se sale de mis manos? Cuales no puedo controlar? Esencialmente la muerte y los cambios de fortuna. La muerte porque no se puede evitar. Y los cambios de fortuna por el azar de la existencia. Así mismo la enfermedad y la fama.

Qué hacer entonces con eso que se sale de mis manos? Simplemente no preocuparse por ellas. Si de todos modos van a ocurrir, para que angustiarse por ellas?

Que cosas sí están en mis manos? El placer. El juicio que se hace sobre los placeres. Porque el problema no está en el placer sino en la forma como se juzgan esos placeres. Y los placeres se juzgan con la razón. Y entre más desarrollado el intelecto, más desarrollada su capacidad de juicio y más la intensidad de los placeres

Los placeres se dividen en dos: naturales y contra natura. Los primeros son los que la naturaleza le indica seguir. Los contra natura, son aquellos que la misma naturaleza advierte no seguir

Los naturales son: hambre, sed, sueño, etc., pero respecto al placer sexual, pregonaban la continencia. Recomendaban mantenerse virgen. Y los estoicos lo recomendaban porque dentro de los placeres con que más se manipula al hombre es el sexo. El prototipo de hombre es el que

controla su impulso sexual. Y si no se es suficientemente hombre, debe casarse. Y al hacerlo solo estar con la misma mujer.

Cuales son los placeres contra natura? La naturaleza los condena no por malos sino por estética. Son los mismos placeres naturales llevados al exceso. El que luego de saciarse sigue bebiendo. El que después de recuperar sus fuerzas en el sueño sigue durmiendo.

Que es abstenerse? Abstenerse de los placeres contra natura

Y que es lo que hay que soportar? Seneca dice que hay que aprender a soportar la muerte.

Epicteto enseña a soportar el dolor. Epicteto había sido esclavo del secretario privado de Neron que se llamaba Pafrodito, quien era además uno de los hombres mas ricos del imperio romano. Esta bestia humana se dedicó a torturar mediante el dolor a Epicteto para demostrar que era un falso filósofo.

Sostenia que el origen del razonamiento filosófico residía en el conocimiento de la propia debilidad humana.

Marco Aurelio enseñó a soportar la muerte. Fue uno de los mejores emperadores de Roma. Y siendo dueño del mundo, jamás permitió que sus esclavos le tendieran la cama. Y con todo su poder, enviaba cartas semanales a su maestro Frondon, dándole cuenta de las cosas que había hecho.

Y los tres estoicos jugaron su papel de manera perfecta. El uno abogado, el otro esclavo y el tercero emperador.

C. EPICUREISTAS

Epicuro es el fundador de la escuela

Decía que lo que le impide al hombre actuar en el mundo son sus miedos. Hay que vencer esos miedos que le impiden al ser humano actuar

Los principales miedos son el temor a la muerte y al castigo divino.

A la muerte no se le debe temer, pues es la desintegración del cuerpo en átomos. Si yo existo la muerte no existe. Y si la muerte existe yo ya no existo.

Y no hay razón para temerle a los dioses, porque son felices. Y la felicidad es plena y eterna, por lo que su existencia no se ve alterada por nada. Y si los dioses son plenos de felicidad, a ellos no les interesa el actuar humano.

Que hay que hacer entonces? Vivir entregado a los placeres, rodeado de amigos y en un jardín. Y su escuela se denomina el Jardín.

Pero esto es una mala interpretación, porque Epicuro se refería al placer de una forma particular. Se refería a los placeres de los estoicos, los placeres naturales, los placeres que no esclavizan. Pero aceptaban los placeres de la cama, aunque no en exceso.

Luego Epicuro no es un disoluto. No promueve la orgía.

Y respecto de la amistad los griegos eran obsesivos. Las grandes teorías de la amistad son las de Epicuro y Aristóteles. El amigo según Epicuro es aquel que le hace sentir vergüenza de sus actos de desmesura. Porque uno no puede ser juez objetivo de uno mismo.

En lo que respecta al Jardín, esta palabra no hace referencia a paraíso, sino a la denominación karpos que significa huerta. Se refiere a hortaliza. Y el primer paso para ser libre es ser autosuficiente. Y fundó una comunidad que cultivaba su propia comida. Y con esto protegió a su comunidad de las hambrunas episódicas griegas de ese siglo, porque eran autosuficientes.

D. ESCEPTICOS

No son aquellos que dudan de todo. Esta escuela filosófica es de las mas interesantes de la antigüedad.

La palabra escepticismo viene del griego askepsis, que no significa duda sino investigación.

No se trataba de dudar del mundo sino investigar sus fenómenos.

Analizaron como inclinar la balanza para tomar el mejor camino.

Pero cómo decidir en un juicio para seguir el camino correcto?

Epoche, o suspensión del juicio, aplazar las decisiones. Si llega un

momento de la vida para tomar un camino y hay muchas dudas, debe diferirse la decisión hasta encontrar razones suficientes. Debe abstenerse de juzgar hasta obtener buenas razones

Y nuestra vida actual enseña a la gente a juzgar todo y siempre.

De las anteriores escuelas, ninguna obliga, ninguna ordena como deber. Simplemente recomiendan.

La actitud ética es esa. La ética no manda. No ordena. Sugiere y recomienda. Aconseja sin mandar.

Esta es una breve mirada sobre las principales escuelas éticas griegas de la antigüedad.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALCALDE, CARMEN. La filosofía. Barcelona: Bruguera, 1972.
2. ALBARRÁN VÁZQUEZ, MARIO. Introducción a la filosofía 1. México: McGraw-Hill, 1994.
3. ACEVES MAGDALENO, JOSÉ. Filosofía. Introducción e historia. 2a. ed, México: Publicaciones Cruz, 1986.
4. FRONDIZI, RISIERI. Ensayos filosóficos. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.
5. GARCÍA MORENTE, MANUEL. Lecciones preliminares de filosofía. 9a. ed México: Diana, 1963.
6. VALERO, CARLOS ARTURO Y OTROS. Filosofía 11. Santafé de Bogotá: Santillana, 2000.
7. Guzmán F. La larga ruta de la ciencia. 5-Heraclito de Efeso. Vida y Salud. P8B. Julio 28/95
8. Guzmán F. La larga ruta del Pensamiento. 6-Parmenides de Elea. Vida y Salud. P6B. Agosto 11/95