TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

GACETA JURISPRUDENCIAL

DICIEMBRE DE 2015

NULIDADES

No. 21

© 2015 Tribunal Nacional de Ética Médica

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

ISSN 0123-0832

Diagramación: Giro Graphos Impresores SAS.
Preparación litográfica e impresión:
Giro Graphos Impresores SAS.
Carrera 69K No. 70-40 Of. 204.
Telefono: (571) 262 2518
Cel.:3164914886
Bogotá, Colombia

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

Artículo 41 Ley 23 de 1982

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

© 2015

DICIEMBRE DE 2015
NULIDADES
No.21

MAGISTRADOS 2015

Dr. Germán Gamarra Hernández (Presidente)
Dr. Francisco Javier Henao Pérez
Dr. Fernando Guzmán Mora
Dr. Juan Mendoza Vega
Dr. Francisco Pardo Vargas

Asesor Jurídico
Dr. Edgar Saavedra Rojas

Abogada Secretaria
Dra. Martha Lucía Botero Castro

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

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

Permiso de Tarifa Postal Reducida. Servicios Postales Nacionales S.A.
No. 2015.137.4-72, Vence 31 de Dic. de 2015

INDICE

	Pag.
EDITORIAL. Dr. Fernando Guzmán Mora Magistrado del Tribunal Nacional de Ética Médica	9
Proceso No.395 del Tribunal de Ética Médica del Atlántico Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora Providencia No. 96-2010 DX: Guillain Barré Niega Nulidad Revoca sanción	13
Proceso No.1749 del Tribunal de Ética Médica de Antioquia Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora Providencia No. 44-2013 Tres anestesias simultáneas Confidencialidad de la historia clínica Niega Nulidad	23
Proceso No.1815 del Tribunal de Ética Médica de Antioquia Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora Providencia No. 47-2014 Muerte fetal No nulidad. Caducidad - prescripción	34
Proceso No.1318 del Tribunal de Ética Médica de Antioquia Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora Providencia No. 80-2010 Error anestésico Debido proceso. Nulidad. Informe de conclusiones. Salvamento de voto	53

Pag.

Proceso No.606 del Tribunal de Ética Médica del Atlántico 93
Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 54-2014
No Nulidad por apelación pliego de cargos

Proceso No.507-2005 del Tribunal de Ética Médica del Cauca 106
Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 21-2007
Abuso sexual ??
Impedimentos y recusaciones
Nulidad por inexistencia

Proceso No.599 del Tribunal de Ética Médica del Cauca 134
Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 79-2010
Nefrología. Pelea entre médicos
Accede Nulidad - aplicación de normas

Proceso No.606 del Tribunal de Ética Médica del Atlántico 157
Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 71-2014
Solicitudes exóticas
Niega Nulidad

Proceso No.606 del Tribunal de Ética Médica de Norte de Santander 162
Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 104-2012
Niega Nulidad - sana crítica sobre las pruebas

Proceso No. 4238 del Tribunal de Ética Médica de Bogotá 177
Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 98-2013
Causales de nulidad.
Niega Nulidad

Proceso No.2011-017 del Tribunal de Ética Médica del Huila 183
Magistrado Ponente Dr. Efraím Otero Ruíz
Providencia No. 06-2013
Cuerpo extraño no detectado
Derechos de las víctimas
Niega Nulidad- Doble instancia

Pag.

Proceso No.775 del Tribunal de Ética Médica de Norte de Santander 203
Magistrado Ponente Dra. Lilian Torregrosa Almonacid
Providencia No. 13-2014
Debido proceso
Salvamento de voto- Nulidad

Proceso No.474 del Tribunal de Ética Médica del Tolima 226
Magistrado Ponente Dra. Lilian Torregrosa Almonacid
Providencia No. 21-2014
Niega Nulidad - no ha prescrito
Prescripción antigua

Proceso No.2012-312 del Tribunal de Ética Médica de Nariño 231
Magistrado Ponente Dr. Fernando Javier Henao Pérez
Providencia No. 91-2014
Agresiones entre médicos
Condena a agresor
Niega Nulidad - no al pliego de cargos

Proceso No. 5156-LA del Tribunal de Ética Médica de Bogotá 240
Magistrado Ponente Dr. Juan Mendoza Vega
Providencia No. 105-2014
Niega Nulidad a médico estético no plástico.

Proceso No. 526 del Tribunal de Ética Médica de Tolima 244
Magistrado Ponente Dr. Germán Gamarra Hernández
Providencia No. 107-2014
Atención infantil
Niega Nulidad - Dilación

Proceso No. 1219 del Tribunal de Ética Médica de Antioquia 250
Magistrado Ponente Dr. Germán Peña Quiñones
Providencia No. 110-2011
Quiste torcido de ovario
Niega Nulidad - debido proceso

ARTÍCULO. ELEMENTOS VALIDÉZ NEGOCIO JURÍDICO. 259
Dres. FERNANDO GUZMÁN MORA. SARA EDITH MORENO MAZO.

Pag.

DEBER GENERAL DE CIUDADO 290
Dres. FERNANDO GUZMÁN MORA. SARA EDITH MORENO MAZO.

QUE ES BIOÉTICA?. ACERCA DE UN TEXTO DE GILBERT HOTTOIS. 301
Dres. FERNANDO GUZMÁN MORA. SARA EDITH MORENO MAZO.

Editorial

Nulidades

Dr. Fernando Guzmán Mora, MD, MSCi, Asp Phd
Cirujano Cardiovascular
Magistrado del Tribunal Nacional de Ética Médica.

La palabra nulidad proviene del latin nullitas y de nullus_a_um, que quiere decir "que no es", que no tiene esencia de ser.

Es una forma de impugnar las decisiones judiciales que no necesita de la doble instancia para ser procedente

Los actos procesales, para ser considerados válidos, deben tener unas condiciones inherentes que los vuelven maduros y aceptables para el proceso, para que puedan cumplir con su finalidad específica dentro del mismo.

Dentro de estos actos procesales se pueden presentar dos tipos de error:

1- In procedendo, cuando el acto procesal no cumple con una secuencia lógica en su formación y, por tanto, violan el debido proceso. Estos errores se subsanan con la declaratoria de nulidad
2- In judicando, cuando el raciocinio del juez se desvía de la ley sustancial. Este error se corrige a través de los recursos.

La nulidad es un estado de alteración de un acto procesal que tiene su origen en la falta de un elemento esencial para su constitución o en la presencia de elementos viciados que lo hacen susceptible de ser declarado no válido jurídicamente

Para ello se necesita que el acto procesal exista, pero que no se encuentre revestido de unas exigencias básicas previstas por la legislación, debido a carencia de esas condiciones o a vicios de las mismas, que lo hacen inválido en el proceso.

A diferencia de la inexistencia procesal del acto jurídico, que no necesita ser declarada por el juez, la nulidad debe ser expresada sobre el acto considerado inválido. Esto quiere decir que no hay actos nulos en sí mismos y, mientras no se anulen procesalmente, continuarán produciendo sus efectos jurídicos. Es decir, mientras la autoridad competente no los declare nulos, son de obligatorio cumplimiento

Por lo anterior, la inexistencia procesal es diferente a la nulidad. Los actos inexistentes, como no han nacido a la vida jurídica, son insubsanables. Sin embargo, en sus efectos pueden asimilarse a la nulidad absoluta, pues ambos dejan de producir efectos jurídicos. Adicionalmente, el acto inexistente afecta un acto procesal determinado, mientras que la nulidad puede invalidar todo el proceso o parte del mismo y se puede producir en cualquier momento.

La nulidad y la inexistencia no pueden coexistir en el mismo acto procesal. Cuando se presente un acto inexistente, no es posible impetrar la declaratoria de nulidad.

Ahora, la nulidad puede no materializarse por varias causas:

- Porque el acto cumplió su finalidad sin violar el derecho a la defensa
- Porque ha sido convalidado por el consentimiento de aquel a quien perjudique, dentro de las garantías constitucionales
- Porque existe otro medio para sanear la irregularidad sustancial
- Porque quien alega la nulidad no demuestra el perjuicio causado en sus garantías constitucionales. A este respecto, quien alega la nulidad debe indicar el motivo de la nulidad, la irregularidad sustancial alegada, la forma en que se lesiona la estructura del proceso, la manera en que se afectan las garantías del sujeto procesal y el acto procesal que debido a esta irregularidad queda afectada o viciada.
- Porque con la conducta del sujeto procesal coadyuva a la ejecución del acto irregular (excepto en casos de ausencia de defensa técnica)
- Cuando se alegue de manera extemporánea
- Cuando la causal de nulidad no se encuentre taxativamente expresada en la ley

Las nulidades pueden ser sustanciales y procesales.

Las primeras son aquellas que evalúan un acto jurídico al que le faltan requisitos exigidos por la ley para que tengan validez: capacidad, consentimiento, causa licita, objeto licito, formalidades expresas. Estas pueden ser absolutas y relativas.

Las nulidades procesales aprecian si el procedimiento aplicado en el acto procesal cumplió con las garantías del debido proceso, el derecho a la defensa y la observación de la competencia debida.

Desde otro punto de vista, las nulidades pueden ser absolutas y relativas. Las primeras violan normas de derecho penal o las afectan en su núcleo esencial y son insubsanables por el consentimiento expreso de las partes o por el paso del tiempo. Las segundas o relativas, se refieren a las regulaciones del proceso y son efectivas cuando son reclamadas por el sujeto procesal, pero pueden ser saneadas y el acto convalidado.

Bogotá, Noviembre nueve (9) del año dos mil diez (2010)

SALA PLENA SESIÓN No.1065 DEL NUEVE (9) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL DIEZ (2010)

Ref: Proceso Etico Disciplinario N 395 del Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlantico
Denunciante: Sra S.m.u.
Investigados: Doctores J.J.S., C.R.M. Y E.UA.
Magistrado Instructor: Dra Maria Ortiz Caraballo
Asunto: Recurso de apelación y solicitud denulidad

Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No.96 -2010

VISTOS

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico, en sesión de sala plena de 18 de agosto de 2010, decidió no aceptar la nulidad propuesta por el abogado DIEGO MALDONADO VELEZ, defensor de los doctores E.E.U.A., J.F.J.S y C.E.R.M, en el proceso 395 de ese tribunal, por la queja instaurada por la señora S. del C. M.U., por el manejo médico y posterior fallecimiento de su hija V.D.M., de 18 años.

El tribunal seccional decidió no aceptar los descargos planteados por los médicos encartados e impuso a los disciplinados la sanción de CENSURA ESCRITA Y PÚBLICA, por violación de los artículos 1 Capitulo 1, inciso 1) y 3 de la Ley 23 de 1981, que a la letra dicen:

ARTICULO 1o. La siguiente declaración de principios constituye el fundamento esencial para el desarrollo de las normas sobre Ética Médica:

1. La medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades,

el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distingos de nacionalidad, ni de orden económico-social, racial, político y religioso. El respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual. Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes.

ARTICULO 3o. El médico dispensará los beneficios de la medicina a toda persona que los necesite, sin más limitaciones que las expresamente señaladas en esta Ley.

El defensor de los médicos investigados interpuso entonces recurso de apelación en contra de la providencia que impone las sanciones y es enviado el expediente al Tribunal Nacional de Ética Médica, donde es recibido el 2 de septiembre de 2010. Puesto para reparto el 7 de septiembre del presente año, correspondió por sorteo al Magistrado FERNANDO GUZÁN MORA, quien procede a resolver el asunto con base en los siguientes

HECHOS

El 25 de febrero de 2008 recibió el Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico denuncia de parte de la señora S. del C.M.U. en contra de los doctores E.E.U.A. (especialista en medicina interna y neurología), J.F.J.S. (médico internista e intensivista) y C.E.R.M. (médico especialista en medicina interna y cuidados intensivos), por la atención prestada a la niña V.D.M en la Clínica Saludcoop de Barranquilla y en la Clínica Las Américas de Medellín .

Refiere que la paciente V.D. presentó el 21 de diciembre de 2007, dolor en la cintura, acompañado de nauseas y vomito. Fue llevada a la Clínica Saludcoop de Medellín. Los días 15 a 28 de diciembre de 2007 permaneció en observación sin diagnóstico preciso, presentando dolor abdominal, hematuria, sensación gravativa en lengua y por ultimo convulsiones.

Solicitaron entonces salida voluntaria de Saludcoop y la paciente fue llevada a la Clínica Las Américas de la ciudad de Medellín. Allí continuó con dolor abdominal y orinas de color rojo. Los médicos se cubren en los turnos por tratarse de noche de año nuevo y un galeno plantea la posibilidad de “una fuerza extraña, para lo cual debe solicitar ayuda espiritual”

El 2 de enero vuelve a presentar convulsiones, continua con dolor abdominal, debilidad generalizada, disfasia. Vuelven a consultar a Saludcoop, luego a dos sacerdotes "expertos en sanación" y terminan en Barranquilla en la Clínica Julio Enrique Medrano Leal y se discuten diagnósticos como Guillain Barre y porfiria. El 18 de enero le practican traqueostomia y el 31 fallece en paro respiratorio.

Los Médicos E.E.U.A. (internista neurólogo), J.F.J.S.(internista e intensivista) y C.E.R.M. (internista e intensivista) recibieron formulación de pliego de cargos por violación de los artículos 1 Capitulo 1, inciso 1) y 3 de la Ley 23 de 1981

El tribunal seccional decidió no aceptar los descargos planteados por los médicos encartados e impuso a los disciplinados la sanción de CENSURA ESCRITA Y PÚBLICA, por violación de los artículos 1 Capitulo 1, inciso 1) y 3 de la Ley 23 de 1981

Dentro de términos, el abogado defensor interpone recurso de apelación y solicitud de nulidad por ante el Tribunal Nacional de Ética Médica.

PIEZAS PROCESALES

1.Diligencia de descargos del doctor E.E.U.A.
2.Diligencia de descargos del doctor J.F.J.S.
3.Diligencia de descargos del doctor C.E.R.M.
4.Declaración juramentada de la señora O.P.I., enfermera con estudios en cuidados intensivos, quien declara que los médicos neurólogos se turnaron de acuerdo con su horario contratado para atender a la paciente V.D.M.
5.Declaración juramentada de la señora L.C.O., enfermera superior con estudios en cuidados neurológicos, quien ratifica la atención prestada a la paciente y la disponibilidad permanente de neurólogos e intensivistas en la institución.
6.Declaración del doctor J.V.M., neurólogo de profesión y quien actúa como testigo experto, pues no participó en los hechos motivos de este proceso. Este testigo afirma que el diagnóstico sí correspondía con un síndrome de Guillain Barre y que los estudios de punción lumbar para análisis de liquido cefalorraquídeo y la electromiografía no son de una absoluta relevancia en el diagnostico clínico del síndrome en referencia.

7.Declaración de la doctora N.M.C., médica neuróloga, quien ratifica el manejo adecuado de la paciente por parte de neurólogos e intensivistas tratantes.
8.Declaración del hematólogo J.R.R.L., quien afirma que en fase terminal puede haber una confusión entre los síntomas del síndrome de Guillain Barre y la porfiria hematopoyética y que, a pesar de corresponder los hallazgos clínicos con una neuropatía como la que presentaba esta paciente, también se practicaron estudios para descartar una porfiria.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA

Afirma el Juez ac quo que:

a.El manejo clínico en cuidados intensivos y en pacientes críticos es multidisciplinario.
b.El diagnostico de Síndrome de Guillain Barre sí era consistente con los síntomas y signos que la paciente presentaba
c.Que es consciente del pronostico sombrío de algunos pacientes con este síndrome.
d.Que se debieron desplegar más esfuerzos y medios científicos y tecnológicos para descartar otras patologías que hubiesen podido corresponder al cuadro clínico de esta enferma.
e.Intentaron ponerle una "camisa de fuerza de protocolos" al caso de esta paciente sin cavilar sobre la importancia de la persona humana en si.
f.La actitud de los especialista fue pasiva y observante. Un "mero y simple soporte clínico protocolario".
g.No se tomó con prudencia el análisis del cuadro clínico al ingreso de la paciente, lo cual pudiera conducir a una "sesuda" evaluación y así se pudieran desplegar mejor los medios concretamente, tanto del conocimiento, la experiencia y la tecnología.
h.Hay "visos de contradicción" entre dos declaraciones de neurólogos implicados en el manejo de la paciente V., pues no se confirmó en qué turnos y qué neurólogo veía la paciente algunos de los días que permaneció en cuidados intensivos, hasta su deceso.
i.Los tribunales de ética médica no dirimen controversias científicas, sino que adecuan la conducta del médico a los preceptos de la Ley 23 de 1981.

LA SOLICITUD DE NULIDAD

Haciendo gala de una pésima ortografía, el abogado defensor presentó ante el tribunal seccional un recurso de nulidad a la sanción de "sensura" (SIC) escrita y pública. Subsidiariamente presentó recurso de apelación en contra de la decisión del Tribunal de Ética Médica del Atlántico.

Sus argumentos fueron:

- No se llamó a testificar a uno de los médicos solicitados por la defensa.
- Por lo anterior, se viola el derecho a la igualdad entre la parte defensora y la parte acusadora
- También se ha transgredido el derecho a la defensa

Este recurso fue negado por los jueces ac quo, pues demuestran fehacientemente que nunca se trasgredieron principios procesales o se lesionaron derechos fundamentales de los defendidos. Adicionalmente, le hacen caer en cuenta al defensor de la falta de fundamento en su superficial solicitud de nulidad, pues le faltan elementos indispensables para probar la misma, teniendo en cuenta el artículo 310 del CPP.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Los argumentos esgrimidos en este recurso, también en el marco de una aterradora ortografía por parte del abogado defensor, se resumen en los siguientes puntos:

A. Dice que existió falta de imparcialidad de la magistrada ponente en la valoración del material probatorio del caso. A este respecto no señala exactamente cuáles son los signos de parcialidad de la magistrada seccional y, en cambio, hace una disertación estéril y muy poco oportuna de principios rectores del procedimiento penal y disciplinario.
B. Afirma que el médico J.S. sí estuvo pendiente de todos los aspectos médicos que necesitaba la paciente en el campo ventilatorio, metabólico, neurológico y médico en general. Asimismo, participó en la discusión de los diagnósticos diferenciales y del manejo mismo día a día de la enferma.
C. Indica en que hay declaraciones de las enfermeras que participaron en el tratamiento de la joven paciente, que insisten en la dedicación,

preocupación y actividades encaminadas a obtener un mejor diagnostico y un tratamiento adecuado por parte de los intensivistas que permanecieron a su lado todo el tiempo.

D. De igual forma, expresa que el Dr. J.S. sí tuvo en cuenta múltiples diagnósticos diferenciales en la paciente y solicitó exámenes para confirmar su sospecha alternativa de un mejor diagnóstico incluyendo miastenia gravis, poliomielitis, porfiria), confirmándose en su criterio de tratarse de un Síndrome de Guillain Barre.

E. Dice que la magistrada ponente no tuvo en cuenta que el manejo de este paciente es de tipo institucional y no particular o especifico de un médico del equipo de trabajo que lo atiende, en especial en cuidados intensivos.

F. Expresa que no hay pruebas que confirmen la mala actuación médica y que brinden certeza sobre la falta ética cometida.

G. Informa que los actos médicos efectuados en la enferma cumplieron con la Lex artis.

H. Insiste en que el diagnostico de Guillain Barre es de tipo clínico más que de laboratorio.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

En este caso se han revisado de manera muy cuidadosa todos los elementos procesales y se ha llegado a las siguientes conclusiones.

• NO SE PUEDE CONDENAR A UN MÉDICO POR FALTA A LA ÉTICA SIMPLEMENTE PORQUE NO INDAGÓ OTRAS ENFERMEDADES DENTRO DE SUS CONSIDERACIONES DIAGNÓSTICAS

El diagnóstico es una hipótesis de trabajo.

• DE HECHO, LOS MÉDICOS SI PENSARON EN TODA LA GAMA DE DIAGNOSTICOS DIFERENCIALES APLICA LES AL CUADRO DE LA ENFERMA: POLIOMIELITIS, HIV, MIASTENIA GRAVIS, PORFIRIA, VASCULITIS, INTOXICACION DE ALGUN TIPO, DIFTERIA, PARALISIS HIPOKALEMICA FAMILIAR, MIELOPATIAS, MIELITIS TRANSVERSA Y OTRAS.

En toda la historia clínica se encuentran elementos de la diligencia y preocupación de los médicos que atendieron el caso de manera periódica.

• SÍ SE APLICARON LOS MEDIOS TECNOLÓGICOS Y CIENTÍFICOS EN EL DIAGNÓSTICO Y MANEJO DE ESTA ENFERMA.

Dentro de la gama de elementos tecnológicos disponibles para diagnóstico, tratamiento de la enfermedad específica y soporte vital de cuidados intensivos se cumplieron los actos médicos de manera eficiente y eficaz.

• LOS TRIBUNALES NO PUEDEN FALLAR DISCUSIONES CIENTIFICAS.
Pretender que por no existir disquisiciones diagnósticas en la historia clínica no se tuvieron en cuenta los diferenciales en esta paciente, es simplemente absurdo.
Los hechos demuestran que se pensó en todas las posibilidades en torno al aclaramiento del cuadro clínico de la joven paciente.

• LOS MÉDICOS QUE ATENDIERON EL CASO SÍ LO HICIERON DE MANERA ADECUADA Y NO ABANDONARON AL PACIENTE. SE APLICARON TRATAMIENTOS ACORDES CON LA LEX ARTIS, SE SOLICITARON NUMEROSOS EXAMENES DE LABORATORIO, ECOGRAFIAS, RADIOGRAFIAS, ETC.
La paciente jamás fue abandonada. Se evolucionó a diario por numerosos especialistas clínicos e intensivistas de turno.

• NO SE PUEDE CONDENAR A UN MÉDICO POR LOS RESULTADOS DESFAVORABLES DE UNA ENFERMEDAD BIEN DIAGNOSTICADA Y BIEN ATENDIDA.
La causa de muerte de esta paciente no se encuentra en un mal diagnóstico o en un manejo equivocado de la enfermedad. El síndrome de Guillain Barre es una grave entidad que continúa cobrando vidas en todo el mundo. Y pretender que la causa de muerte en un paciente con esta entidad es atribuible exclusivamente al manejo médico no es de recibo por esta superioridad

• CUAL ES LA VERDAD PROCESAL QUE NO ATACÓ DE MANERA CONTUNDENTE EL MÉDICO INCULPADO EN SUS DESCARGOS?.
No se ve en qué punto fallaron los descargos de los médicos enjuiciados. Ellos dieron versiones completas, fundamentadas científicamente y argumentadas sólidamente.

De contera, no hay contradicciones en sus declaraciones ni en su enfoque profesional médico.

• NO SE PUEDE OBLIGAR A QUE UN MÉDICO EVOLUCIONE A UN PACIENTE INSTITUCIONAL EN DÍAS EN LOS CUALES OTRO ESPECIALISTA DE SU RANGO SE HAGA CARGO DEL PACIENTE. SE TRATA DE PACIENTES INSTITUCIONALES A LOS CUALES ATIENDE UN EQUIPO MÉDICO QUE CAMBIA DE HORARIOS Y CUYOS CONTRATOS SON DE VARIOS TIPOS, GENERALMENTE NO FAVORABLES A LOS MÉDICOS.
El trabajo médico hoy en día es en equipo. Y con mayor razón en un hospital y en una unidad de cuidados intensivos.
Además, la reforma en salud que ha sido tan desventajosa para los médicos en todo el país, los ha obligado a multiplicar sus sitios de trabajo para completar el ingreso necesario para sostenerse de manera decorosa. Hoy en día se trabaja cada vez más por un ingreso cada vez menor. Y los grandes perdedores de esta filosofía mercantilista son los trabajadores de la salud y los pacientes mismos.

• NO SE TUVIERON EN CUENTA DECLARACIONES DE LAS MISMAS ENFERMERAS DE CUIDADOS INTENSIVOS, QUE INSISTEN EN LA DEDICACION E IDONEIDAD DE LOS MÉDICOS EN EL MANEJO DE ESTA JOVEN PACIENTE.
No solamente la evolución consignada en la historia clínica da fé del buen manejo en esta enferma. Los mismos colaboradores, en especial las enfermeras, dan testimonio de la idoneidad con que fue tratada por los médicos encargados de su cuidado.

• LAS DECLARACIONES DE VARIOS ESPECIALISTAS COINCIDEN EN QUE EL DIAGNÓSTICO DE GUILLAIN BARRE ERA EL MAS PROBABLE. ESTO NO SE TUVO EN CUENTA POR LA MAGISTRADA INSTRUCTORA.
Varios especialistas convergen en el diagnóstico de Guillain Barre. Entonces, por qué se pretende condenar a unos médicos que actuaron acorde con esta hipótesis de trabajo? Y de cuándo acá se puede tachar la conducta de un galeno como antiética porque en teoría no se aclararon otros diagnósticos que además fueron descartados paulatinamente?.

• LA HISTORIA CLÍNICA ES EL REGISTRO DE LAS CONDICIONES CLINICAS DEL PACIENTE. NO UN RECEPTOR DE DISQUISICIONES MÉDICAS, SALVO EN CASOS ESPECIFICOS.
La mayor parte de las notas de evolución dan cuenta de las condiciones diarias de la paciente en mención. El hecho de plasmar disquisiciones subjetivas en la historia clínica no está de acuerdo con la objetividad que esta debe poseer.
Salvo casos de problemas muy complejos, en donde se consignan las opiniones fundamentadas de los asistentes a estas juntas, la historia clínica debe ser precisa, clara, escueta y de gran altura científica

• EL DIAGNÓSTICO DE GUILLAIN BARRE ES ESENCIALMENTE DE TIPO CLÍNICO.
Esto lo confirman todos los textos de neurología, medicina interna, cuidados intensivos y otros.

CONCLUSIONES

Por las anteriores consideraciones no se considera que los doctores encartados hayan transgredido de ninguna forma cualquiera de las normas de la Ley 23 de 1981 y su Decreto Reglamentario 3380 de 1981.

Los médicos fueron diligentes, dedicados y estuvieron permanentemente, de acuerdo con la disponibilidad de sus turnos asignados, de la evolución de esta desafortunada enferma.

No puede achacarse el resultado letal de la enfermedad a actuaciones negligentes, imprudentes o imperitas de los médicos que atendieron a la enferma.

Condenar a un profesional de la medicina por falta ética simplemente porque en el errado concepto del tribunal de primera instancia no se tuvieron en cuenta diagnósticos diferenciales (los cuáles sí se discutieron y se descartaron con los medios disponibles en ese momento), nos parece errado.

Son suficientes las consideraciones anteriores para que el TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA, en uso de las atribuciones que le confiere la Ley 23 de 1981

RESUELVA

Artículo Primero - Revocar la sentencia condenatoria del Tribunal de primera instancia en contra del doctor E.E.U.A. y en su lugar absolverlo de todo cargo. **Artículo Segundo** - Revocar la sentencia condenatoria del Tribunal de primera instancia en contra del doctor J.F.J.S. y en cambio absolverlo de todo cargo.**Artículo Tercero** - Revocar la sentencia condenatoria del tribunal de primera instancia en contra del doctor C.E.R.M. y, consecuentemente, absolverlo de todo cargo. **Artículo Cuarto** - Remitir el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

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

Bogotá, Julio nueve (09) del año dos mil trece (2013)

SALA PLENA SESIÓN No.1184 DEL NUEVE (09) DE JULIO DEL AÑO DOS MIL TRECE (2013)

REF: Proceso No.1749. Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia
Contra: Doctor E.A.R.H.
Denunciante: Doctor C.M.B.I.
Asunto: Recurso de apelación en contra de negativa de nulidad.

Magistrado ponente : Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 44-2013

VISTOS

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia, en Sala Plena realizada el 15 de Mayo de 2013, dentro del proceso número 1749, resolvió no declarar la nulidad procesal solicitada por el doctor E.A.R.H., identificado con cedula de ciudadanía número ….. y especializado en Anestesiología en la Universidad de Antioquia y con registro médico número .....

La denuncia fue instaurada por el doctor C.M.B.I. identificado con cédula de ciudadanía número …, Médico General egresado de la Universidad CES, en el año 1986, especializado en Ortopedia y Traumatología en el año 1994 y con registro Médico número ….

Dentro de términos, la defensa del investigado solicito la nulidad de lo actuado por haber violado la intimidad de los pacientes cuyas historias fueron aportadas como prueba al proceso. El tribunal seccional no aceptó los argumentos que respaldaron dicha solicitud.

La defensa del encartado presentó renuncia al poder conferido para representarlo y el mismo investigado elevó recurso de apelación en contra de la nugatoria de nulidad.

El Tribunal de Ética Médica de Antioquia concedió el recurso de apelación. En consecuencia, envió el proceso a este Tribunal Nacional de Ética Médica el 25 de Junio de 2013, recibiéndose el día 28 del mismo mes. Puesto para reparto el 2 de julio de los corrientes, correspondió por sorteo al Magistrado Fernando Guzmán Mora, quien procede a resolver la alzada con base en los siguientes:

HECHOS

El día 1 de abril de 2010 se recibió en el Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia, denuncia firmada por el doctor C.MB., identificado como se ha mencionado, por "graves irregularidades que ocurren frecuentemente en el Servicio de Anestesia de la Clínica Antioquia".

Continúa el denunciante expresando que "…De manera irresponsable y temeraria, los doctores G.P. y E.R realizan lo que ha sido mal llamado (SIC) "Anestesia Simultaneas" (SIC) y que consisten en que un solo anestesiólogo suministra anestesia general a dos o mas pacientes al mismo tiempo (en ocasiones hasta 3) y en diferentes quirófanos, exponiendo a altos riesgos la vida de estos pacientes, al abandonarlos durante la anestesia y ante una complicación súbita, defraudando la confianza depositada por los pacientes ante su anestesiólogo, con el compromiso de cuidarlo y vigilarlo de manera responsable durante la cirugía, y todo esto motivado únicamente por la codicia y el afán desmedido de ganar mas dinero…"

En la declaración rendida por el doctor R.H. expresa, al ponérsele de presente dos historias clínicas en las cuales se demuestra la simultaneidad de dos anestesias, que muy seguramente se trataba de un error por falta de coordinación en los relojes de las salas de cirugía o en un lapsus cometido por él como anestesiólogo de los dos casos.

En un proceso interno de la Clínica Antioquia, luego de revisar las historia clínicas de los pacientes involucrados, se llama la atención del doctor E.A.R.H. por parte del Comité de Ética de la institución y le ordenan no volver a practicar anestesias simultaneas

Luego de corroborar los hechos ocurridos, el tribunal seccional decide proferir pliego de cargos en contra del Médico encartado, el cual enuncia sus descargos el 8 de mayo de 2013. En compañía de su apoderada, la abogada

MARGARITA MARIA CARDONA, quien solicita se decrete la nulidad de lo actuado, debido a la inclusión de pruebas ilegales en el proceso, al revisar las historias clínicas de los pacientes comprometidos en el acto Médico del acusado sin su autorización.

EL Tribunal de Ética Médica de Antioquia no aceptó los argumentos que respaldaban la solicitud de nulidad y luego de algunas consideraciones sobre el aspecto probatorio, definió que la parte defensora había convalidado la presencia de las historias clínicas en mención desde el comienzo del proceso, sin contradecir su legalidad.

Sin embargo, en el documento que rechaza la nulidad pedida, expresa lo siguiente (Folio 120 derecho): "…para efectos de garantizar el derecho a la defensa y a la contradicción de los documentos que en adelante se aporten al proceso deberá citarse nuevamente al doctor E.A.R.H. para que rinda declaración injurada. Asimismo y para rodear de garantías a la defensa se citará al quejoso para que bajo la gravedad del juramento amplíe los elementos de la queja…"

El doctor R.H. ratificó su solicitud de nulidad en el recurso de apelación, alegando la falta de autorización en el uso probatorio de las historias clínicas señaladas, por falta de consentimiento de los pacientes.
Insiste además en el párrafo citado previamente alegando que el tribunal seccional intenta subsanar o convalidar la fehaciente irregularidad que afecta el proceso, lo cual "…considero un amaño; ello en vez de decretar la nulidad solicitada…"

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

I- LA HISTORIA CLÍNICA

La historia clínica es uno de los elementos más importantes de la relación médico paciente. Esta relación, objetivo esencial de la medicina, se encuentra consagrada en la Ley 23 de 1981, la cual expresa en su artículo IV:

"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 autentico..."

La historia clínica es una de las formas de registro del acto médico, cuyas cuatro características principales se encuentran involucradas en la práctica de la historia clínica: Profesionalidad (solamente el profesional de la medicina puede efectuar un acto Médico), pues en esencia son los médicos quienes están en capacidad de practicar una buena historia clínica. Ejecución típica, es decir, su ejecución conforme a la denominada "Lex Artis Ad Hoc"), debido a que la medicina siempre se ejerce conforme a las normas de excelencia de ese momento, a pesar de las limitaciones de tiempo, lugar y entorno. El objetivo de ayuda al enfermo, que se traduce en aquello que se transcribe en la historia. La licitud, pues la misma norma jurídica respalda a la historia como documento indispensable.

Es la base de demostración de la diligencia médico-hospitalaria. Diligencia es la cualidad por la cual el médico ejerce su acto profesional utilizando los principios de cuidado, exactitud, ciencia y conocimiento, con el objeto de llegar a un diagnóstico preciso de las condiciones de un enfermo, para orientar su terapéutica. Negligencia, la actitud contraria a la diligencia, es sinónimo de abandono, dejadez, desidia, descuido e incurría. Es un acto mediante el cual se viola un deber de atención, estando en capacidad intelectual y técnica de preverlo.

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).

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, mesurada 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.

La historia clínica es uno de los elementos probatorios de la diligencia, desde su elaboración formal hasta su trasfondo científico.

En tercer lugar, posee carácter probatorio ante la ley.

La historia clínica es una forma de prueba, pues se considera documento. De acuerdo con el Código de Procedimiento Civil (Sección III, Régimen Probatorio, Título XIII, Pruebas, Capítulo I, Artículo 175):

"...Sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez..."

El mismo Código, en su artículo 251 expresa:

"...Son documentos, los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo..."

Documento es todo aquel elemento perceptible por los sentidos del oído y la vista que al ser examinado sirva para comprobar la existencia de un hecho o una manifestación del intelecto y que, por lo tanto, puede ser llevado físicamente ante el juez.

De acuerdo con el Profesor J Parra Quijano, en el aspecto procesal y probatorio hay dos tipos de documentos: Solemne (cuando la ley impone que un acto se celebre a través de un documento específico, como la venta de un inmueble o un consentimiento informado); y Probatorio cuando se constituye como objeto permanente de representación como medida de seguridad (Historia clínica).

Adicionalmente, la historia es parte de la función del médico como auxiliar de la justicia, evento consagrado en la Ley de Ética Médica:

"...6. El médico es auxiliar de la justicia en los casos que señala la ley, ora como funcionario público, ora como perito expresamente designado para ello. En una u otra condición, el médico cumplirá su deber teniendo

en cuenta las altas miras de su profesión, la importancia de la tarea que la sociedad le encomienda como experto y la búsqueda de la verdad y sólo la verdad..."

En la historia clínica se involucran los conceptos de confidencialidad, secreto profesional e información.

1-Confidencialidad

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

La ley 23 ya lo había contemplado en su Titulo II, Capitulo III, articulo 34: "La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado, sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley"

Asimismo en el articulo 38:

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

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

Esta norma tiene a su vez repercusión para efectos procesales, ya que el Médico, al igual que otros profesionales, no esta obligado a declarar sobre

aquello que se le ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su oficio o profesión (Articulo 214 del Código de Procedimiento Civil).

Desafortunadamente, la confidencialidad de la historia clínica está siendo negada por los nuevos sistemas de salud y las tecnología que ellos utilizan. En principio, tienen acceso a la historia clínica el médico tratante, los interconsultantes, el personal paramédico y el personal en adiestramiento que se admite para el manejo del caso específico. Sin embargo, aunque existen indicaciones específicas sobre formatos de información (Resolución 3905 de Junio de1994), las EPS disponen de la información a su arbitrio, particularmente a través de sus auditores médicos.

El Decreto 3380 contempla la violación de la confidencialidad en la siguiente forma:

"...Artículo 23. El conocimiento que de la historia clínica tengan los auxiliares del médico o de la institución en la cual éste labore, no son violatorios del carácter privado y reservado de ésta.

Artículo 24. El médico velará porque sus auxiliares guarden el secreto profesional, pero no será responsable por la revelación que ellos hagan..."

2-Secreto profesional

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

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

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

1-Absoluto. El Médico debe callar siempre, todo, bien sea en privado o ante la justicia

2-Relativo. No debe guardarse frente a la justicia, para así colaborar en la búsqueda de la verdad
3-De conciencia. El Médico debe divulgar la verdad.

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

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

La violación del secreto se contempla en el Código Penal:

"...El que teniendo conocimiento, por razón de su profesión, arte u oficio, de un secreto, lo revelare sin justa causa, incurrirá en arresto de tres meses a un año y suspensión para ejercer tal profesión, arte u oficio por el mismo tiempo..."

3-Información

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

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

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

La historia clínica es el documento médico por excelencia. Gran cantidad del tiempo de quien se educa en las facultades de medicina transcurre al-

rededor del diseño de una buena historia clínica de quienes se encuentran bajo su cuidado.

Las implicaciones de este documento son de todo tipo, especialmente médico legal, en un momento en que el ejercicio médico se ha tornado complicado, presionado y, en muchos aspectos, verdaderamente angustioso.

II- RESPECTO DE LA RESERVA DE LA HISTORIA CLINICA DICE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:

No. de Rad.: S-9459-96

> Al acudir el Tribunal al Estatuto propio del ejercicio profesional de la medicina para completar la naturaleza del documento historia clínica reservada, simplemente llenó el vacío de la definición conductual del artículo 289 del C.P. para lograr la correcta adecuación típica. No sobrepasó la posibilidad que le confería la correcta interpretación de la ley porque el Estatuto extrapenal es una normatividad jurídica especializada y perfectamente atendible, que no por ser del orden disciplinario podía soslayarse arbitrariamente.
> …
> A su vez, la Corte Constitucional expresa:
> Corte Constitucional Consejero Ponente Dr.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.
> Fecha: Septiembre 2 de 1999 No. de Rad.: T-650-99
> …

En primer lugar, si el presente asunto se analizara sólo desde la posible vulneración del artículo 74 de la Constitución, no se requerirían mayores argumentos para declarar improcedente la acción, pues, en la citada norma, se hace referencia expresa al derecho de acceder a los documentos públicos: "Artículo 74.- Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley. (...)" (se subraya), y, la historia clínica, es un documento privado.
…

- En relación con el derecho de una persona de solicitar su historia clínica, en la sentencia T-158 de 1994, se dijo que la entidad en donde tal documento reposa, no puede negar la entrega, con el argumento de la reserva.

La Corte, al tutelar el derecho de la interesada, manifestó que no se puede negar el derecho, invocando la protección de su propio titular. Dijo la sentencia:

"La historia clínica del paciente que reposa en el Seguro Social, se constituye en principio, no sólo en un documento privado sometido a reserva, que tan sólo puede ser conocido por el paciente y la institución, y excepcionalmente por un tercero, sino además, en el único archivo o banco de datos donde legítimamente reposarán, sometidas a la reserva que ordena la ley, todas las evaluaciones, pruebas, intervenciones y diagnósticos realizados al paciente. ..

III- NULIDADES EN EL PROCESO ÉTICO DISCIPLINARIO

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

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

La Nulidad es la última forma de reparar esos errores.
Las nulidades obedecen a una serie de principios orientadores y básicos que no se deben desconocer para decretarse las nulidades.

NULIDADES PRINCIPALES

Son causales de nulidad:

1. Falta de competencia del funcionario judicial.
2. La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.
3. La violación del derecho de defensa.

1.La falta de competencia del funcionario judicial: durante la investigación no habrá lugar a nulidad por razón del factor territorial:

2.La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el Debido Proceso:

CONCLUSIONES

En el caso examinado, no se encuentra que se haya violado la confidencialidad de los pacientes al solicitar las respectivas historias clínicas como elemento probatorio en un proceso ético disciplinario.

Los tribunales de ética médica, al constituirse por mandato de la ley en entes disciplinarios del ejercicio profesional, asumen funciones publicas y, por ende, se tornan en autoridad delegada para la vigilancia del correcto ejercicio de la medicina.

Por lo tanto, están en su derecho de solicitar las historias clínicas que estime conveniente en el desempeño de sus funciones.
Por lo anterior, no prospera la solicitud de nulidad solicitada por el Médico disciplinado.

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

RESUELVA

Artículo Primero - No conceder la nulidad solicitada por el Médico E.R.H., identificado con cédula de ciudadanía número … Médico General egresado de la Universidad Nacional de Colombia en 1979 y especializado en Anestesiología en la Universidad de Antioquia y con registro Médico número …**Artículo Segundo** - Contra la presente decisión no caben recursos. **Artículo Tercero** - Remitir el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. EFRAÍM OTERO RUÍZ Magistrado-Presidente; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado Ponente; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaría.

Bogotá, veintisiete (27) Mayo del año dos mil catorce (2014)

SALA PLENA SESIÓN No. 1225 DEL VEINTISIETE (27) DE MAYO DEL AÑO DOS MIL CATORCE (2014)

Ref: Proceso No. 1815 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia
Denunciados: Dres N.C.M. Y S.S.C.C.
Denunciante: Señor O.Z.G.y su Esposa D.M.T.H.
Asunto: Recurso de apelación contra negativa a solicitud de nulidad

Magistrado ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No.47-2014

VISTOS

Mediante providencia de 12 de marzo de 2014, el Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia resuelve no formular cargos en contra del doctor N.C.M. y ordena la preclusión de la investigación en su contra.

En cambio, decide formular pliego de cargos en contra de la doctora S.S.C.C. por hechos ocurridos en septiembre de 2009 y denunciados ante ese Tribunal seccional septiembre de 2010.

La providencia respectiva se notifico por estado el 20 de marzo de 2014. El 1 de abril de este año el apoderado de la médica acusada solicita decretar la nulidad de lo actuado a partir de la formulación de cargos. La solicitud fue rechazada por el juez ac quo, quien resuelve no decretar dicha nulidad el 2 de abril y decide compulsar copias ante el Consejo Superior de la Judicatura Seccional Antioquia, notificando la providencia de nuevo por estado el 9 de abril siguiente.

El 21 de abril de 2014 la médica encartada interpone, a través de su apoderado judicial, recursos de reposición y en subsidio apelación en contra de la mencionada decisión. El juez de primera instancia niega la reposición y

concede el 23 de abril el recurso de apelación para ante el Tribunal Nacional de Ética Médica . El cuaderno que contiene el proceso se recibe en esta corporación el 8 de mayo de 2014 y, puesto para reparto en forma aleatoria, corresponde por sorteo el 13 de mayo al Magistrado Doctor FERNANDO GUZMÁN MORA, quien procede a resolver la alzada con base en los siguientes:

HECHOS

En septiembre 16 de 2010 se recibe queja ante el Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia firmada por el señor O.Z.G. por presunta mala atención a la paciente D.M.T.H. el 16 de septiembre de 2009 en la IPS CLINICA SALUDCOOP LA 80 MEDELLIN, en la capital del Departamento de Antioquia.

La pareja Z.T., luego de haber presentado dos abortos espontáneos, decidió colocarse en manos de especialistas, entre los cuales se incluyeron genetistas que no hallaron defectos cromosómicos en el producto del tercer embarazo de la pareja. Sin embargo, debido a los antecedentes descritos, se consideró desde el comienzo como embarazo de alto riesgo.

El 15 de septiembre de 2009 presenta fuertes contracciones uterinas, trasladándose la paciente a la CLÍNICA SALUDCOOP DE LA 80 MEDELLÍN, diagnosticándose inicialmente un falso trabajo de parto, el cual fue corregido a la hora por trabajo de parto en curso.

Cinco horas después se vuelve a evaluar el caso, anotando que se practicaría monitoreo fetal, el cual no se efectuó. Doce horas después se encuentran contracciones inadecuadas

A las 20 horas de haber sido hospitalizada y luego de varias anotaciones en la historia que consignan un parto en curso sin alteraciones, el médico que recibe el turno, doctor N.C.M. reporta ausencia de fetocardia, por lo cual se pasa la paciente a la sala de partos y e inicia registro de partograma.

HORA Y MEDIA DESPUÉS DE PASARLA A LA SALA DE PARTOS, CON DIAGNOSTICO DE MUERTE FETAL, SE DECIDE PRACTICAR CESAREA SIN INFORMAR A LA FAMILIA QUE SE ENCONTRABA PRESENTE EN LA INSTITUCIÓN.

SE OBTUVO FETO DE SEXO FEMENINO SIN SIGNOS DE SUFRIMIENTO FETAL Y AUSENCIA DE MECONIO, POR LO CUAL SE INFIERE QUE EL EPISODIO FUE DE MUERTE SÚBITA EN LA MODALIDAD DE MANERA AGUDA.

EL ESPOSO DE LA PARTURIENTA SE DIRIGIO ENTONCES A LAS DEPENDENCIAS DE LA FISCALIA SECCIONAL DE ANTIOQUIA PARA DENUNCIAR EL EVENTO

Hasta aquí se lleva el análisis del caso, pues como se vera adelante, la solicitud de nulidad se basa en un concepto de prescripción inferior a los cinco años. Esto se debe analizar de manera inmediata, para no entrar en los hechos del caso y evitar una situación de prejuzgamiento.

El 1 de abril de este año el apoderado de la médica acusada solicita decretar la nulidad de lo actuado a partir de la formulación de cargos. La solicitud fue rechazada por el juez ac quo, quien resuelve no decretar dicha nulidad el 2 de abril y decide compulsar copias ante el Consejo Superior de la Judicatura Seccional Antioquia, notificando la providencia de nuevo por estado el 9 de abril siguiente.

El 21 de abril de 2014 la médica encartada interpone, a través de su apoderado judicial, recursos de reposición y en subsidio apelación en contra de la mencionada decisión. El juez de primera instancia niega la reposición y concede el 23 de abril el recurso de apelación para ante el Tribunal Nacional de Ética Médica .

La defensa basa su recurso de alzada en la consideración de ser las decisiones de los tribunales de ética médica son actos administrativos regidos por el Código Contencioso Administrativo Colombiano, el cual determina una caducidad de la acción de tres años.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

Este Tribunal nacional no comparte el criterio de la defensa respecto de la prescripción de tres años para los procesos éticos disciplinarios médicos por tratarse, según la libelista, de actos administrativos a los que cobija la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

A este respecto ya se ha pronunciado en casos anteriores en la siguiente forma:

Este Tribunal Nacional de Ética, en Noviembre de 2013, con ponencia del Magistrado Dr. Efraím Otero Ruíz , en la Providencia No.92-2013 expresó:

> "…Dice el recurrente que son dos aspectos en los cuales esta Corporación se fundamenta para negar la declaratoria de caducidad y que tales hechos son:
>
> " No existe pronunciamiento de la Corte Constitucional que sostenga que el término de prescripción de la acción disciplinaria en el ámbito médico deba regirse por las disposiciones contenciosas administrativas y no por las normas penales disciplinarias especiales.
>
> Es equivocado sostener que existe revocatoria tácita de la norma ética que dispone que en lo no previsto en esa codificación se remitirá a las previsiones del Código de Procedimiento penal, porque una norma de carácter general como el Código Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) no puede derogar una ley especial como el Código de Ética Médica. ".
>
> Cabe destacar que el recurrente incurre en graves imprecisiones porque ésta Corporación sostuvo trascendentales argumentos que no son mencionados por el recurrente. Entre ellos debemos citar que el legislador en el artículo 82 de la Ley 23 quiso que la remisión legislativa para el lleno de sus vacíos fuera a una normatividad penal, de la misma naturaleza del derecho ético disciplinario. En tal sentido se consideró:
>
> " Por expresa disposición del artículo 82 de la Ley 23 en todos los vacíos existentes en la ley, los mismos serán resueltos con remisión a la normatividad procesal penal.
>
> La norma anterior se quedó corta, en cuanto a que solo remite al ordenamiento procesal para llenar los vacíos contenidos en la misma, porque la experiencia nos demuestra que ha debido hacer remisión a todos los ordenamientos penales en general, porque es evidente que no solo la materia procesal contenida en la Ley 23 es incompleta,

sino que existen evidentes vacíos en materia de dogmática penal, particularmente los temas relacionados con la conducta punible, los elementos que la integran, los tipos amplificadores del tipo, la validez de la ley penal en el tiempo y en el espacio, el fenómeno de la prescripción y muchos otros, que de manera necesaria obligan permanentemente al juez disciplinario a tener que hacer remisión a las previsiones del Código Penal o del Código Disciplinario Único. La situación del lleno de los vacíos legislativos contenidos en la Ley 23 se han agravado a partir del 1º de enero de 2005, día en que comenzó a regir el sistema acusatorio con sus características de oralidad, concentración e inmediación. La complicación en cuanto a la remisión legislativa para el lleno de los vacíos contenidos en la norma disciplinaria se agrava, porque la ley 23 fue diseñada bajo el modelo de un código de procedimiento escrito y de tendencia inquisitiva.

La diametral diferencia entre las instituciones procesales entre un procedimiento escrito a uno eminentemente oral lleva a que muchas instituciones de la nueva codificación procesal son inaplicables al sistema escrito que rige para el sistema procesal disciplinario, dificultades, que han obligado a que los Tribunales de Ética hayan resuelto la problemática de los vacíos legislativos, acudiendo al Código Disciplinario Único.

Y por analogía, nos atreveríamos a afirmar que dicha remisión se ha venido haciendo respecto de toda la normatividad penal en general, para efectos de poder resolver por lo menos de manera jurisprudencial algunos vacíos existentes en la ley no solo en lo relacionado con las normas de procedimiento, sino igualmente con las normas del derecho penal material, como ocurre por ejemplo con el vacío existente respecto al período prescriptivo de la acción, que evidentemente por prohibición constitucional no podría concluirse en su imprescriptibilidad y que nos obliga a remitirnos a la legislación disciplinaria ordinaria, por ser la más cercana a las características de éste especial proceso.

También consideró esta Corporación que de manera equivocada el Código Contencioso habla del fenómeno de la caducidad, que en el entendimiento técnico del derecho penal es un fenómeno totalmente

diferente al de la prescripción y que por tanto yerra el solicitante al pedir la declaratoria de " caducidad " de la acción disciplinaria. En tal sentido se argumentó:

" La Corporación debe precisar al solicitante que la caducidad y la prescripción desde la perspectiva penal, son dos fenómenos diferentes, porque la caducidad es el tiempo que el legislador le concede al ciudadano para que acuda ante la jurisdicción penal para solicitarle de inicio a la acción penal, en aquellos delitos que requieren querella. Vencido ese plazo caduca ese derecho y por tanto el ciudadano pierde la facultad o derecho de solicitarle al Estado el inicio de una investigación penal en la que hubiera podido ser afectado En tal sentido se concibe la caducidad en la Ley 906 de 2004, código procesal penal actualmente vigente:

" ARTÍCULO 73. CADUCIDAD DE LA QUERELLA. La querella debe presentarse dentro de los seis (6) meses siguientes a la comisión del delito. No obstante, cuando el querellante legítimo por razones de fuerza mayor o caso fortuito acreditados no hubiere tenido conocimiento de su ocurrencia, el término se contará a partir del momento en que aquellos desaparezcan, sin que en este caso sea superior a seis (6) meses.

Por el contrario, la prescripción es el tiempo que el legislador le señala al Estado para que pueda ejercer el ius puniendi, es decir la potestad persecutora y sancionatoria del delito y de los delincuentes. Una vez transcurrido dicho tiempo, el Estado pierde la competencia y capacidad para perseguir los delitos y los delincuentes. En tal sentido la prescripción de la acción está concebida en el Código Penal, Ley 599 de 2000:

" ARTICULO 83. TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo. El término de prescripción para las conductas punibles de genocidio, desaparición forzada, tortura y desplazamiento forzado, será de treinta (30) años.

(Articulo adicionado por la ley 1154 del 4 de septiembre de 2007). Cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o el delito consagrado en el artículo 237, cometidos en menores de edad, la acción penal prescribirá en veinte (20) años contados a partir del momento en que la víctima alcance la mayoría de edad

En las conductas punibles que tengan señalada pena no privativa de la libertad, la acción penal prescribirá en cinco (5) años.
Para este efecto se tendrán en cuenta las causales sustanciales modificadoras de la punibilidad.
Al servidor público que en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte.
También se aumentará el término de prescripción, en la mitad, cuando la conducta punible se hubiere iniciado o consumado en el exterior.
En todo caso, cuando se aumente el término de prescripción, no se excederá el límite máximo fijado.
Cabanellas en su incomparable Diccionario nos enseña en relación con los vocablos que son objeto de análisis:
“ PRESCRIPCIÓN. Consolidación de una situación jurídica por efecto del transcurso del tiempo; ya sea convirtiendo un hecho en derecho, como la posesión en propiedad; ya perpetuando una renuncia, abandono, desidia, inactividad o impotencia. || Usucapión o prescripción adquisitiva (v.). Caducidad de derecho o facultad no ejercidos durante largo lapso o prescripción extintiva (v.) || Cesación de la responsabilidad penal por el transcurso de cierto tiempo sin perseguir el delito o la falta, o ya quebrantada la condena. || Precepto, orden mandato. || ant. Proemio, prólogo, introducción de un escrito u obra .

“ PRESCRIPCIÓN DEL DELITO. Extinción que se produce, por el solo transcurso del tiempo del derecho estatal o social a perseguir o castigar a un delincuente, cuando desde la comisión del hecho punible hasta el momento en que se trata de enjuiciarlo se ha cumplido el lapso mercado por la ley.

1. Diversidad institucional. La prescripción del delito es institución muy distinta de la prescripción de la pena (v.). Esta última exige

que se haya seguido un juicio y pronunciado una condena, tras la cual el sentenciado la elude por no ser habido o desaparecer. Por el contrario, la prescripción del delito se produce cuando no se ha juzgado todavía al culpable; bien por estar el reo en rebeldía, bien por no conocerse quién sea el autor e incluso por ignorar en absoluto la justicia que se ha producido la transgresión jurídica, hasta que llega a su noticia tras el lapso legal que impide el procedimiento o que lo toma ineficaz penalmente

" CADUCIDAD. Lapso que produce la extinción de una cosa o de un derecho. || Pérdida de la validez de una facultad por haber transcurrido el plazo para ejecutarla. || Efecto que en el vigor de una norma legal o consuetudinaria produce el transcurso del tiempo sin aplicarlas, equiparable en cierto modo a una derogación táctica. || Ineficacia de testamento, contrato y otra disposición, a causa de no tener cumplimiento dentro de determinados plazos. || Cesación de derecho a entablar o proseguir una acción o un derecho, en virtud de no haberlos ejercitado dentro de los términos para ello.

1. Causas. De acuerdo con las instituciones, las fuentes del Derecho o las potestades, la caducidad presenta orígenes distintos. Así, la de las leyes, proviene del desuso (v.); la de la costumbre, por práctica distinta, o por simple falta de aplicación durante mucho tiempo; la de acciones y recursos, por no tramitarlos; en otros casos, por el cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes. En esta última hipótesis resulta más propio hablar de prescripción extintiva (v.). En cuanto a los otros supuestos, la caducidad es concepto de aplicación muy restringida en el Derecho actual, donde el desuso no deroga las leyes; lo cual cabe extender, por similitud, a la costumbre, "ley de hecho".

2. Caducidad y prescripción extintiva. Se trata de dos conceptos jurídicos de deslinde muy complejo, al punto de discrepar fundamentalmente los autores, en su caracterización y en su diferencia. Cortés Giménez, resumiendo puntos de vista de Alas, De Buen, Castán, Ennecerus y otros declara que: "La caducidad o decadencia puede ser convencional o legal; mientras que la prescripción tiene siempre su origen en la última. En la prescripción, el derecho nace con duración indefinida y sólo se pierde cuando haya negligencia en usarlo; en la

caducidad nace el derecho sometido a un término fijo de duración, prescindiéndose de toda consideración de negligencia en el titular. La prescripción opera generalmente a través de una excepción; en cambio la caducidad produce sus efectos de manera directa y automática. Por ello dice Enneccerus que el plazo de caducidad ha de tomarse en cuenta por el Juez, aunque sólo se desprenda su transcurso de la exposición del demandante; la prescripción se aplica únicamente a los derechos llamados potestativos. En la caducidad, a diferencia de lo que ocurre con la prescripción, no se admiten generalmente causas de interrupción o suspensión". (v. Cláusula de caducidad.) . (Lo destacado no lo es en el texto).

Siendo dos fenómenos perfectamente distintos, desde la perspectiva del Derecho penal, y siendo el derecho una derivación de éste último, es claro que se debe hablar entonces es de la prescripción de la acción penal, como la pérdida de la facultad o competencia que tiene el Estado de realizar la acción persecutoria y sancionatoria contra los delitos y los delincuentes y no de caducidad de la acción como equivocadamente aluden el peticionario y la normatividad que se aplique por remisión.

Igualmente argumentó ésta Corporación que no se podía aplicar cualquier norma, considerando aplicable de manera general el principio de analogía, sino que era indispensable, que la interpretación analógica se hiciera con normas de la misma naturaleza o características. En tal sentido se plasmó:

" El legislador consciente de la naturaleza o característica penal del derecho disciplinario quiso que en los vacíos existentes en la legislación disciplinaria se acudiese a normas de naturaleza penal para llenar sus vacíos y esta voluntad del legislador es entendible, porque siendo el objetivo y las características del proceso penal muy especiales, en cuanto a tratarse de una acción de carácter personal, y teniendo como su función fundamental el análisis y valoración de la conducta humana, era necesario, que las disciplinas derivadas del derecho penal, entre ellas, el disciplinario, llenaran sus vacíos con normas de naturaleza igualmente penal, porque ellas conservan la necesaria filosofía que caracteriza al derecho penal, de una manera diferente a las otras ramas que integran la enciclopedia de las ciencias jurídicas.

En relación con la aplicación analógica de la ley penal, la Ley 153 de 1887, dispone que en el caso de éstos vacíos, se apliquen las normas que regulen casos o materias semejantes. En tal sentido se dispone:
" Ley 153 de 1887. Artículo 8. Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.

La aplicación analógica de la ley, tiene límites y no puede tratarse de aplicar cualquier tipo de ley, sino solo aquellas que traten casos o materias semejantes

La Corporación igualmente consideró que era imposible la remisión al Código Contencioso Administrativo, porque una ley general, como es ésta codificación no podía prevalecer sobre las previsiones de una ley especial, como lo es la Ley 23. En tal sentido se dispuso:
" El otro principio que debe aplicarse en los casos de aplicación analógica de la ley penal es la contenida en el numeral 1º del artículo 5º de la ley 57 de 1887, al disponerse que las leyes que tratan asuntos especiales deben aplicarse preferencialmente sobre las que contengan principios de carácter general, en tal sentido se dispone:

" ARTICULO 5o. Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla.
Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

1) La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general;
2) Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior; y si estuvieren en diversos Códigos preferirán, por razón de éstos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal. Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública. (Lo destacado no lo es en el texto).
Si se tiene en cuenta que la normatividades sancionatorias (penal material, procesal penal, disciplinario), son materias especiales,

respecto de las normas procedimentales de carácter administrativo, habrá de concluirse que en éste caso particular el vacío existente en la ley debe llenarse con la remisión al Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002, pues reúne una doble connotación, que tiene la misma naturaleza de la Ley 23 de 1981, por regular ambas procesos disciplinarios y en segundo lugar, por ser ambas de naturaleza penal y sancionatoria. La mencionada ley en relación con la prescripción de la acción disciplinaria dispone:

" ARTÍCULO 30. TÉRMINOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA. 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, 8, 9, 10 del artículo 48 y las del artículo 55 de este 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.

Las consideraciones precedentes son confirmadas por jurisprudencia del Consejo de Estado, que se citará con posterioridad, en la que se sostiene que el artículo 82 de la Ley 23 de 1981, por ser una norma especial no podía entenderse derogada por el Código Contencioso Administrativo.

Finalmente la Corporación hizo una ponderación de derechos constitucionales aparentemente en conflicto y se hace referencia a los principios de favorabilidad y prevalencia del interés general sobre el particular, concluyendo que en éste específico caso la ponderación debía llevar a la aplicación del principio de prevalencia del interés general sobre el particular y que por tanto era inaplicable el principio de favorabilidad. En tal sentido se consideró:

“ Podría argumentarse que con la propuesta anterior se afecta el principio de favorabilidad, puesto que es evidente que la propuesta del peticionario es manifiestamente a los intereses de los disciplinados, pero debe tenerse en cuenta igualmente el principio contenido en el artículo 1º de la Carta en cuanto a que dispone la prevalencia del interés general sobre el puramente particular. En tal sentido se dispone: “ ARTICULO 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran Y EN LA PREVALENCIA DEL INTERÉS GENERAL. (Lo destacado no lo es en el texto).

La Corporación quiso expresamente citar algunas de las normas constitucionales relacionadas con el derecho a la vida, a la salud y a la seguridad social, para destacar la indesconocible trascendencia de la temática, en la que el instrumento disciplinario regulatorio de la profesión médica cumple un rol trascendental para mantener la vigencia y validez de los mencionados principios.

Por su importancia en el desarrollo individual y social de todos los colombianos y de quienes habitan el territorio nacional, el legislador quiso señalar un término prescriptivo de la acción disciplinaria prudente, que respondiese a la trascendental misión encomendada al instrumento procesal disciplinario. Pensar en la sola posibilidad de rebajar el término prescriptivo de la acción constituiría un inmenso perjuicio para la sociedad colombiana y para los integrantes de la Nación en particular, porque se correría el riesgo de que muchas actuaciones de los médicos en el ejercicio profesional pudiesen quedar en la impunidad, por efectos de la prescripción de la acción, ocasionándose un profundo perjuicios a los intereses generales de la Nación.

Aceptar la propuesta del peticionario, significaría igualmente aceptar una clara vulneración al principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley , porque los médicos tendrían un período prescriptivo de la acción mucho más corto del que tendrían los sometidos al Código Disciplinario Único.

Produce perplejidad a la Corporación que el recurrente aluda solo a dos argumentos cuando en realidad, las consideraciones de la Corporación fueron mucho más amplias y tocaron temas que son totalmente ignorados por el recurrente.

Y debe precisarle la Corporación al recurrente, que no es que desconozca cuál es la función de la Corte Constitucional, ni de la naturaleza de sus fallos, sino que se comentó con extrañeza, que no era entendible que si era supuestamente una norma " favorable" que está vigente hace cerca de tres décadas, no hubiera habido un pronunciamiento de nuestra Corte Constitucional bien por vía de constitucionalidad o por vía de tutela, donde algún interesado en la prescripción de tres años, hubiese acudido en busca de protección a esa Corporación. En éste caso el recurrente desnaturaliza y tergiversa el comentario de éste Tribunal.

Y ahora para responder este nuevo recurso horizontal, consultó la Corporación un fallo no de la Corte Constitucional, sino del Honorable Consejo de Estado, máxima autoridad de lo Contencioso Administrativo que nos concede la razón en cuanto a la decisión que es ahora motivo de impugnación, porque en la decisión que a continuación se transcribe parcialmente el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, con fundamento en la aplicación del principio de especialidad, que el artículo 82 de la Ley 23 de 1981 no puede entenderse derogado por el Código Contencioso Administrativo por ser una ley especial. (Consejero ponente: FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE, 5 de diciembre de 2006, Radicación núermo: 11001-03-06-000-2006-00064-00(1756).En tal sentido esa Corporación consideró:

" DERECHO SANCIONADOR Características

El derecho sancionador se caracteriza por: i) ser eminentemente público, puesto que los bienes que pretende proteger tienen un interés de esa naturaleza; ii) la consecuencia de la trasgresión de sus preceptos es una pena o sanción, sin perjuicio de su función preventiva; iii) exigir la legalidad de los delitos y de las faltas, así como de las penas y de las sanciones - principio de legalidad y tipicidad de los delitos y de las faltas y de las penas y sanciones y; iv) la imposibilidad de que

existan penas o sanciones imprescriptibles, característica que se desprende de lo previsto en el inciso final del articulo 28 de la C. P. En su parte sustancial el derecho administrativo sancionador describe, entre otros aspectos, los comportamientos que son objeto de reproche por parte del Estado y determina la sanción o pena a imponer y, en la parte procesal, regula el procedimiento que se debe adelantar para establecer la existencia del comportamiento reprochable, la responsabilidad de sus actores y la aplicación de las penas o sanciones. PROCESO DISCIPLINARIO ÉTICO MÉDICO Naturaleza administrativa. Finalidad

El proceso disciplinario ético profesional es, pues, una de las especies del derecho administrativo disciplinario que regula el ejercicio de la medicina y determina, entre otros asuntos, los órganos de control y el régimen disciplinario sustancial y procedimental para establecer la responsabilidad por la infracción de las normas éticas de dicha profesión. Es pertinente destacar que la naturaleza de éste proceso es pública y su índole autónoma en relación con otros procesos y acciones. La finalidad del proceso es determinar la responsabilidad y decidir el mérito para aplicar sanciones por violación de las normas ético-disciplinarias reguladoras del ejercicio profesional de la medicina.

MÉDICOS Si son servidores públicos, están sujetos al régimen disciplinario propio y al Código Disciplinario Único.
En los términos de lo dispuesto por los artículos 26 y 124 de la Carta, la libertad de escoger profesión u oficio está sometida a la inspección y vigilancia de las autoridades y es facultad del legislador determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva, contexto en el cual es necesario precisar que los profesionales de la medicina no sólo están sometidos a las normas del proceso ético disciplinario de la ley 23 de 1981, sino también, cuando tengan la calidad de servidores públicos, al Código Disciplinario Único - ley 734 de 2002 que determina el régimen de derechos, deberes, prohibiciones, incompatibilidades, impedimentos, inhabilidades y conflicto de intereses de aquéllos, de manera obvia por faltas diferentes a las que preservan el buen ejercicio de la profesión médica. Esta doble sujeción de los profesionales de la medicina como sujetos disciplinables, determina que la ley 23 de 1981 se les aplique por conductas

previstas como faltas atentatorias de la ética médica, sean o no servidores públicos, toda vez que el legislador estableció un estatuto propio para esta clase de profesionales y, si ellos tienen la calidad de servidores públicos, es posible deducirles responsabilidad por violación del régimen disciplinario contemplado en la ley 734 de 2002.

PROCESO DISCIPLINARIO ÉTICO MÉDICO Remisión expresa al Código de Procedimiento Penal. No aplica Código Contencioso Administrativo ACCIÓN DISCIPLINARIA ÉTICO MÉDICA Término de prescripción. Aplicación de normatividad penal para prescripción

Al proveer de forma expresa la ley 23 de 1981 cuál es el estatuto aplicable en caso de vacíos de procedimiento, LA REMISIÓN EXPRESA DE SU ARTÍCULO 82 AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL CONSTITUYE NORMA ESPECIAL QUE NO PUEDE ENTENDERSE DEROGADA POR LA NORMA GENERAL DEL ARTÍCULO 1° DEL C. C. A. Así, por fuerza legal, es necesario remitirse a los preceptos del Código de Procedimiento Penal. (…) En la actualidad los términos de prescripción de la acción y de la pena aplicables en el proceso disciplinario ético médico son los contemplados en los artículos 83 y 89 del Código Penal vigente, ley 599 de 2000, con la reducción prevista en el artículo 531 del Código de Procedimiento Penal, ley 906 de 2004. El término de prescripción de la acción y de la pena en los procesos disciplinarios ético médicos iniciados antes y después de la vigencia de la ley 906 de 2004 es de cinco años conforme a los artículos 83 y 89 del Código Penal, reducidos en una cuarta parte por aplicación favorable del artículo 531 de la ley en cita. El término de prescripción es único y por lo mismo no procede remitirse a las penas previstas para los distintos delitos. ACCIÓN PENAL Prescripción / PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL - Concepto / PENA Prescripción / PRESCRIPCIÓN DE LA PENA Carácter sustantivo

La prescripción de la acción es un fenómeno jurídico que permite extinguir la potestad punitiva del Estado por el transcurso del plazo previsto por el legislador para establecer la responsabilidad -formular la imputación e imponer la pena o sanción- y que en relación con la pena impide que ésta pueda ser aplicada si por la inacción estatal no se logra su ejecución dentro del lapso señalado en la ley. Ahora

bien, las normas relativas a la prescripción de la acción y de la pena son de carácter sustantivo en cuanto regulan aspectos atinentes a las garantías y a los derechos del sujeto pasivo de la acción y por lo mismo no es usual que los códigos procedimentales penales se ocupen del tema.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD Aplicable a normas sustanciales y procesales.
Atendiendo el mandato del artículo 29 de la Constitución y su aplicación a las actuaciones administrativas es preciso reiterar que el principio de favorabilidad se extiende a las normas sustantivas y procesales que beneficien al procesado cuando se está en presencia del tránsito de legislación. Es principio generalmente aceptado que los efectos de la ley en el tiempo se producen hacia el futuro -irretroactividad de la ley-, manera de garantizar la seguridad jurídica de los asociados, de lo cual surge como expresión del debido proceso que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes que se le imputan. Sin embargo, en materia punitiva el Constituyente también garantiza la aplicación de la ley permisiva o favorable aun cuando sea posterior y además debe resaltarse que la ley procesal es de aplicación inmediata, en consideración a su carácter público. (Lo destacado no lo es en el texto).

Recuérdese que ésta sentencia se dictó el 6 de diciembre de 2006, y era imposible que los Honorables Consejeros que la aprobaron, hubieran podido conocer la decisión de inexequibilidad del artículo 531 de la Ley 906 de 2004, porque en esa misma fecha se dictó por la Corte Constitucional la Sentencia C-1033 del 5 y 6 de diciembre de 2006, siendo ponente el H. M. Álvaro Tafur Galvis, y por tanto las consideraciones que hace el Honorable Consejo de Estado respecto a una rebaja del tiempo de prescripción en virtud de las previsiones de esa norma, en esa misma fecha dejaron de tener sentido, precisamente por la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 531 en que se fundamenta el Consejo de Estado para predicar que el tiempo de prescripción previsto se rebaja en virtud de la previsiones de la norma citada.

Podría argumentarse que la cita jurisprudencial no es válida porque los artículos 47 y 52 de la Ley 1437, por razones cronológicas no existían cuando se produce el pronunciamiento del Consejo de

Estado, pero debe recordarse nuevamente que desde el Código Contencioso de 1984, se preveía una prescripción de tres años. En tal sentido ésta Corporación sostuvo:

" Finalmente se debe recordar que como bien lo reconoce el solicitante, la norma de la Ley 1437 de 2011, artículo 52, cuya aplicación se pretende en el proceso disciplinario médico, no es nueva, porque en lo esencial ya existía en el artículo 38 del Decreto 1º de 1984, Código Contencioso que fue reemplazado por el cuya aplicación se pretende:

" ARTICULO 38. CADUCIDAD RESPECTO DE LAS SANCIONES. Salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas.

Pese a que se trata de una norma que rige hace cerca de tres décadas, no existe pronunciamiento de la Corte Constitucional que haya sostenido que el término de prescripción de la acción disciplinaria en el ámbito médico, debe regirse por la disposición contencioso administrativa y no por las normas penales disciplinarias especiales.

La cita jurisprudencial del Tribunal de Ética Odontológica no es de recibo para esta Corporación porque en nuestro criterio se trata de una decisión equivocada puesto que afirman la revocatoria tácita del artículo 78 de la Ley 35 de 1989 que dispone que en lo no previsto en esa codificación, - la de ética odontológica -, se remitirá a las previsiones del Código de Procedimiento Penal. Y es equivocada esa apreciación porque con una norma de carácter general como lo es el código Contencioso Administrativo Ley 1437 del 2011 no puede pretenderse la derogatoria de una ley especial como lo es la 35 de 1989, que es la que regula el procedimiento disciplinario contra los odontólogos y que igualmente remite en sus vacíos al Código de Procedimiento Penal…".

La conclusión entonces a la que llega ese Tribunal, parte de una premisa falsa de que la norma del Código Odontológico ha sido derogada, cuando ello no es así. En tales condiciones, la jurisprudencia citada no coadyuva las pretensiones del solicitante.

El recurrente en una incomprensible falta de entendimiento tergiversa nuevamente el pensamiento de ésta Corporación cuando en referencia a nuestras consideraciones sobre la derogación tácita dice:

" Es equivocado el planteamiento del Tribunal Nacional por la sencilla razón de que no hay siquiera norma que derogar, dado que la ley 23 de 1981 (Código de Ética Médica) no establece disposición frente al tema de la prescripción, ni mucho menos frente a la caducidad de la acción ".

En ningún momento ésta Corporación afirmó que la Ley 23 contuviese norma sobre la prescripción, y cuando se hizo referencia a la derogatoria tácita, es respecto del artículo 82 de la mencionada Ley, porque consideramos que siendo una ley especial, éste artículo que remite a normatividades penales, no podía entenderse derogado tácitamente por el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011 (norma de carácter general) cuando dispone que las previsiones de esa norma son aplicables a los procesos disciplinarios distintos del Disciplinario único".

De conformidad con las consideraciones precedentes el Tribunal Nacional de Ética Médica, no decretará la prescripción de la acción y mucho menos de la caducidad de la acción, como equivocadamente lo solicita el recurrente, porque ésta institución tiene un significado totalmente diferente dentro del derecho penal y dentro del derecho disciplinario que hace parte de primero de los mencionados.

Son suficientes las consideraciones anteriores para que el TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA , en uso de las atribuciones que le confiere la Ley

RESUELVA

Artículo Primero - No decretar la nulidad solicitada por la defensa de la doctora S.S.C.C. por las consideraciones consignadas en esta providencia. **Artículo Segundo** - No decretar la prescripción solicitada por las mismas consideraciones determinadas en esta decisión. **Artículo Tercero** - Contra la presente decisión no caben recursos.**Artículo Cuarto** - Remítase el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado- Presidente (E.); FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado Ponente; LILIAN TORREGROSA ALMONACID, Magistrada; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico, MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaría.

Bogotá, Agosto treinta y uno (31) del año dos mil diez (2010)

SALA PLENA SESIÓN No.1056 DEL TREINTA Y UNO (31) DE AGOSTO DEL AÑO DOS MIL DIEZ (2010)

Ref: Proceso 1318 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia
Denunciado: Dr F.V.C.V.
Denunciante: Sr. J.A.G.
Asunto: Recurso de apelación

Magistrado ponente: Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 80-2010

VISTOS

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia en Sala Plena del 23 de marzo de 2010, decidió no aceptar los descargos alegados por el doctor F.V.C.V., identificado con cedula de ciudadanía …. y residente en …., médico general de la Universidad de Cartagena y especializado en anestesiología. El Tribunal Seccional le impuso una sanción consistente en Censura Verbal y pública, por vulneración del artículo 15 de la Ley 23 de 1981, concordante con el artículo 9 del Decreto 3380 de 1981.

Dentro de términos, la abogada defensora del doctor F.V.C.V., abogada Juanita Duque Tobón, interpuso recurso de apelación y subsidiariamente solicitud de nulidad

Los cuadernos que contienen el proceso fueron recibidos por el Tribunal Nacional de Ética Médica el 25 de Junio. Puesto para reparto, correspondió por sorteo el negocio jurídico al Magistrado Fernando Guzmán Mora, quien procede a resolver el recurso con base en los siguientes:

HECHOS

La señora D.C.C. fue remitida por la entidad Coomeva el día 24 de diciembre de 2007 al Hospital Marco Fidel Suarez de Bello (Antioquia), con diagnóstico de apendicitis aguda. Fue intervenida por el doctor A. DEJ..C.R. sin complicaciones intraoperatorias.

Una vez terminada la cirugía, el Dr. F.V.C.V. ordenó administrar prostigmine y atropina para revertir los efectos del relajante muscular, siendo la encargada de aplicarlos la auxiliar de enfermería. Inmediatamente después de la administración de los medicamentos, la paciente presenta aumento súbito de la tensión arterial, arritmias cardiacas, elevación del segmento ST, signos de congestión pulmonar y salida de material espumoso rosáceo por el tubo endotraqueal.

El anestesiólogo F.V.C.V. diagnosticó edema agudo de pulmón por reacción a la adrenalina, inició manejo indicado y remitió la paciente a la Unidad de Cuidados Intensivos de la Clínica Cardiovascular de Medellín, en donde la paciente terminó recuperándose con los tratamientos instaurados. En testimonios de la auxiliar de enfermería E.H.V., quien administró la medicación a la enferma, ella afirma que la paciente era alérgica a uno de los principios bioquímicos contenidos en la droga ampicilina sulbactam, de lo cual existe constancia en la historia clínica, y de lo cual fueron informados previamente el anestesiólogo y el cirujano del caso.

A su ingreso a la Clínica Cardiovascular se manejó como un infarto del miocardio y se demostró con electrocardiograma y estudios enzimáticos. Salio de esta institución el 28 de diciembre del mismo año

Se anota que el anestesiólogo dice haber encontrado en una riñonera una ampolla abierta de adrenalina, la cual fue entregada a la Jefe de Salas de Cirugía, señora S.R.

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia precluyó la investigación en contra del cirujano, doctor A.DE J.C.R., por considerar que no fue responsabilidad suya la administración o la orden de administrar los medicamentos involucrados en la complicación de esta paciente.

En lo que respecta al Doctor F.V.C.V., el tribunal concluye que su responsabilidad en supervisar a la auxiliar de enfermería no se cumplió y por eso ocurrieron los hechos motivo de la queja.

Por lo anterior, el tribuna seccional formuló pliego de cargos al Dr F. V.C.V., quien en la diligencia de descargos manifestó que era imposible supervisar estrictamente a todo el personal que se encuentra en el quirófano. La defensora del encartado adujo además que el anestesiólogo no tiene el deber de supervisar sino de actuar y que delega algunos actos con base en el principio de confianza que nace del trabajo en equipo.
En el acervo probatorio se incluye:

- La queja del señor J.A.G., esposo de la paciente
- Declaración de la enfermera M.M.C.T., quien explicó las razones de la ausencia de una enfermera jefe en salas de cirugía del hospital los fines de semana y días festivos
- Declaración del anestesiólogo J.W.S.H.
- Declaración del anestesiólogo G.J.M.V.
- Testimonio técnico del anestesiólogo L.F.B.P.
- Copia de la historia clínica de la paciente D.C.C.

El anestesiólogo S.H. declaro que es imposible que el especialista en anestesia en pleno acto operatorio pueda tener control sobre la totalidad de medicamentos administrados al paciente en la sala. Que existen actos simultáneos cuya priorización esta a cargo del anestesista. Que las auxiliares de enfermería son las responsables de envasar los medicamentos y que no es frecuente que una de ellas confunda una ampolla de prostigmine con otra de adrenalina.

Declaración similar se obtuvo del anestesiólogo M.V., quien además expreso que, cuando no se tiene disponibilidad de una jefe de enfermeras en salas de cirugía, sí es responsabilidad del anestesiólogo del caso el revisar que los medicamentos sean los correctos y se encuentren bien envasados.
El Doctor L.F.B.P., testigo técnico en el caso, reiteró que el cuadro clínico de hipertensión arterial, taquicardia, isquemia miocardica, arritmias y edema pulmonar agudo, pueden ser secundarios a la administración de adrenalina, manifestando además que el responsable de administrar drogas en las salas de cirugía es el anestesiólogo, quien delega la aplicación en la enfermera, pero manteniendo su responsabilidad.

Señaló además que no piensa que se trata de una reacción a los antibióticos, pues nunca presentó manifestaciones cutáneas, hipotensión y bajo gasto cardiaco. No se encuentra en dichas reacciones alérgicas edema

pulmonar, hipertensión e isquemia miocardica. Adicionalmente, entre la administración del antibiótico descrito y el cuadro clínico de la enferma pasaron en promedio tres horas y previamente se practicó prueba de sensibilidad cutánea.

El tribunal seccional considera que sí es responsabilidad del anestesiólogo revisar y verificar el tipo de medicamento que se va a administrar. Y que así se trate de una auxiliar de enfermería o de una enfermera profesional, esa responsabilidad de verificar no es delegable. Por el contrario, se mantiene la del anestesiólogo y entra también la de la persona que administra cualquier medicación.

Por las anteriores consideraciones, el Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia resolvió sancionar disciplinariamente al doctor F.V.C.V. con Censura Verbal y Publica, por haber vulnerado el articulo 15 de la Ley 23 de 1981, concordante con el articulo 9 del Decreto 3380 de 1981.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La abogada Juanita Duque Tobón, apoderada del medico disciplinado, eleva recurso de apelación contra la decisión de sancionar a su defendido y subsidiariamente solicita se decrete la nulidad de lo actuado a partir de la formulación del pliego de cargos.

Los argumentos se pueden resumir en la siguiente forma:

1-Al menos dos declaraciones de otros anestesiólogos coinciden en que para el especialista en anestesia es imposible tener control absoluto de la administración de todos los medicamentos en salas de cirugía
2-La actuación del anestesiólogo se basa en la confianza en los otros miembros del equipo y es imposible revisar todos sus actos, pues descuidaría los actos propios.
3-No hay certeza sobre la obligación del anestesiólogo de tener que supervisar la aplicación de medicamentos por parte de la enfermera, pues existen incluso ordenes verbales en casos de extrema urgencia en los cuales no es posible controlar dicha aplicación. Y en todo el mundo los médicos ordenan la medicación y la administran las enfermeras en actos autónomos. El anestesiólogo ordena, pero la preparación del medicamento es responsabilidad de la enfermera

Respecto de la solicitud de nulidad, esgrime los siguientes argumentos:

a- No existe congruencia entre la imputación fáctica de haber aplicado una dosis equivocada de un medicamento y el deber de supervisar a la auxiliar de enfermería en la administración de medicamentos en el acto anestésico. Por lo anterior se ha vulnerado el derecho de defensa del poderdante.

b- Se procedió a la formulación de cargos sin tener el informe de conclusiones del magistrado instructor. Y para ello cita providencias del Tribunal Nacional de Ética Médica

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

RESPONSABILIDAD DEL EQUIPO DE TRABAJO EN SALUD

Hoy en día el trabajo médico, especialmente el de tipo hospitalario, se lleva a cabo en equipo. El ejercicio exclusivamente individual es cada vez más escaso. Desde el punto de vista de los procedimientos médicos, cuando un paciente es tratado en un hospital o clínica, puede serlo en varias formas, cada una de las cuales origina un tipo especial de responsabilidad:

1- Bajo la dirección del médico que ordena el tratamiento, en cuyo caso los demás participantes son dependientes. Ej.: Cirujano, residente e instrumentadora; intensivista, residente y enfermera; hemodinamista, residente y técnico radiológico. El jefe del equipo responde por el daño que ocasione en forma directa (artículo 2341 del código civil):

"[...] El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido [...]"

Como además en estos casos, la responsabilidad no sólo abarca las acciones del jefe de equipo sino las de sus colaboradores, se dice que el jefe es 'comitente' y por lo tanto responde de las acciones de sus auxiliares, dependientes y sustitutos, tanto en el plano contractual, como extracontractual. Si se plantea una demanda por daño, la responsabilidad es solidaria: Responde el autor del daño y quien debe supervisarlo. Ésta se considera

una responsabilidad indirecta o refleja. El artículo 2347 del Código Civil es claro en este aspecto:

"[...] Toda persona es responsable, no solo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado[...]"

Ahora bien, si logra demostrarse como causante del daño a un miembro específico del equipo, los demás participantes (excepto el jefe del equipo) pueden eximirse de culpa, teniendo la carga de la prueba en su contra. Los subalternos, que en su práctica médica son orientados y dirigidos por el jefe médico, o jefe del equipo, han de responder por sus propias equivocaciones, operando respecto de otros miembros del equipo el principio de la incomunicabilidad de la culpa. El mencionado jefe del equipo tendrá una responsabilidad vicariante por haber delegado funciones o por haber adquirido institucionalmente un compromiso de vigilancia y dirección del pupilo.

Esta circunstancia ocurre, como en seguida se verá, en las escuelas de medicina, que imponen a los docentes la responsabilidad de velar por el correcto desempeño de los practicantes (internos y residentes) y de responder por sus errores culposos, claro está, que "pese a su cuidado y autoridad no hubieren podido evitar el hecho" (CC art. 2347 in fine).

Confluyen, pues, responsabilidades en la institución en que el equipo desarrolla su actividad médica; la institución que, generalmente por convenio, envía a los practicantes a ese centro hospitalario; y el médico jefe, que es el directamente encargado de supervisar esa práctica.

No responde el jefe, cuando el causante del daño es un dependiente ocasional o accidental, como ocurriría con una enfermera particular contratada por el paciente para su vigilancia nocturna, o con una enfermera facilitada por la clínica para que cubra por un día la licencia de la integrante del equipo que cuida la evolución del enfermo.

Y siempre que se hable de los cuidados brindados en la etapa postoperatoria o de los seguimientos a la evolución del tratamiento, ha de considerarse la circunstancia de integración del equipo o de responsabilidad individual, porque generalmente el equipo que ha actuado como un solo cuerpo para

un fin específico (v. g. la intervención quirúrgica), se descompone una vez alcanzado su propósito; sobreviene para el paciente una etapa diferente, de cuidado y recuperación, en la que seguirá siendo vigilado por el médico que lo intervino, pero en la que otros profesionales asumen el control directo.

También deben considerarse los diferentes contratos que pueden surgir, y de hecho surgen, durante el período de internación del paciente en el centro hospitalario: porque una será la relación con su médico tratante, otra con el anestesiólogo de la institución, otra con el personal paramédico, etc. En cada caso, las personas participantes tendrán una pequeña parcela bajo su dominio que, aunque exclusiva, no es generalmente excluyente de la responsabilidad de otros.

Hablando de la salud, cualquier daño puede tener origen en una serie de causas: un leve error médico, más un descuido pequeño por parte de la enfermera que suministra el medicamento, más la falta de un equipo adecuado en el centro hospitalario; o la simple inadvertencia por parte del médico de una conducta clínica no apropiada anterior al momento en que este profesional asume el cuidado (por ejemplo, en los casos de remisión de pacientes entre centros de atención), sin necesidad de que se haya roto la cadena de cuidado, puede llevar imperceptiblemente a la agravación o incluso a la muerte del enfermo.

Es importante resaltar que corresponde a cada uno de los participantes probar su diligencia y cuidado, para eximirse de esta responsabilidad en red, que surge de las actuaciones conjuntas o secuenciales.

2- Cuando la atención médica se presta en forma simultánea (Ej.: cirujano y anestesiólogo, neumólogo e intensivista). Aquí existen varios tipos de contrato médico: el del cirujano, el del anestesiólogo y el de la institución hospitalaria. La responsabilidad es individual, por parte del autor directo del daño.

Hay que dejar en claro que en el caso de una intervención quirúrgica, el cirujano y el anestesiólogo tienen su propio campo de responsabilidad, es decir, el uno no es dependiente del otro, pues cada uno es especialista en su área. Sin embargo, en caso de daño, la acción nociva de alguno puede agravarse con la conducta culposa del otro.

3- En actos asociados pero independientes (Ej.: ginecólogo, laboratorista y radiólogo). Cada uno responde si ocasiona daño y se prueba culpa. Además, puede existir responsabilidad compartida.

El equipo médico es, pues, el grupo de profesionales de la salud que tiene a su cargo la atención, el manejo y la responsabilidad del enfermo, cada uno en su campo y trabajando como un todo.

TIPOS DE CULPA EN EL EJERCICIO DE GRUPO

A- Culpa debido a error no excusable del director del equipo, en cuyo caso responde ante la Ley si se prueba impericia, negligencia, imprudencia o dolo.
B- Culpa debido a error de uno de los integrantes del equipo dependientes de su director. En este caso ambos deben responder.
Ej.: El profesor de cirugía que deja intervenir un paciente por el residente sin la respectiva supervisión.
Ej.: El olvido de una compresa por parte de una instrumentadora que no práctica un recuento antes de cerrar el abdomen.
A este respecto, dice el artículo 2344 del CC:

"Si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355 [...] Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso[...]"

En este sentido pueden determinarse dos tipos de obligaciones, consideradas en nuestra ley y en algunas jurisprudencias extranjeras: la obligación mancomunada y la solidaria. En la primera, el resarcimiento del daño o deuda hacia el paciente lesionado se puede dividir en tantas partes como causantes haya, quedando por lo tanto cada uno con parte del costo de indemnización. En las obligaciones solidarias, el paciente puede exigir el pago total a cualquiera de los miembros del equipo demandado.

C- A la culpa del uno se puede sumar el descuido o falta de vigilancia del otro.
Ej.: El anestesiólogo que, sabiendo que un médico no es cirujano titulado y conociendo además su incompetencia técnica, procede con la anestesia.

Ej.: El anestesiólogo que se ausenta de la sala de cirugía y el cirujano que lo permite.

Agravantes: Uno de los miembros del equipo advierte del error que se está cometiendo y del daño a causar, pero el corresponsable no acepta la sugerencia. Es evidente que, en casos como éste, el sujeto que en un primer momento desarrolla un actuación simplemente culposa, una vez advertido por otro de su descuido o equivocación, si persiste, ya lo hace con pleno conocimiento y completa voluntad, por lo que, al 'querer' actuar en esa forma y ser consciente del daño que va a causar, habrá pasado de la culpa al dolo.

D- La culpa colectiva. Cuando existe un daño evidente y no se puede atribuir la responsabilidad a un miembro del equipo en particular, la responsabilidad es colectiva. Esto aplica en la esfera civil y no en la penal. Se basa en la dificultad de determinar el causante del daño, sea por lo complicado de un procedimiento o por el fenómeno del encubrimiento por parte de los demás miembros del equipo.

E- Culpa por utilización de equipos defectuosos. En este caso, a sabiendas de que los instrumentos no son idóneos, se insiste en utilizarlos de modo que, sin poder confiar en ellos, se comete evidentemente una imprudencia. Quedaría exculpado, como es lógico, el personal médico, paramédico o de enfermería que los usara como último recurso absolutamente necesario y ante la carencia de alternativas viables.

Los equipos son instrumentos, es decir, aparatos inventados por el hombre para realizar un determinado fin. Habían sido tradicionalmente la prolongación de las manos, que permitían la realización de actividades más precisas y efectivas. Hoy son verdaderas prolongaciones del cerebro, que ayudan en la toma de decisiones (desde un simple termómetro hasta el complicado tomógrafo axial, capaz de efectuar cortes visuales micrométricos a un órgano sin 'tocarlo').

Si estos equipos fallan, el médico sabe que toda su operación quirúrgica o su conjetura diagnóstica fallarán. Por esto será culpable de la utilización de herramientas en mal estado, siempre y cuando existan posibilidades alternativas.

LA DELEGACIÓN DE FUNCIONES EN LA PRÁCTICA MÉDICA

En términos administrativos, delegar significa distribuir funciones específicas entre los subordinados (profesores subordinados, residentes, internos, estudiantes, enfermeras y personal paramédico), sin disminuir la responsabilidad del mando y manteniendo un estrecho nivel de supervisión.

Una correcta delegación amplía el campo de acción profesional en la medida en que el aporte de los colaboradores sea superior al costo de su intervención. Esto incluye la consideración de costo-efectividad. Por ejemplo, cuando se delega una función técnica, como intervenir un paciente con apendicitis aguda, se debe sopesar la necesidad de proteger al enfermo, contra la conveniencia de permitir al residente quirúrgico verificar sus conocimientos teóricos en la práctica, pero siempre bajo la supervisión de alguien jerárquicamente superior.

Por otro lado, puede llegar a suplir algunas limitaciones de tiempo de los docentes, brindando más tiempo a su labor de coordinación, introduciendo a la vez elementos de autorrespeto en quien se encuentra en período de práctica, y mejorando la calidad del trabajo de grupo. Simultáneamente, sirve para evaluar el trabajo de los subordinados. En el medio hospitalario, al igual que en muchas empresas similares, las causas de ausencia de delegación por parte del docente incluyen: falta de confianza en sí mismo y en los subordinados; pobre definición de obligaciones; temor de capacitar a posibles competidores; imagen hipertrófica de sí mismo; impaciencia o ansiedad; y temor a parecer poco eficiente desde el punto de vista asistencial.

La contraparte, es decir, la falta de aceptación de funciones delegables por parte del subordinado se puede deber a varias razones: temor a asumir responsabilidades; falta de estímulos; exceso de trabajo; y miedo a las sanciones, entre otros.

A pesar de las consideraciones anteriores, dado el cambio efectuado en el ejercicio médico, existen algunas funciones que no son delegables, entre las cuales se incluyen: decisiones que afectan a grandes grupos profesionales; hechos decisivos en la terapéutica de un enfermo; mantenimiento de la disciplina hospitalaria y universitaria; funciones técnicas que requieren talentos especiales; tareas delicadas de emergencia; y aquellos trabajos específicamente asignados por las autoridades del hospital a personas concretas.

El proceso de delegación incluye varios pasos: asignación de deberes (actividades a realizar); asignación de autoridad (dar poder para 'hacer algo en nombre de'); asignación de responsabilidades (compromiso del subordinado para realizar lo que se le ordena).

En esencia son responsabilidades operativas, pues la responsabilidad última nunca se delega. Las consideraciones en el proceso son: tener en cuenta las habilidades de quien recibe la delegación; no delegar tareas cuyos resultados no se puedan controlar; delegar en aquellos que compartan la filosofía de la función delegada; y una vez se delegue, evaluar el modo operativo y los resultados.

La actitud de quien delega una tarea a otro debe acompañarse de varios soportes: controlar sin interferir las actividades; si se cometen errores ofrecer otra oportunidad supervisada; delegar estimulando y apoyando; no delegar en quien no se tenga confianza; compartir responsabilidad en la delegación y apoyar al subordinado; fijar plazos, objetivos y recursos; determinar cómo se reconocerá la buena ejecución de las tareas y las sanciones en caso de fracaso; no delegar ejercicio de poder en quien no esté preparado para ejercerlo; o no delegar si esto causa reacciones negativas en otros subordinados.

¿Cómo se controla la delegación? Por medio de reportes periódicos, asistencia al subordinado, tomando en cuenta opiniones de otros, reuniones de rutina de asesoría y observación directa sin frustrar la iniciativa.

Por último, algunos factores de contingencia en la delegación incluyen:

1- Tamaño de la organización (a mayor tamaño mayor necesidad de delegar)
2- Importancia de la decisión a tomar (a mayor importancia menos debe delegarse)
3- Complejidad de la tarea (a mayor complejidad, mayor necesidad de delegar a los especialistas)
4- Cultura organizacional (a mayor cultura y confianza, mayor frecuencia de delegación)
5- Cualidades de los subordinados (a mejores cualidades, mayor delegación).

RESPONSABILIDAD EN CASOS DE DELEGACIÓN

1- **Delegación sin producción de daño.** En este caso, siguiendo las normas de excelencia del acto médico, si se obtiene el resultado esperado o, en caso de no obtenerse tampoco se causa un daño, no cabría posibilidad de queja por parte del enfermo.

2- **Delegación con producción de daño.** En este caso el médico delegante responde contractualmente. El sustituto responde en la misma forma cuando el paciente ha sido informado de la delegación y ha dado su consentimiento para la misma. De lo contrario, responde en forma extracontractual.

3- **Derivación hacia otro especialista.** Esta puede hacerse, bien porque se requiere una participación simultánea, en cuyo caso y de acuerdo con circunstancias específicas de cada caso, uno o ambos médicos responden si se produce un daño.

4-Transferencia a otro colega, bien porque el manejo del primer médico ya cumplió su cometido (Ej.: paciente con trauma de tórax que requiere un tubo de tórax y luego de obtener expansión pulmonar, una vez se retire el tubo en forma definitiva, se transfiera al neurocirujano para manejo de lesión medular severa); o porque el médico tratante inicial considera que se sale de sus manos el manejo (Ej.: el médico de urgencias que atiende al paciente en estado de choque por un aneurisma roto y remite el enfermo al cirujano para corrección de la patología de base).

LAS ENFERMERAS

La posición de los profesionales de la enfermería es complicada. Por un lado, son empleadas y dependientes de la institución que las ha contratado y efectúan actos administrativos. Por otro, son auxiliares del médico, llevando a cabo funciones relacionadas con el manejo de la salud de los pacientes en dos aspectos: cumpliendo las ordenes de los médicos tratantes y trabajando en forma legal en actos de salud a su nivel de competencia. En caso de error importante, la enfermera es corresponsable del mismo.

Ej.: En la historia clínica de un enfermo hospitalizado se escribe, de manera claramente errónea, aplicar una dosis diez veces mayor de una medicación (en lugar de escribir 5 mg de warfarina, se escribe: 50 mg de warfarina),

lo cual es un absurdo farmacológico. Es función de la enfermera vigilar que quien escribió la orden la rectifique e informar a su superior inmediato el incidente. Además, corresponde a ella no administrar una dosis que va a producir una anticoagulación potencialmente letal. Si por efectos de la administración de esta dosis excesiva el paciente se complica o muere, serán responsables quien ordenó en forma errónea y quien administró en forma errónea.

A la enfermera también le cabe responsabilidad debida a daño, siempre y cuando se pruebe culpa debida a impericia, negligencia o imprudencia. Existen actos que son patrimonio de la profesión de la enfermería, tales como la administración de la droga ordenada, la toma de algunas mediciones corporales, la vigilancia de los signos de los pacientes críticamente enfermos, la observación del estado general de todo enfermo a su cargo, etc.

Ej. de impericia: se ordena una medición de presiones pulmonares en cuña en un enfermo hospitalizado en cuidados intensivos. La enfermera encargada no sabe que debe inyectarse una mínima cantidad de suero helado a través del catéter de flotación pulmonar y, en lugar de esto, inyecta una enorme cantidad de aire, produciendo una embolia pulmonar masiva. En este caso debe responder quien efectuó el procedimiento y quien estaba encargado de la supervisión, tanto del lado de enfermería (enfermera jefe) como del lado médico.

Ej. de imprudencia: una mujer es atropellada por un vehículo y llega al hospital con dolor cervical y hormigueo en ambos brazos. La enfermera no tiene en cuenta la posibilidad de una fractura de columna cervical, con compromiso parcial de la médula y, en lugar de inmovilizar de inmediato el cuello de la paciente, le ordena movilizar ampliamente la cabeza al subirse a la camilla de examen, con lo cual se produce una lesión completa de la médula espinal que lleva al paciente a la muerte.

Ej. de negligencia: un enfermo advierte a la enfermera que presenta un dolor insoportable en la región anterior del tórax, al tiempo que se encuentra sudoroso, pálido e hipotenso. La enfermera le administra un analgésico y no informa al médico, quien a las dos horas encuentra al paciente muerto a consecuencia de un infarto agudo del miocardio. En este caso la responsabilidad es esencialmente de la enfermera y no del médico, que no fue informado a tiempo.

Es muy importante tener en cuenta que, al ser la enfermera una empleada de la institución de salud, cuando produce un daño y se prueba su culpa, debería estudiarse la condición y circunstancias sobre las cuales fue seleccionada, pues muchos hospitales contratan personas de un nivel académico bajo y las sitúan en sitios de responsabilidad sin las suficientes calificaciones, con el objeto de ahorrar costos. Las entidades de salud deben ser muy estrictas en la selección de su personal médico y paramédico. De lo contrario, deberán responder por los daños que se produzcan en los pacientes.

Aunque no puede discutirse el tema en lo que se refiere a las ordenes médicas en términos corrientes, si cabe hacer la observación de que, debido a su situación dependiente o subordinada, cabe para el personal paramédico y de enfermería la objeción de conciencia cuando la orden es rehusada por no encontrar respaldo en sus juicios deónticos. En principio, toda orden impartida por el médico, en ejercicio de su actividad, debe ser inmediata y cabalmente aceptada por el personal subalterno. De modo que, también en principio, su desobediencia acarreara responsabilidad por el daño derivado.

Sin embargo, atendiendo el precepto constitucional de que nadie puede ser obligado a actuar contra los dictados de su conciencia, hay que preguntarse qué ocurre con las enfermeras, por ejemplo, en los países en donde el aborto es permitido. ¿Deben necesaria y fatalmente asistir al médico que lo realiza, aun cuando por sus convicciones morales o religiosas dicha enfermera no esté de acuerdo con dicha práctica?

Opinamos que, como regla general, el personal subalterno podrá dejar de cumplir la orden únicamente en dos casos: Cuando se trate de un error manifiesto del médico, del cual el subalterno se percata y no está en condiciones de discutir , por circunstancias de tiempo y modo; y cuando se trate de actos de su órbita de competencia, en los que podría haber tomado la decisión sin necesidad de esperar la orden médica.

Como caso excepcional, debido a motivos de conciencia, podrá el personal subalterno desatender una orden médica en cuanto su cumplimiento entrañe objetivamente un perjuicio para el paciente; dicho de otra manera, el subordinado puede dejar de cumplir la orden que vulnere derechos ciertos del paciente. La primacía de los derechos inalienables del paciente será el sustento necesario de la desobediencia del inferior en jerarquía.

En caso de administración de medicamentos en sala de cirugía, aunque la responsabilidad principal es del anestesiólogo esto no excluye la responsabilidad de la enfermera, sino que la hace copartícipe de la misma.

Respecto de la nulidad propuesta por la defensa, este Tribunal Nacional ha dicho recientemente:

REF: Proceso Nº 1.307 del Tribunal de Ética Médica de Antioquia
Demandados: Médicos en averiguación del Hospital Luis Carlos Galán Medellín
Denunciantes: D.A.M. y A.M.A.
Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora. MD.
Providencia No. 20-2010

el error cometido por esta Corporación obedeció igualmente a que no está precedida la decisión de primera instancia por el informe de conclusiones del magistrado instructor que se constituye en un requisito de procedibilidad en este tipo de procesos.

Efectivamente a partir del artículo 75 de la Ley 23 se consagra este requisito propio de las formas propias del juicio del proceso disciplinario,[1] que impone al magistrado instructor el deber de sentar su criterio ante la sala en un escrito que la ley denomina, informe de conclusiones, requisito que es fundamental dentro de la estructura del proceso, porque los restantes magistrados que desconocen el proceso y las pruebas contenidas en el mismo, mediante este informe de conclusiones tienen la oportunidad de tener

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

un conocimiento del proceso, formarse una idea de él, para efectos de tener el criterio informado sobre el mismo y poder determinarse para aceptar o rechazar la propuesta de decisión que sugiere el ponente.

La ley 23 crea y reglamenta este informe de conclusiones de la siguiente manera:

ARTICULO 75. Una vez aceptada la denuncia, el presidente del Tribunal designará a uno de sus miembros para que se instruya el proceso disciplinario ***Y PRESENTE SUS CONCLUSIONES DENTRO DE UN TÉRMINO NO SUPERIOR A QUINCE DÍAS HÁBILES.***

ARTICULO 78. ***CUANDO LA NATURALEZA DEL ASUNTO ASÍ LO EXIJA, EL INSTRUCTOR PODRÁ SOLICITAR EL TRIBUNAL LA AMPLIACIÓN DEL TÉRMINO SEÑALADO PARA PRESENTAR EL INFORME DE CONCLUSIONES.*** En tales casos la prórroga que se conceda no podrá exceder de quince días hábiles.

ARTICULO 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.

ARTICULO 80. ESTUDIADO Y EVALUADO POR EL TRIBUNAL EL INFORME DE CONCLUSIONES, SE TOMARÁ CUALQUIERA DE LAS SIGUIENTES DECISIONES.

a.Declarar que no existe mérito para formular cargos por violación de la ética médica, en contra del profesional acusado.

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

> **PARAGRAFO:** La diligencia de descargos no podrá adelantarse antes de los diez días hábiles, ni después de los veinte, contados a partir de la fecha de recibo de la comunicación en la cual se señalan los cargos, salvo en los casos de fuerza mayor. (Lo destacado no lo es en el texto).

El hecho de no haber advertido la presencia del auto ordenando la investigación disciplinaria y no haber observado el informe de conclusiones llevó a esta Corporación de manera equivocada a creer que se trataba de un auto inhibitorio y no como en realidad lo fue, un auto de calificación del mérito de la investigación (preclutorio).

Es evidente que la ausencia de informe de conclusiones constituye una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso, porque los ritos y formalidades creadas por el legislador no son de cumplimiento potestativo de los jueces, sino que por el contrario deben ser obedecidos de manera imperativa, puesto que el procedimiento es de orden público y todos los intervinientes procesales deben someterse a los lineamientos rituales establecidos por el legislador.

Debe precisarse que la ley, la doctrina y la jurisprudencia han coincidido en la existencia de dos tipos de normas procesales a saber: a) Las materiales o sustanciales, que de manera regular son reglamentarias de principios o garantías constitucionales, a las que se debe aplicar de manera estricta el principio de legalidad en su aplicación en el tiempo. Son irretroactivas en cuanto a que de manea general solo rigen desde su promulgación hacia el futuro, excepto cuando en el tránsito legislativo se presentan casos de favorabilidad, caso en el cual son aplicables las excepciones del principio anterior, esto es la retroactividad y la ultraactividad y; b) las normas neutras o indiferentes que son las que señalan las normas de competencia dentro de la justicia ordinaria o regulan aspectos de puro impulso procesal, que por tal razón son de aplicación inmediata y por tanto no le son aplicables las garantías derivadas del principio de legalidad en su aplicación en el tiempo, esto es, retroactividad y la ultraactividad.

Es claro que las normas que regulan el informe de conclusiones, son de contenido sustancial o material, puesto que están relacionadas en la forma en que se gesta y concreta la calificación del mérito del sumario. Como ya se había advertido, es la forma como el magistrado instructor informa a sus compañeros de Sala, cuál es el contenido probatorio

del proceso, cuáles son los hechos y cuál es la propuesta de solución al problema médico involucrado en el caso, al igual de cuál es la propuesta jurídica en relación con el disciplinado. Se trata de aspectos trascendentes del proceso y es por ello, que se trata de normas de contenido material o sustancial.

Su ausencia, constituye una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso y es trascendente para la validez del proceso, puesto que este tipo de errores de procedimiento aparecen consagrados como causal de nulidad en el artículo 457 que establece:

ARTÍCULO 457. **NULIDAD POR VIOLACIÓN A GARANTÍAS FUNDAMENTALES**. Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa ***O DEL DEBIDO PROCESO EN ASPECTOS SUSTANCIALES.***

Los recursos de apelación pendientes de definición al momento de iniciarse el juicio público oral, salvo lo relacionado con la negativa o admisión de pruebas, no invalidan el procedimiento. (Lo destacado no lo es en el texto).

Sería del caso, anular el auto de calificación de la primera instancia, pero como el mismo ya fue revocado con nuestra decisión anterior no se procede a esta invalidación, puesto que esa decisión carece de existencia jurídica en este proceso y sería ilógico invalidar lo que ya no tiene existencia jurídica dentro del proceso.

En las circunstancias en que queda el proceso, sería del caso que el Tribunal de Antioquia procediera nuevamente a calificar el mérito del sumario, partiendo previamente de su requisito de procedibilidad, que en este caso es el informe de conclusiones del magistrado instructor, pero es una realidad que en criterio de esta Corporación, persisten dudas respecto de la eventual responsabilidad de la disciplinada o incluso institucional donde el menor fue tratado, razón por la cual en nuestra decisión anterior, se hicieron algunas recomendaciones investigativas, que en criterio del Tribunal Nacional deben cumplirse para efectos de garantizar transparencia en la administración de justicia y que exista certeza realmente sobre cuáles fueron las causas que desencadenaron los efectos negativos del tratamiento para efectos de reiterar la preclusión o en sentido contrario para la respectiva formulación de cargos.

Las inquietudes destacadas por esta Corporación en la pasada decisión y que más adelante serán transcritas para conocimiento del Tribunal de primera instancia, establecen serías dudas sobre la verdadera responsabilidad de lo que ocurrió en el caso que ha sido objeto de investigación, dudas que no ser resueltas probatoriamente, eventualmente podrían llevar a una preclusión por reconocimiento del in dubio pro reo, decisión que no es precisamente la más favorable para la disciplinada. En tales circunstancias, lo ideal es que se agotara todo el esfuerzo investigativo, con la directrices señaladas por esta Corporación y ya con ese nuevo acerbo probatorio, y con la existencia de un previo informe de conclusiones, proceder nuevamente a calificar el mérito del sumario.

En las circunstancias precedentes, el Tribunal de primera instancia debe proceder a calificar nuevamente el mérito de la investigación.

Existen otros argumentos que apoyan que el informe de conclusiones sea de trascendencia procesal:

1- :as formalidades procesales, consagradas en los códigos respectivos, por ser de orden público, no son de libre interpretación de los operadores judiciales y describen de manera clara los pasos a seguir dentro de cada evaluación procesal.

2- Cuando existe un señalamiento especifico al ritual procesal, este no debe desconocerse, pues la intención del legislador ha sido garantizar la igualdad de las partes en conflicto

3- Adicionalmente, al ser el nuestro un sistema de tipo garantista, el respeto a las etapas procesales constituye un apoyo a esas garantías constitucionales para las partes

4- Respecto de la nulidad propuesta por la defensa, este Tribunal Nacional ha dicho recientemente, en el Proceso Nº 1.307 del Tribunal de Ética Médica de Antioquia, con ponencia de quien esto escribe (providencia 20-2010):

"…el error cometido por esta Corporación obedeció igualmente a que no está precedida la decisión de primera instancia por el informe de conclusiones del magistrado instructor que se constituye en un requisito de procedibilidad en este tipo de procesos.

Efectivamente a partir del artículo 75 de la Ley 23 se consagra este requisito propio de las formas propias del juicio del proceso disciplinario,[2] que impone al magistrado instructor el deber de sentar su criterio ante la sala en un escrito que la ley denomina, informe de conclusiones, requisito que es fundamental dentro de la estructura del proceso, porque los restantes magistrados que desconocen el proceso y las pruebas contenidas en el mismo, mediante este informe de conclusiones tienen la oportunidad de tener un conocimiento del proceso, formarse una idea de él, para efectos de tener el criterio informado sobre el mismo y poder determinarse para aceptar o rechazar la propuesta de decisión que sugiere el ponente.

La ley 23 crea y reglamenta este informe de conclusiones de la siguiente manera:

> ARTICULO 75. Una vez aceptada la denuncia, el presidente del Tribunal designará a uno de sus miembros para que se instruya el proceso disciplinario ***Y PRESENTE SUS CONCLUSIONES DENTRO DE UN TÉRMINO NO SUPERIOR A QUINCE DÍAS HÁBILES.***
>
> ARTICULO 78. ***CUANDO LA NATURALEZA DEL ASUNTO ASÍ LO EXIJA, EL INSTRUCTOR PODRÁ SOLICITAR EL TRIBUNAL LA AMPLIACIÓN DEL TÉRMINO SEÑALADO PARA PRESENTAR EL INFORME DE CONCLUSIONES.*** En tales casos la prórroga que se conceda no podrá exceder de quince días hábiles.
>
> ***ARTICULO 79. PRESENTADO EL INFORME DE CONCLUSIONES,***

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

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.

ARTICULO 80. ESTUDIADO Y EVALUADO POR EL TRIBUNAL EL INFORME DE CONCLUSIONES, SE TOMARÁ CUALQUIERA DE LAS SIGUIENTES DECISIONES.

c. Declarar que no existe mérito para formular cargos por violación de la ética médica, en contra del profesional acusado.

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

PARAGRAFO: La diligencia de descargos no podrá adelantarse antes de los diez días hábiles, ni después de los veinte, contados a partir de la fecha de recibo de la comunicación en la cual se señalan los cargos, salvo en los casos de fuerza mayor. (Lo destacado no lo es en el texto).

El hecho de no haber advertido la presencia del auto ordenando la investigación disciplinaria y no haber observado el informe de conclusiones llevó a esta Corporación de manera equivocada a creer que se trataba de un auto inhibitorio y no como en realidad lo fue, un auto de calificación del mérito de la investigación (preclutorio).

Es evidente que la ausencia de informe de conclusiones constituye una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso, porque los ritos y formalidades creadas por el legislador no son de cumplimiento potestativo de los jueces, sino que por el contrario deben ser obedecidos de manera imperativa, puesto que el procedimiento es de orden público y todos los intervinientes procesales deben someterse a los lineamientos rituales establecidos por el legislador.

5- De igual forma, en la providencia 57-2010, de junio 29 del presente año, se aceptó la nulidad propuesta por el defensor del acusado, precisamente por la falta del informe de conclusiones del magistrado instructor, previo a la decisión calificatoria de la sala plena

6- Debe precisarse que la ley, la doctrina y la jurisprudencia han coincidido en la existencia de dos tipos de normas procesales a saber: a) Las materiales o sustanciales, que de manera regular son reglamentarias de principios o garantías constitucionales, a las que se debe aplicar de manera estricta el principio de legalidad en su aplicación en el tiempo. Son irretroactivas en cuanto a que de manea general solo rigen desde su promulgación hacia el futuro, excepto cuando en el tránsito legislativo se presentan casos de favorabilidad, caso en el cual son aplicables las excepciones del principio anterior, esto es la retroactividad y la ultraactividad y; b) las normas neutras o indiferentes que son las que señalan las normas de competencia dentro de la justicia ordinaria o regulan aspectos de puro impulso procesal, que por tal razón son de aplicación inmediata y por tanto no le son aplicables las garantías derivadas del principio de legalidad en su aplicación en el tiempo, esto es, retroactividad y la ultraactividad.

Es claro que las normas que regulan el informe de conclusiones, son de contenido sustancial o material, puesto que están relacionadas en la forma en que se gesta y concreta la calificación del mérito del sumario. Como ya se había advertido, es la forma como el magistrado instructor informa a sus compañeros de Sala, cuál es el contenido probatorio del proceso, cuáles son los hechos y cuál es la propuesta de solución al problema médico involucrado en el caso, al igual de cuál es la propuesta jurídica en relación con el disciplinado. Se trata de aspectos trascendentes del proceso y es por ello, que se trata de normas de contenido material o sustancial.

Su ausencia, constituye una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso y es trascendente para la validez del proceso, puesto que este tipo de errores de procedimiento aparecen consagrados como causal de nulidad en el artículo 457 del C.P.P, que establece:

ARTÍCULO 457. **NULIDAD POR VIOLACIÓN A GARANTÍAS FUNDAMENTALES**. Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa ***O DEL DEBIDO PROCESO EN ASPECTOS SUSTANCIALES.***

Los recursos de apelación pendientes de definición al momento de iniciarse el juicio público oral, salvo lo relacionado con la negativa o admisión de pruebas, no invalidan el procedimiento. (Lo destacado no lo es en el texto).

En las circunstancias en que queda el proceso, sería del caso que el Tribunal de Antioquia procediera nuevamente a calificar el mérito del sumario, partiendo previamente de su requisito de procedibilidad, que en este caso es el informe de conclusiones del magistrado instructor, pero es una realidad que en criterio de esta Corporación, persisten dudas respecto de la eventual responsabilidad de la disciplinada o incluso institucional donde el menor fue tratado, razón por la cual en nuestra decisión anterior, se hicieron algunas recomendaciones investigativas, que en criterio del Tribunal Nacional deben cumplirse para efectos de garantizar transparencia en la administración de justicia y que exista certeza realmente sobre cuáles fueron las causas que desencadenaron los efectos negativos del tratamiento para efectos de reiterar la preclusión o en sentido contrario para la respectiva formulación de cargos.

En las circunstancias precedentes, el Tribunal de primera instancia debe proceder a calificar nuevamente el mérito de la investigación, pero previamente a ello, debe tener en cuenta las recomendaciones probatorias realizadas por esta Corporación.

7- Algunos argumentan que el informe de conclusiones podría ser verbal. Sin embargo, el articulo 42 del Decreto 3380 de 1981, reglamentario de la Ley 23 de 1981, dice explícitamente que las actuaciones procesales deben constar por escrito

8- Se ha sugerido que la simple mención escrita de haber considerado el informe de conclusiones del magistrado instructor, antes de la decisión final de la sala, pueda subsanar lo que se consideraría como una simple irregularidad. Sin embargo, esto no se compadece con el texto de la norma, que exige que sea considerado como una pieza procesal independiente.

9- Es evidente que en relación con el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta se dispone que el mismo " ……SE APLICARÁ…." a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas y en relación

con el derecho a la defensa técnica y material se dispuso que el ciudadano que sea sindicado "…..TIENE DERECHO A LA DEFENSA…."; y frente a la claridad gramatical de las disposiciones comentadas es completamente imposible que pudiera llegar a concluirse que tales derechos fueron consagrados de manera potestativa y no imperativa como efectivamente lo fueron.

De la misma manera, ha de concluirse que la voluntad del Constituyente fue clara, en el sentido de que las garantías integradoras del concepto del debido proceso, debían ser aplicadas a toda clase de actuaciones judiciales y es por ello que hoy, por voluntad del Constituyente puede hablarse de un debido proceso constitucional, administrativo, penal, civil, comercial, agrario, de familia, laboral, fiscal, disciplinario, etc.-

Pero no contento con imponer el concepto del debido proceso a las actuaciones procesales adelantadas ante los jueces de la República, lo proyectó al ámbito de las actuaciones administrativas y tal expresión de voluntad del máximo legislador nos debe llevar de manera necesaria a la conclusión que en toda clase de actuaciones administrativas, tanto en las entidades descentralizadas territoriales y por servicios, y en los organismos de control, en las que se pudieran tomar medidas de carácter sancionatorio o impositivo en contra de los intereses de los ciudadanos debe implantarse, respetarse y aplicarse un concepto constitucional del debido proceso y por tal razón puede entonces hablarse de un debido proceso policivo, contravencional, disciplinario, fiscal, etc.-

No puede existir la más mínima duda respecto a la universalización del debido proceso porque la claridad gramatical como quedó expresada la voluntad del constituyente, se trata de una expresión gramatical apabullante, precisa, clara, en cuanto determina de manera imperativa y en relación con toda clase de procedimientos judiciales y actuaciones administrativas: " EL DEBIDO PROCESO SE APLICARÁ A TODA CLASE DE ACTUACIONES JUDICIALES Y ADMINISTRATIVAS."

Es por las razones precedentes que se habla de inconstitucionalidad sobrevenida, porque de un texto constitucional que no regulaba o normalizaba nada en relación con estas garantías, se pasó a una Carta Política que si regulaba estos derechos y los imponía de manera obligatoria e imperativa, de la misma manera que lo quiso imponer para toda cla-

se de actividades públicas o privadas,[3] en las cuales pudieran llegar a tomarse determinaciones que afectasen de cualquier manera derechos fundamentales de los ciudadanos.

En tales condiciones si el concepto del debido proceso y todas las garantías que lo integran han de ser aplicadas a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, es menester concluir que la norma pre-constitucional que se comenta es contraria a la Constitución vigente, puesto que allí se dispone que el derecho a la defensa es potestativo, contra la imperatividad impuesta por la Norma Superior.

En las circunstancias previas, la decisión constitucional de la _Corte Suprema de Justicia como juez constitucional en 1981 no constituye cosa juzgada constitucional para este caso, por tratarse de una norma y una decisión pre-constitucionales; norma que al ser analizada a la ley de la Constitución vigente, cae en las previsiones de la inconstitucionalidad sobrevenida.

B) El debido proceso y su universalización a todo tipo de procesos judiciales y administrativos.

Es bien sabido que la Carta Política se limita a mencionar el concepto del debido proceso, sin definirlo, ni precisar sus características, lamentablemente el legislador en los distintos estatutos procesales ha evadido la responsabilidad de delimitar el concepto, particularmente más exigente en el proceso penal, donde de manera cotidiana los sujetos procesales esgrimen sus armas dialécticas respecto a la presunta o real violación o no del debido proceso.

[3] La expresión - privadas -, es un decir, porque cuando las instituciones docentes sancionan a los estudiantes lo hacen con autorización del Estado por medio de las leyes que regulan la educación en todos sus estadios; cuando las ligas deportivas aficionadas o profesionales disciplinan a los deportistas por infracciones a las reglas del juego, lo hacen con fundamento en autorizaciones dadas por la ley del deporte; cuando las agremiaciones profesionales juzgan a los miembros de una determinada profesión por violación a la ética de esa actividad, lo hacen con fundamento en una autorización legal, como sucede con los Tribunales de Ética, que disciplinan a los galenos por faltas a la ética médica, pero lo hacen con fundamento en la autorización emanada de la ley 23 de 1991.
Se alude entonces a actividades privadas, en cuanto a los organismos que imponen las sanciones, pero siempre con fundamento en una delegación que el Estado les ha hecho previamente por medio de una ley, por medio de la cual traslada su competencia sancionatoria a entes privados que están autorizados para impartir justicia disciplinaria.

Es lamentable que el legislador no haya cumplido con esta obligación, porque nos parece que se trata de un esfuerzo dogmático que ha debido realizarse, porque el concepto del debido proceso debería presidir dentro de su particular perspectiva todos y cada uno de los códigos procesales existentes, porque siendo su violación una de las causales de nulidad mayormente aducidas, es evidente que el legislador debe por lo menos comprometerse con la idea que en este Estado de Derecho se debe tener sobre tan importante concepto político-jurídico.

Por debido proceso, debemos entender desde la perspectiva estrictamente penal, el conjunto de normas constitucionales, de los tratados y de las leyes, mediante las cuales se consagran un conjunto de derechos y de garantías de naturaleza penal y procesal, que buscan impedir, restringir o limitar la capacidad investigativa, perseguidora y punitiva del Estado, en cuanto permite la investigación y la persecución penal con una serie de limitantes temporo-espaciales, estableciendo condicionamientos circunstanciales de modo; de la misma manera que establece claras limitaciones sancionatorias en cuanto a la clase de penas a imponer, la duración de la mismas y los modos de ejecutarlas; todo ello, para efectos de garantizar de manera efectiva los derechos fundamentales de los ciudadanos entre los que se encuentran la vida, la integridad física y síquica, la dignidad, la libertad, la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y de las comunicaciones, el libre desarrollo de la personalidad, entre otras.

Desde la anterior perspectiva, es necesario concluir que entre las principales características del debido proceso (en general) y de manera concreta en el proceso penal son las siguientes:

A) El debido proceso es fundamentalmente un concepto político-jurídico, puesto que su comprensión y alcance depende del modelo de Estado y de sociedad acogidos por la estructura política que los condiciona, es decir, por la Constitución.
B) El debido proceso por la razón precedente, es un concepto propio de cada país, que generalmente cambia, cuando se producen cambios fundamentales en la estructura del Estado, particularmente en lo que hace relación con las potestades y competencias de éste, en relación con el ejercicio de los derechos ciudadanos y del cumplimiento de sus deberes;
C) El debido proceso es universal, pues debe existir desde la perspectiva que impone la naturaleza de cada materia procesal, en todos los procedimientos judiciales y en las actuaciones administrativas, mediante las

cuales se puedan llegar a imponer sanciones o decisiones que afecten derechos del ciudadano;

D) El debido proceso impera hasta en procedimientos sancionatorios ejercidos por los particulares cuando la ley difiere en éstos el ejercicio de ciertas potestades represivas. Se hace referencia por ejemplo a la capacidad disciplinaria que tienen los patrones respecto de los trabajadores, los entes educativos respecto de docentes y dicentes y las ligas deportivas, aficionadas y profesionales respecto de las personas involucradas en tales actividades.

E) El debido proceso es un concepto complejo, puesto que aparece integrado por múltiples garantías constitucionales y legales. No son solo las que aparecen en el artículo 29 de la Constitución, ni solo las que aparecen en los artículos 14 del Pacto y 8 de la Convención. A lo largo del texto Superior existen plurales garantías que de manera necesaria hacen parte del debido proceso, lo complementan, o le sirven de apoyo instrumental.

El debido proceso es un concepto abstracto que no se viola por si solo, sino que es indispensable que se vulnere una de las garantías que lo integran para poder pregonar la violación del precepto constitucional. Es así que cuando se viola el derecho a la defensa, el principio de legalidad, el de presunción de inocencia, el principio de la reformatio in pejus, el de la dignidad humana, el de la inviolabilidad de la correspondencia o de las comunicaciones por realización arbitraria de las mismas, se está violando el debido proceso; siempre es indispensable que se viole una de las garantías que lo integran para que pueda pregonarse consecuencialmente la violación de este precepto constitucional.

F) El debido proceso está integrado por garantías pertenecientes tanto al derecho penal material, como al derecho procesal penal y no como algunos creen, que el debido proceso está referido única y exclusivamente a garantías de contenido procesal.

G) El debido proceso limita la capacidad investigativa, persecutoria y punitiva del Estado, para evitar que como se pueda convertir en un instrumento de persecución y de terror (Alemania con la implantación del régimen nacional socialista, Argentina en la década de los 60, con la implantación de un régimen militar, instrumento estatal de indignidad, deshumanización y terror), e igualmente impedir en la medida de lo posible que los funcionarios que ejercen la persecución penal, abusen arbitrariamente del poder que les confiere sus investiduras, porque nunca debe olvidarse que el ejercicio del poder, es vecino de su abuso.

Al limitarse el poder punitivo del Estado y al controlarse el poder de los funcionarios que ejercen la represión, se garantizan en la medida de lo

posible los derechos fundamentales de los ciudadanos, particularmente los que están sometidos a cualquier clase investigación o procesamiento.
H) El debido proceso se integra mediante normas constitucionales, del Bloque de Constitucionalidad y legales, en las cuales se constituyen o reconocen los derechos o garantías, o son reglamentadas los mismos, al consagrarse limitaciones al Estado en cuanto al tiempo, la clase de sanciones que puede imponer, el límite a las mismas, la forma en que deben realizarse las diligencias, las formas de investigación o interrogatorio prohibidas, la duración y la forma de ejecución de las penas; o se consagran derechos y garantías a favor de los sujetos procesales como el derecho a la defensa técnica y material, el derecho de probar y de contradicción probatoria y dialéctica, el derecho a interponer recursos, a solicitar copias e informaciones referentes al caso, el derecho a ser escuchado dentro de la investigación preliminar o dentro del proceso penal, etc.
I) El debido proceso es una garantía constitucional particularmente concebida en favor del sujeto pasivo de la acción penal, pero claramente extensible, en lo que no sea incompatible a todos los sujetos procesales, para garantizar la igualdad procesal.
J) El debido proceso es un concepto mutante, en cuanto a que los cambios normativos, tecnológicos, ideológicos, culturales y sociales, económicos y de orden público, casi de manera necesaria imponen modificaciones en cuanto a su contenido y alcance.
El concepto de violación domiciliaria en la época napoleónica ha sido superado por la moderna tecnología, porque del tradicional ingreso arbitrario y abusivo a domicilio ajeno, pasamos al ingreso a domicilio ajeno por la percepción por audio, o video de lo que pueda ocurrir al interior de ese domicilio.
K) El alcance, contenido y mayor o menor garantismo es diverso en cada país, puesto que responde al concepto político de Estado y de sociedad que se haya adoptado y a los fines políticos estatales o antropocentristas que el mismo se haya señalado en la línea conductora de la Constitución.-
L) El debido proceso ha de aplicarse en todas las etapas pre, procesales, procesales, y de ejecución penitenciaria, como son la etapa de investigación preliminar, en la fase de juzgamiento y en la etapa de ejecución punitiva, que de manera necesaria debe comprender la fase de la detención preventiva.
J) Existen tantos conceptos de debido proceso, como ordenamientos procesales y administrativos. En tales circunstancias puede hablarse de

un debido proceso constitucional, penal, laboral, civil, constitucional, administrativo, policivo, disciplinario, contravencional, de familia, fiscal, etc.
Con la idea expresada de lo que ha de entenderse por debido proceso y por algunas de sus características, ha de concluirse que el debido proceso es propio de todo tipo de ordenamientos procesales y administrativos y no es como en algún momento han pensado algunos, que se trata de una garantía propia y exclusiva del proceso penal.

Debe si reconocerse que algunas de las garantías que lo integran son propias del proceso penal y por tanto inaplicables a otro tipo de procedimientos, se hace referencia a garantías como la presunción de inocencia, el derecho a no declarar contra sí mismo, el principio de favorabilidad y otras que como ya se dijo son propias de la naturaleza del proceso penal; pero la existencia de ésta realidad no puede llevar a la errada conclusión que el concepto constitucional allí establecido del debido proceso es solo aplicable a procesos de naturaleza penal, porque primero que todo debe interpretarse en su claridad gramatical el texto constitucional del que ha de concluirse que fue voluntad del Constituyente consagrar esta garantía para que existiese en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. No a otra conclusión puede llegarse cuando el Constituyente afirma:

" ARTICULO 29. EL DEBIDO PROCESO SE APLICARÁ A TODA CLASE DE ACTUACIONES JUDICIALES Y ADMINISTRATIVAS.-
De manera similar las normatividades que integran el Bloque de Constitucionalidad, con claridad disponen que el derecho al debido proceso no es exclusivo del derecho penal cuando disponen al respecto de la siguiente manera:
En el Pacto (Ley 74 de 1968):
"…….en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella O PARA LA DETERMINACIÓN DE SUS DERECHOS U OBLIGACIONES DE CARÁCTER CIVIL.- (Lo destacado no lo es en el texto).-
En la Convención (Ley 16 de 1972):
"…… , en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, O PARA LA DETERMINACIÓN DE SUS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE ORDEN CIVIL, LABORAL, FISCAL O DE CUALQUIER OTRO CARÁCTER. (Lo destacado no lo es en el texto).-

Pero como razón justificativa de nuestra afirmación no podemos quedarnos en la simple explicación literal de la estructura gramatical de la oración, porque es claro que si estamos viviendo en un verdadero Estado de Derecho y si los procesos tanto judiciales como administrativos son claramente contenciosos, es necesario concluir, que en la decisión que se tome en cualquiera de ellos resultarán afectados los derechos de alguno de los intervinientes o como colofón final se tomará una decisión de condena, donde podrían afectarse derechos de variada naturaleza.-
En tales circunstancias es natural, que el Constituyente haya previsto que en todas esas actuaciones procesales y administrativas, generalmente de naturaleza contenciosa, que tienen en común, que al decidirse pueden afectarse derechos de los sujetos procesales involucrados, que los ciudadanos así comprometidos, tengan una serie mínima de derechos y garantías que puedan evitar que el Estado utilice tales mecanismos procesales como instrumentos de represión, persecución y de dominio; que controlen el poder de los funcionarios, para evitar el capricho, la corrupción o la arbitrariedad porque como ya lo dijimos, no puede olvidarse, que el ejercicio del poder – toda clase de poder, es vecino de su abuso; que el ciudadano involucrado voluntaria o involuntariamente en este tipo de procesos contenciosos no sea avasallado en su buena fe o que se afecten sus derechos con triquiñuelas, pruebas ilícitas, ardides o argucias que en ocasiones logran desafortunadamente alterar la verdad de la justicia, o que no vayan a ser menoscabados sus derechos por el siempre omnipresente error judicial, o mejor, del funcionario que tiene la competencia para decidir.

Recuérdese que una de las garantías que hacen parte del concepto constitucional del debido proceso es el derecho ciudadano a tener acceso a la justicia , y el mismo no puede entenderse con la simplista posición de acceder materialmente a los estrados judiciales, sino que como lo ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia, ha de ser entendido desde una perspectiva dinámica que comprende el acceder, participar activamente en los procesos, tener la oportunidad de ejercer todos los derechos implícitos en un proceso como son los de postulación, probar, contradicción, defensa, interposición de recursos, legalidad de la prueba, presunción de inocencia y carga de la prueba y en general todos aquellos que en la medida de lo posible y dentro de las imperfecciones de la justicia de los hombres, le garanticen al ciudadano una decisión justa y acorde con la realidad histórica de los hechos.

Si el debido proceso como se ha sostenido en precedencia constituye una limitante al poder del Estado y una valla protectora para los ciudadanos frente a la arbitrariedad, la corrupción y los errores de los funcionarios del Estado; si como se ha dicho en toda clase de actividades procesales y administrativas se pueden tomar decisiones que afecten derechos de los ciudadanos, es una realidad de un verdadero Estado de Derecho que el concepto del debido proceso y las garantías que lo integran, debe ser una constante en todos aquellas actuaciones judiciales o administrativas, porque sin que sean necesariamente sancionatorias, sus decisiones pueden afectar de manera grave los derechos ciudadanos

10- Nulidades e irregularidades

La palabra nulidad proviene del latin nullitas y de nullus_a_um, que quiere decir "que no es", que no tiene esencia de ser.
Es una forma de impugnar las decisiones judiciales que no necesita de la doble instancia para ser procedente

Los actos procesales, para ser considerados válidos, deben tener unas condiciones inherentes que los vuelven maduros y aceptables para el proceso, para que puedan cumplir con su finalidad específica dentro del mismo.

Dentro de estos actos procesales se pueden presentar dos tipos de error:

1- In procedendo, cuando el acto procesal no cumple con una secuencia lógica en su formación y, por tanto, violan el debido proceso. Estos errores se subsanan con la declaratoria de nulidad
2- In judicando, cuando el raciocinio del juez se desvía de la ley sustancial. Este error se corrige a través de los recursos.

La nulidad es un estado de alteración de un acto procesal que tiene su origen en la falta de un elemento esencial para su constitución o en la presencia de elementos viciados que lo hacen susceptible de ser declarado no válido jurídicamente

Para ello se necesita que el acto procesal exista, pero que no se encuentre revestido de unas exigencias básicas previstas por la legislación, debido a carencia de esas condiciones o a vicios de las mismas, que lo hacen inválido en el proceso.

A diferencia de la inexistencia procesal del acto jurídico, que no necesita ser declarada por el juez, la nulidad debe ser expresada sobre el acto considerado inválido. Esto quiere decir que no hay actos nulos en sí mismos y, mientras no se anulen procesalmente, continuarán produciendo sus efectos jurídicos. Es decir, mientras la autoridad competente no los declare nulos, son de obligatorio cumplimiento

Por lo anterior, la inexistencia procesal es diferente a la nulidad. Los actos inexistentes, como no han nacido a la vida jurídica, son insubsanables. Sin embargo, en sus efectos pueden asimilarse a la nulidad absoluta, pues ambos dejan de producir efectos jurídicos. Adicionalmente, el acto inexistente afecta un acto procesal determinado, mientras que la nulidad puede invalidar todo el proceso o parte del mismo y se puede producir en cualquier momento.

La nulidad y la inexistencia no pueden coexistir en el mismo acto procesal. Cuando se presente un acto inexistente, no es posible impetrar la declaratoria de nulidad.

Ahora, la nulidad puede no materializarse por varias causas:

- Porque el acto cumplió su finalidad sin violar el derecho a la defensa
- Porque ha sido convalidado por el consentimiento de aquel a quien perjudique, dentro de las garantías constitucionales
- Porque existe otro medio para sanear la irregularidad sustancial
- Porque quien alega la nulidad no demuestra el perjuicio causado en sus garantías constitucionales. A este respecto, quien alega la nulidad debe indicar el motivo de la nulidad, la irregularidad sustancial alegada, la forma en que se lesiona la estructura del proceso, la manera en que se afectan las garantías del sujeto procesal y el acto procesal que debido a esta irregularidad queda afectada o viciada.
- Porque con la conducta del sujeto procesal coadyuva a la ejecución del acto irregular (excepto en casos de ausencia de defensa técnica)
- Cuando se alegue de manera extemporánea
- Cuando la causal de nulidad no se encuentre taxativamente expresada en la ley

Las nulidades pueden ser sustanciales y procesales.

Las primeras son aquellas que evalúan un acto jurídico al que le faltan requisitos exigidos por la ley para que tengan validez: capacidad, consentimiento, causa licita, objeto licito, formalidades expresas. Estas pueden ser absolutas y relativas

Las nulidades procesales aprecian si el procedimiento aplicado en el acto procesal cumplió con las garantías del debido proceso, el derecho a la defensa y la observación de la competencia debida

Desde otro punto de vista, las nulidades pueden ser absolutas y relativas. Las primeras violan normas de derecho penal o las afectan en su núcleo esencial y son insubsanables por el consentimiento expreso de las partes o por el paso del tiempo. Las segundas o relativas, se refieren a las regulaciones del proceso y son efectivas cuando son reclamadas por el sujeto procesal, pero pueden ser saneadas y el acto convalidado.

11. La última consideración hace referencia al análisis del informe de conclusiones, cuya presencia previa antes de tomar decisión del pliego de cargos ó de preclusión, ofrece a los magistrados un tiempo prudencial para pensar y decidir antes de tomar una decisión. Esta puede favorecer la suerte del investigado o empeorarla, pero con conocimiento de causa y con la debida anterioridad.

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

RESUELVA

Artículo Primero - Declarar la nulidad de lo actuado en el presente proceso a partir del informe de conclusiones del magistrado instructor, la cual debe constar por escrito. **Artículo Segundo** - Devolver el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado Ponente; LUIS ALBERTO BLANCO RUBIO, Magistrado; GERMAN PEÑA QUIÑONES; Magistrado; MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaría.

SALVAMENTO DE VOTO

REF: Proceso 1318 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia
Denunciado: Dr F.v.c.v.
Denunciante: Sr Jairo Alonso Garcia
Asunto: Recurso De Apelacion

Con el aprecio y respeto debidos a los Honorables Magistrados, me permito presentar Salvamento de Voto en el caso que se estudia, por considerar que la ausencia del documento escrito en papel que registre el informe de conclusiones del Magistrado Instructor a que aluden los artículos 75, 78, 79 y 80 de la Ley 23 de 1981, no constituye causal de nulidad para un proceso ético-disciplinario médico, por las razones que paso a exponer y considerar enseguida:

Es necesario empezar por aclarar que no se discute la existencia del informe de conclusiones, sino sólo la del papel en el cual el magistrado instructor lo lleva a la Sala Plena para su discusión. El informe de conclusiones debe existir siempre, como lo disponen los citados artículos de la Ley 23 de 1981, y es evidente que ha existido si la Sala Plena del tribunal ha tomado una decisión y la ha plasmado en la correspondiente pieza procesal, bien para inhibirse de abrir investigación formal o para plantear al disciplinado un pliego de cargos; a ninguna Sala Plena se le ocurriría tomar decisión si no mediara el informe que sobre la investigación y sus resultados rinde el magistrado instructor, de manera que la existencia de decisión de Sala Plena prueba de modo fehaciente que el informe de conclusiones fue presentado, conocido y analizado. Además que es imposible que pueda una corporación manifestarse a través de una decisión, sino se cuenta previamente con un proyecto – informe de conclusiones -, elaborado por el magistrado ponente, que debe ser discutido por los que conforman la Sala y de aceptarse los criterios allí expuestos será aprobado por unanimidad o por mayoría. Siendo esto una realidad, lo que se discute en el presente caso, no es que no haya habito un informe de conclusiones, sino que el mismo no aparece en su forma escrita dentro del proceso y si ello es así, como efectivamente lo es, se trata de una irregularidad no de contenido sustancial que por tanto no debe originar la invalidación del proceso.

Para presentar su informe, el magistrado instructor podrá llevar y así se hace en todos los casos- un escrito que contenga sus datos y argumentos;

tal escrito tiene la función de memorando, de ayuda para la memoria con la cual evita el magistrado posibles olvidos o equivocaciones en los datos o en el análisis que de ellos hace para proponer a la Sala Plena una decisión. Cumplida la presentación y transcrito el informe de conclusiones en un fallo de la Sala Plena, que se escribe y se convierte en pieza procesal sujeta a las notificaciones de ley, el memorando pierde toda su función y utilidad, literalmente desaparece del proceso por inutilidad completa. Ese memorando de acuerdo con la ley a nadie se debe notificar ni dar a conocer, su existencia física dentro del expediente nada cambia ni modifica, su ausencia del expediente por absoluta deducción lógica a nadie perjudica puesto que nadie puede hacer uso alguno de él. Pretender que su ausencia es irregularidad causante de nulidad, linda con el absurdo.

En ninguna de las ordenanzas procesales que existen en nuestro país se ordena o determina que el proyecto presentado por el magistrado ponente deba ser agregado al expediente. Y tal determinación no existe en nuestros ordenamientos procesales porque es claro que si el proyecto presentado por el ponente es aceptado por los otros integrantes de la Sala, dejará de ser proyecto y en su integridad pasará a convertirse en decisión. Si por el contrario, el proyecto presentado es derrotado por mayoría, el proceso debe pasar al estudio de otro magistrado y el inicial ponente deberá salvar el voto, precisando en el mismo las razones del disenso.

Con lo anterior, lo que queremos demostrar es que con esta particular exigencia de la Ley 23 no se está salvaguardando ningún derecho de los partícipes del proceso disciplinario y que si tal determinación no existe en nuestros ordenamientos procesales, lo es, porque es claro que si el proyecto presentado por el ponente es aceptado por los otros integrantes de la Sala, dejará de ser proyecto y en su integridad pasará a convertirse en decisión. Si por el contrario, el proyecto presentado es derrotado por mayoría, el proceso debe pasar al estudio de otro magistrado y el inicial ponente deberá salvar el voto, precisando en el mismo las razones del disenso.

Como hipótesis de discusión dialéctica, aceptaríamos la trascendencia de insertar dentro del proceso el informe de conclusiones, si el mismo pudiera ser objeto de controversia por la defensa, porque es obvio, que en tales condiciones al no insertarse dentro del proceso, se estaría negando a la defensa una oportunidad de ejercer el derecho a la defensa. Pero bien se sabe que esta hipótesis de la discusión dialéctica que se ha planteado no

existe en la realidad, y por tanto ha de concluirse que el hecho de no insertarse dentro del proceso, no significa que con tal omisión se esté ocasionado un perjuicio al disciplinado.

Es imposible que una Corporación pueda tomar una determinación sin la existencia de un proyecto previo, elaborado por uno de sus miembros y es absolutamente válido concluir, que si la decisión corporativa es aprobada de manera unánime, ello indica que el proyecto presentado o el informe de conclusiones fue acogido en su integridad y que de proyecto o informe pasó a convertirse en decisión aprobada unánimemente por la Sala.

No se puede desconocer que el principio de trascendencia de las nulidades es importante, porque ni nuestro Constituyente, ni nuestro legislador nos ha introducido procesalmente hablando dentro de un ritualismo absurdo e innecesario; en el artículo 29 de la Constitución vigente se impone que se deben respetar las formas propias de cada juicio,[4] pero allí no se está creando una exigencia constitucional para que se respeten las formas procesales por sí mismas, sino que se está creando un mecanismo de protección, en el que las formas o ritos procesales se convierten en una especie de escudo protector de los derechos y garantías de los ciudadanos que intervienen en el proceso. En tales condiciones de conformidad con la interpretación de esta norma, se desconoce la misma cuando se incumple una determinada ritualidad procesal y con ella se conculca un derecho o garantía fundamental de uno cualquiera de los sujetos procesales. Y esta interpretación será concordante con el otro principio constitucionalmente establecido según el cual, en la administración de

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

justicia debe prevalecer el derecho sustancial,[5] porque es evidente que a nadie le importa que se incumplan determinadas formalidades si con tal incumplimiento no se le está ocasionando perjuicio a nadie; por el contrario, cuando se omiten las formalidades y por tal incumplimiento se le ocasiona perjuicio a alguno de los participantes, todos estaremos de acuerdo que en este caso la informalidad si debe generar la invalidez del proceso.

Que el garantismo y no el ritualismo vano y estéril, es el objetivo político que guía a nuestro Constituyente se demuestra con la siguiente hipótesis. Dos padres de familia, en casos distintos, ven que sus hijos son procesados delictivamente. El uno es un sindicalista, rejugado en las luchas sociales y con una cierta formación jurídica. El otro, es un campesino analfabeta, formado dentro de unos precarios principios de respeto a la ley y obediencia a la autoridad. Al ser llamados a declarar en el proceso donde están involucrados sus respectivos hijos, a ninguno de los dos se les pone de presente el rito o formalidad, según el cual, se les debe preguntar por el grado de parentesco que puedan tener con el sindicado y si la respuesta fuere afirmativa, el deber que surge para el funcionario de ponerle de presente el principio constitucional y legal según el cual nadie está obligado a declarar contra si mismo, ni contra sus parientes dentro de determinados grados de parentesco de consanguinidad, afinidad y civil.

En tales circunstancias, al ser interrogados sobre el comportamiento de sus hijos, el sindicalista niega cualquier participación delictiva de su descendiente y por el contrario se dedica a destacar las cualidades familiares y sociales y su extraordinario comportamiento como hijo, trabajador y ciudadanos, enseñado a respetar la ley de manera integral. Por su parte el padre campesino, se considera obligado a decir la verdad y reconoce todo los comportamientos ilícitos de su hijo.

En ambos casos no se observó el rito procesal de poner en conocimiento de los declarantes la ausencia de obligación o deber de declarar en contra de los parientes, pero en el caso del padre sindicalista la declaración será válida, porque con ella no hubo perjuicio, es decir no fue trascendente en

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

el procedimiento adelantado contra su hijo; por el contrario la declaración del padre campesino la declaración deberá ser anulada, porque en este caso el incumplimiento del rito o formalidad fue trascedente, puesto que al no habérsele puesto de presente la norma que no lo obligaba a declarar, lo llevó a deponer en contra de su propio hijo.

En esta ejemplo hipotético se evidencia entonces que el imperativo constitucional no es el obedecimiento de las formas porque sí, sino para proteger derechos y garantías fundamentales y por tanto, si con la inobservancia no hay perjuicio, es obvio que no podrá pensarse en considerarla como fuente de nulidad.

Es tan intrascendente la irregularidad que se argumenta para pretender la invalidez del proceso, que ni el postulante, ni la Sala mayoritaria, lograron demostrar cuál había sido el perjuicio ocasionado al disciplinado por no haberse insertado en el expediente el informe de conclusiones y es una realidad, que no se habla del perjuicio, porque el mismo no existe, porque se trata de una mera informalidad que no le ocasiona perjuicio a el disciplinado.

En tales circunstancias, partiendo del principio de trascendencia, según el cual para efectos de poder declarar la invalidez de un proceso por la existencia de una nulidad, es menester que se demuestre que la irregularidad produce un perjuicio cierto y preciso en los derechos y garantías establecidos a favor del disciplinado.

El principio de trascendencia, indispensable de ser tenido en cuenta en la declaratoria de las nulidades, tiene su origen en el artículo 228 constitucional, norma en la que se establece que en el proceso de administración de justicia debe prevalecer el derecho sustancial. En tal sentido dispone la norma que se comenta:

> " ARTICULO 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y ***EN ELLAS PREVALECERÁ EL DERECHO SUSTANCIAL***. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo. (Lo destacado no lo es en el texto).

Esta norma debe ser interpretada en concordancia con la disposición plasmada en el artículo 29 de la Carta, en la que se dispone con carácter imperativo el cumplimiento de las formas propias de cada juicio:

> ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.
> Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y ***CON OBSERVANCIA DE LA PLENITUD DE LAS FORMAS PROPIAS DE CADA JUICIO.***
> En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.
> ……..” (Lo destacado no lo es en el texto).

Si se hace una interpretación literal del apartado últimamente destacado se podría llegar a la conclusión de que nuestro Constituyente quiso establecer en el trámite de los procesos un formalismo inútil y ramplón, pero como ha sido interpretado válidamente por la jurisprudencia y la doctrina, se ha concluido que la voluntad del Constituyente es que en el adelantamiento de los proceso se respeten las formas del proceso, en cuanto a que las mismas son instrumentos de protección de los derechos y garantías fundamentales consagradas a favor de los ciudadanos sometidos a proceso.

Dentro de tal perspectiva interpretativa, se concluye entonces que no es un mandato para la obsecuencia a todo tipo de formalidades sin contenido ideológico y sin trascendencia afectante dentro del proceso, sino que el mandato constitucional impone el respeto de aquellas formas procesales, que al ser desconocidas afectan de manera sustancial y con grave detrimento de sus derechos y garantías procesales.

Dentro de tales parámetros interpretativos es entonces una realidad, que el obedecimiento imperativo de las formas propias del juicio es únicamente respecto de aquellas que sirven como una especie de escudo protector de los derechos y garantías constitucionalmente establecidas a favor de los procesados. De allí la necesidad de que las dos normas – artículos 29 y 228 de la Carta -, sean interpretados concordantemente, porque no toda informalidad es constitutiva de nulidad.

En el caso presente, es una realidad que la irregularidad existe, el legislador impone que el informe de conclusiones sea insertado en el proceso, pero la

omisión de esta disposición no es trascendente porque con la misma no se le ocasionó ningún daño al disciplinado y si ello es así, es obvio, que jamás de los jamases se puede pensar en la existencia de un vicio invalidante.

No tiene este magistrado la menor duda de que el hecho de no haberse allegado el papel que contiene el informe de conclusiones, constituye una mera informalidad, que no le ocasionó perjuicio procesal a nadie y por tanto la omisión aludida deberá quedarse como una simple irregularidad que no puede generar la nulidad pretendida.

De la Honorable Sala Plena, su servidor,

FDO. JUAN MENDOZA VEGA
Magistrado

Bogotá, tres (03) junio del año dos mil catorce (2014).

SALA PLENA SESIÓN No. 1226 DEL TRES (03)
DE J
UNIO DEL AÑO DOS MIL CATORCE (2014)

REF:Proceso No. 606 del Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico
Contra: Doctores M.P.M.N., J.J.M.F. Y E.S.P.
Denunciante: Sra. M.P. DE H.
Asunto: Recurso de Apelación contra solicitud de nulidad

Magistrado ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 54-2014

VISTOS

Por decisión del 19 de marzo de 2014, el Tribunal de Ética Médica del Atlántico, negó la nulidad solicitada por la defensa de los disciplinados E.R.S.P., J,J,M.F, y M.P.M.N.

La decisión fue apelada oportunamente e igualmente sustentada, solicitando su revocatoria.

El Tribunal Nación de Ética Médica procede a resolver lo pertinente luego de hacer un análisis de los argumentos formulados por los actores y los que sustentan la decisión recurrida.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS.

El defensor Luigi Carlo Cianci Flórez, defensor de los médicos J,J,M.F, y M.P.M.N., solicitó la nulidad del proceso al sostener que se había incurrido en una irregularidad sustancial al no existir prueba para la formulación de cargos. Entre otros argumentos formuló los siguientes:

" Teniendo en cuenta lo anterior en el sub-judice consideramos que se encuentra comprobada LA EXISTENCIA DE IRREGULARIDADES SUSTANCIALES QUE AFECTAN EL DEBIDO PROCESO, en razón a que se profiere resolución preliminar sin que exista prueba alguna que sustente la misma ".

…….

Lo anterior porque pensamos que para proferir una resolución preliminar o elevar un pliego de cargos deben colmarse unos requisitos, que si bien no están taxativamente establecidos en la Ley 23 de 1981, ni en su Decreto Reglamentario 3380 de 1981, si lo están en la Ley 600 de 2000, cuando se regula a su semejante: la Resolución de Acusación.

Señala el artículo 397 del Código de Procedimiento Penal – Ley 600 de 2000, que trata de los requisitos sustanciales de la resolución de acusación, que:

" ARTICULO 397. REQUISITOS SUSTANCIALES DE LA RESOLUCION 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. (Lo destacado es del texto).

De la simple lectura de la norma en cita se puede entender que para que se profiera resolución de acusación es necesario que exista confesión, testimonio, indicio, documento, peritación, o cualquier otro medio probatorio que señale la responsabilidad del investigado, lo cual no ocurre en este asunto. "

En la sustentación del recurso, reiteró sus argumentaciones, al sostener :

" Venimos diciendo, de forma respetuosa, que se encuentra comprobada la existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, en razón a que se profiere resolución preliminar sin que exista prueba alguna que sustente la misma Y debemos indiciar por allí para dejar clara la génesis o el origen de la presente solicitud de nulidad, ya que al parecer no es del todo comprendida por el a-quo.

Manifestábamos que para proferir una resolución preliminar o elevar un pliego de cargos deben colmarse unos requisitos, que si bien no están taxativamente establecidos en la Ley 23 de 1981 ni en su Decreto Reglamentario 3380 de 1981, si lo están en la Ley 600 de 2000., cuando se regula su semejante: la Resolución de Acusación.

Razón por la cual señalamos que en el artículo 397 del Código de Procedimiento Penal, que trata de los requisitos sustanciales de la resolución de acusación, se establece que para que exista la misma debe estar demostrada la ocurrencia del hecho y que exista confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio que señale la responsabilidad del sindicado.

La defensa del médico S.P. en su solicitud ante el Tribunal de primera instancia hizo entre otras las siguientes consideraciones:

" Teniendo en cuenta lo anterior en el sub-judice consideramos que se encuentra comprobada LA EXISTENCIA DE IRREGULARIDADES SUSTANCIALES QUE AFECTAN EL DEBIDO PROCESO, en razón a que se profiere resolución preliminar sin que exista prueba alguna que sustente la misma ".

Por lo tanto, solicito se decrete la nulidad de la resolución preliminar proferida el pasado 27 de noviembre de 2013 por la Sala Plena del Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico, mediante la cual se elevó pliego de cargos a mi Poderdante, doctor E.R.S.P.

Lo anterior porque pensamos que para proferir una resolución preliminar o elevar un pliego de cargos deben colmarse unos requisitos, que si bien no están taxativamente establecidos en la Ley 23 de 1981, ni en su Decreto Reglamentario 3380 de 1981, si lo están en la Ley 600 de 2000, del 24 de julio, cuando se regula a su semejante: la Resolución de Acusación.

Señala el artículo 397 del Código de Procedimiento Penal – Ley 600 de 2000, que trata de los requisitos sustanciales de la resolución de acusación, que:

> " ARTICULO 397. REQUISITOS SUSTANCIALES DE LA RESOLUCION 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. (Lo destacado es del texto).
>
> De la simple lectura de la norma en cita se puede entender que para que se profiera resolución de acusación es necesario que exista confesión, testimonio, indicio, documento, peritación, o cualquier otro medio probatorio que señale la responsabilidad del investigado, lo cual no ocurre en este asunto".

En el memorial de sustentación del recurso de apelación el recurrente reiteró argumentos similares al sostener:

> " Teniendo en cuenta lo anterior en el sub-judice consideramos que se encuentra comprobada LA EXISTENCIA DE IRREGULARIDADES SUSTANCIALES QUE AFECTAN EL DEBIDO PROCESO, en razón a que se profiere resolución preliminar sin que exista prueba alguna que sustente la misma".
> …….
> Y se pudo concluir de la simple lectura de la norma en cita que se puede entender que para que se profiera resolución de acusación es necesario **QUE EXISTA CONFESIÓN, TESTIMONIO, INDICIO, DOCUMENTO, PERITACIÓN, O CUALQUIER OTRO MEDIO PROBATORIO QUE SEÑALE LA RESPONSABILIDAD DEL INVESTIGADO, LO CUAL NO OCURRE EN ESTE ASUNTO** ". (Lo destacado es del texto).
>
> Se trata de dos pretensiones similares, tanto, que hay párrafos en los memoriales de los dos recurrentes que son idénticos, y que no pueden explicarse de otra manera que por el copiado que uno hizo del otro.
>
> Al ser solicitudes iguales, incurren en los mismos errores procesales que harán que finalmente ésta Corporación deseche las pretensiones argumentadas. En el recurso de apelación se ataca la decisión que aparentemente afecta negativamente las pretensiones procesales del recurrente,

razón que exige que en el recurso se formule un ataque parcial o total contra las consideraciones de la decisión recurrida, para demostrar sus errores y equivocaciones, demostrando la razón de éstos y al mismo tiempo, cuál ha debido ser la decisión correcta, debidamente fundamentada.

Los apelantes en la sustentación del recurso, se limitaron a reiterar las peticiones iniciales, olvidándose del contenido de la decisión atacada y obviamente, sin entrar a demostrar las razones de su inconformidad y porque consideran que la decisión recurrida es equivocada.

Lo anterior sería más que suficiente para declarar desierto el recurso por ausencia de sustentación, pero considera ésta Corporación, en el ejercicio de su función magisterial, que debe señalar los otros errores en que incurrieron los recurrentes.

El artículo 82 de la Ley 23 de 1981, ordena que los vacíos existentes en ella, deberán llenarse con las previsiones del C. de P. P. En tal sentido se determina:

" **ARTICULO 82.** En lo no previsto en la presente Ley, se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal.

La Ley 600 de 2000 es un código que se encuentra derogado, y solo tiene vigencia para los hechos delictivos ocurridos dentro de su vigencia, es decir, que hubieran tenido ocurrencia antes de la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, que es en realidad el código procesal actualmente vigente, y es al que hay que hacer remisión, en donde ello sea posible.

Las consideraciones que hacen los defensores en torno a la Ley 600, son entonces perfectamente equivocadas por tratarse como ya se dijo, de un código derogado, inaplicable por remisión a la Ley 23 de 1981.

La jurisprudencia de ésta Corporación de manera reiterada (providencia No. 64-14, de fecha 27 de agosto de 2013) y desde hace varias décadas viene sosteniendo que la decisión de formulación de cargos no es susceptible del recurso de apelación y son éstas las razones que ha dado la Corporación para sustentar esta posición:

"….IV-INAPELABILIDAD DEL PLIEGO DE CARGOS Y DE SU CONTRAPARTE, LA DECISION PRECLUTORIA.

En providencia del Tribunal Nacional de Etica Medica de marzo 25 de 2013 (Número 07-2003), con ponencia del Magistrado Efraím Otero Ruíz, se expresó lo siguiente:

> "…Esta Corporación ha sostenido de manera reiterada que el auto de formulación de cargos no es apelable y se ha fundamentado en las siguientes razones:
> " Si bien de manera general los autos interlocutorios admiten el recurso de apelación, lo cierto es que hay algunos en que por propia disposición de la ley se les niega la posibilidad de éste recurso, o que jurisprudencialmente se deduce su inapelabilidad, por ser ilógica la segunda instancia para determinados casos, por ser contrarios al sistema procesal imperante o porque se considera que en determinados casos la segunda instancia en lugar de favorecer perjudica a los intereses de los recurrentes.
> " En el caso presente, el apelante partiendo de las normas generales que como ya se dijo admiten la segunda instancia de los autos interlocutorios, considera que le ha sido ilegalmente negado el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto. Reflexiona en este sentido el defensor cuando afirma:
> " La ley 23 de 1981 que comprende el Estatuto de Ética Médica en su artículo 82 preceptúa, que en lo no previsto en esa normatividad cabe la aplicación de las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal; de otro lado el artículo 90 de ese mismo Estatuto reguló lo inherente a los recursos de reposición y apelación que se interpongan en contra de cualquiera de las providencias a que se refiere dicha ley, por lo tanto debió concederse como subsidiario del recurso de reposición, el de apelación, ya que de conformidad con el literal c del artículo 204 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 82 de la Ley 23 de 1981, el auto que declara la existencia de méritos para formular cargos, es apelable.
> " Si bien es cierto que el artículo 80 de la Ley 23 de 1981, nos remite al Código de Procedimiento Penal, la función propia y la naturaleza del Tribunal es de carácter Ético disciplinario, es por esto que las figuras procesales y procedimientales del ámbito penal no son

aplicables al pie de la letra dentro de los procesos que corresponde adelantar a éste Despacho.

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

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

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

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

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

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

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

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

" Uno de los criterios buscados por el Constituyente de 1991, al establecer la Fiscalía General de la Nación, fue el de consagrar el sistema acusatorio, separando claramente las funciones acusatoria y

decisoria, es decir, que quien formula el pliego de cargos no sea el mismo que juzga y decide, para evitar que en una misma persona o entidad se confundan las calidades de juez y de parte acusadora ".-

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

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

V-LA CONCESION DEL RECURSO DE APELACION EN RELACION CON EL NUEVO SISTEMA ACUSATORIO.

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

1 Artículo 82 ley 23 de 1981, "En lo no previsto en la presente Ley, se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal". (Negrillas y resaltado nuestros).

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

CONCEPTO SOBRE LA APLICACIÓN DE LA LEY 906 DE 2004 DENTRO DEL PROCESO ÉTICO DISCIPLINARIO

ARTICULO 82. En lo no previsto en la presente Ley, se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal.

Conc. Artículo 47 Decreto 3380 de 1981.
Artículo 47. En lo previsto en la ley 23 de 1981 y su reglamento se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal.

Se profesa que es precisamente este artículo el que crea mayor confusión al darle aplicabilidad sobre todo a la parte procedimental de la Ley 23 de 1981, puesto que los operadores de la justicia (Magistrados del Tribunal de Ética Médica), se ven en la necesidad de aplicar ante las falencias de esta, lo estipulado en el Código de Procedimiento Penal, incluso en muchas ocasiones lo establecido en el Código Penal he aquí pues la difícil tarea de los miembros de los Tribunales, pues, son ellos ls llamados a determinar cuál es la normatividad más apropiada a aplicar.

A partir de la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004 y en nombre del artículo 82 de la Ley 23 de 1981 y el artículo 47 del decreto 3380 de 1981, por mandato legal, se le debe dar aplicabilidad a los parámetros propuestos por el Sistema Acusatorio, en lo que no esté contemplado en la Ley 23 de 1981, y que no riña con la equidad y la justicia, sólo en aquello que sea más garantista y constitucionalmente indicado, sin darle aplicabilidad a nada que vaya en contra de la esencia del proceso ético-disciplinario, ni que vulnere las garantías legales de los profesionales de la medicina.

Si se analiza la Ley 906 de 2004, se determinará que en materia de las víctimas, implementa una nueva reglamentación como se establece en los artículos 11 Derechos de las víctimas: Este artículo constituye una novedad como principio en el procedimiento penal, estipulando los derechos de las víctimas dentro del proceso, garantizando el derecho a acceder a la administración de justicia, el cual determina que la víctima (en nuestro caso el quejoso), debe ser informado de las actuaciones que se adelanten. Lo anterior va muy ligado con el artículo 18 de la Ley 906 de 2004, Publicidad "la actuación procesal será pública. Tendrán acceso a ella, además de los intervinientes, los medios de comunicación y la comunidad en general." también manifiesta que sólo se podrá restringir este derecho cuando se pone en peligro a los intervinientes o se afecte la seguridad nacional, se vulneren los derechos de los menores o del procesado, de lo contrario no existirá limite a este derecho. Se cree, que al quejoso, por no ser

sujeto procesal dentro del proceso ético disciplinario no se le debe dar más información de la constitucionalmente exigida (tema que se tratara más adelante). También con el capítulo de publicidad de los procedimientos. Artículo 149 Principio de publicidad, establece que todas las audiencias que se adelanten durante la etapa de juzgamiento serán públicas y no se podrá denegar el acceso a nadie, podrá limitarse por los parámetros establecidos en este artículo y en los artículos 150, 151 y 152. Como ya se ha manifestado no se podrán implementar en el proceso ético-disciplinario.

Se cree además, que por el carácter que posee la acción disciplinaria cuya potestad es propia del Estado, al quejoso sólo le compete poner en conocimiento de la entidad competente su queja, además de ampliar y ratificarse en la misma, aportar pruebas si cuenta con ellas y recurrir la decisión de resolución inhibitoria en las actuaciones anteriores al 1º de enero del 2005, la cual hoy se cree que es la orden de archivo que describe la Ley 906 del 2004 en su artículo 79; si bien, en esta normatividad no establece la posibilidad de conceder recursos, también se cree, que obedece a que a partir de los artículos 132 y siguientes en el capítulo de las víctimas, le permite a éstas hacer parte activamente del proceso, pero como en el proceso ético-disciplinario no existe esta potestad, ni la figura de víctima como tal, como criterio se tiene que: con respecto a la orden de archivo de las diligencias, situación que en el presente trabajo equivale a la resolución inhibitoria, no se deben conceder los recursos de reposición ante el Tribunal que ordena el archivo de las mismas y el de apelación ante el Tribunal Nacional, por expresa disposición de la Ley 906 de 2004 (Ver Auto de la Sala Plena Corte Suprema de Justicia de Julio 5 de 2007).

Dado lo anterior y al no ser sujeto procesal el quejoso, éste no podrá por lo tanto, solicitar pruebas, ni recurrir las decisiones que se profieran en el proceso, excepto la resolución inhibitoria en las investigaciones iniciadas antes del 1º de enero del 2005, y las decisiones de Precluir y el Fallo Absolutorio en los procesos posteriores al 2005.

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

> "…De manera reiterada ha sostenido esta corporación que al igual que sucede en el proceso penal, el denunciante, sólo tiene facultad para apelar el auto inhibitorio, porque una vez es abierto el proceso penal o el disciplinario e (sic) nuestro caso, el denunciante deja de ser parte y al no ser sujeto procesal es obvio que no puede participar dentro del proceso y mucho menos interponer recursos…".
> Se sostiene que el quejoso, no es que deje de ser parte, sino que nunca lo fue. Dado lo anterior, se cree que si bien, ni la Ley 23 de 1981 ni su decreto reglamentario contemplan nada sobre el quejoso o la víctima y muy a pesar de la remisión expresa que hace el artículo 82 de la Ley 23 de 1981 al Código de Procedimiento Penal, el cual si contempla un capítulo sobre la víctima (Ley 906 de 2004, artículos 132 y siguientes), no es de acogida darle cabida al quejoso dentro del proceso ético-disciplinario, salvo para hacer uso de los derechos que fueron descritos anteriormente, entiéndase interponer los recursos de Reposición y Apelación en contra de la decisión de Precluir la investigación dentro del proceso Ético Disciplinario, tal como lo estableció la propia Ley 906 de 2004, artículo 177, numeral 2 y el Fallo Absolutorio artículo 177, numeral 1; cabe aclarar que el quejoso dentro del proceso ético-disciplinario, no necesariamente coincide con esa persona a quien se le ha vulnerado algún derecho, o sea a quien el derecho penal denomina víctima…".

Y se rememora esta jurisprudencia, porque la defensa muy habilidosamente lo que trata de hacer con ésta solicitud de nulidad, es en realidad interponer un recurso contra la formulación de cargos, porque como muy bien se destacó en los fragmentos de los memoriales transcritos, la presunta irregularidad alegada como supuesta causal de nulidad del proceso es la ausencia de prueba para fundamentar la acusación. En realidad de verdad lo que la defensa está haciendo con ésta petición no es una solicitud de nulidad, sino que está demostrando su inconformidad probatoria con la resolución de acusación o de formulación de cargos, que como ya se dijo es inapelable.

No incurrirá ésta Corporación en la trampa que le ha sido preparada y se abstendrá de hacer cualquier consideración en relación con la fundamentación de la providencia con la cual la defensa demuestra su inconformidad, no apelándola, sino encubriendo el recurso, con una falsa petición de nulidad del proceso.

Se trata de un proceso próximo a prescribir, y si la Corporación hace consideraciones de fondo sobre el contenido de la resolución de formulación de cargos, cuando el proceso regrese a esta entidad para conocer de la sentencia absolutoria o condenatoria, sus integrantes se tendrán que declarar impedidos por haber emitido opinión seria sobre los hechos motivo de juzgamiento y esto hará demorar con nuevos trámites el adelantamiento del proceso, lográndose con ello la prescripción de la acción disciplinaria.

En las condiciones precedentes, la Corporación declarará desierto el recurso, por falta de sustentación, en cuanto a que los apelantes en ningún momento demostraron cuáles podrían ser los errores en que se incurrió por parte de la primera instancia, en el auto por medio del cual negó la falsa solicitud de nulidad impetrada por la defensa.

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

RESUELVA

Artículo Primero - DECLARAR DESIERTO EL RECURSO DE APELACIÓN, por falta de sustentación del mismo. **Artículo Segundo** - Contra la presente providencia no procede recurso alguno. **Artículo Tercero** - Devolver el expediente al Tribunal de origen, para lo de competencia. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. EFRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado-Presidente; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado Ponente; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaría.

Bogotá, Mayo veintinueve (29) del año dos mil siete (2007)

SALA PLENA-SESIÓN No. 915 DEL VEINTINUEVE (29) DE MAYO DEL AÑO DOS MIL SIETE (2007).

REF: Proceso No. 507-2005 Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca y Putumayo
Contra: Dr. G.V.C.
Denunciante: Señorita C.L.A.
Asunto: Recurso de Apelación

Magistrado ponente: Doctor Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 21-2007

VISTOS

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca y Putumayo, en Sala Plena realizada el siete de febrero de 2007, dentro del proceso número 507-2005, resolvió dictar Resolución Inhibitoria luego de abrir investigación contra el doctor Dr. G.V.C. por los hechos denunciados por la Señorita C.L.A. La quejosa, por escrito fechado el 5 de febrero de 2007, interpuso recurso de apelación contra la providencia mencionada, recurso que fue concedido el día veintiocho de marzo de 2007.

El cuaderno que contiene las diligencias del proceso en referencia fue recibido en este Tribunal Nacional de Ética Médica y puesto para reparto en Sala Plena, correspondiéndole por sorteo al magistrado FERNANDO GUZMÁN MORA. Cumplidos los términos legales, se procede a resolver de acuerdo con los siguientes:

HECHOS

La señora C.L.L.A. asistió a consulta dermatológica con el doctor G.V., dermatólogo, consultando por Acné.

La señorita L. acusa el doctor G.V.C.de presunta mala conducta o manipulación sexual indebida durante la consulta; porque se sintió desmoralizada durante la consulta y porque oyó comentarios respecto a abusos similares del doctor G.V.C.con otras pacientes.

Se solicita, por medio de auto visibles a folios 5 vuelto, allegar copia de historia clínica de la paciente, ampliación de la declaración, de la quejosa y testimonios de las personas citadas en la queja, igualmente se cita para la versión libre al médico inculpado. Posteriormente se abre la Investigación formal en contra del disciplinado, como se demuestra en el folio 20 del cuaderno principal.

Hechas las averiguaciones del caso se destaca que no fue posible interrogar a la doctora C.I.C., quien según la denunciante, conocía otros casos de mal comportamiento del doctor G.V., durante las consultas médicas.

En la diligencia del descargos el médico investigado expresa que realizó Una exposición clara y concisa sobre su actividad de consulta, donde siempre el examina total y rigurosamente a sus pacientes independiente de sexo, edad, patología, etc. además, hace llegar una historia clínica con varios tomos llenados con su puño y letra, de la consulta de la señorita C.L.A. Por último, El doctor G.V.C. detalla concisamente en el interrogatorio, su pensamiento médico en esta consulta de ACNE y demuestra claramente que una consulta de ACNE requiere una exploración sistemática detallada, especialmente en área de ginecología, porque muchas patologías ginecológicas se asocian a ACNE SEVERO. El doctor G.V.C. deja en el expediente fotocopias de la literatura médica donde se asocia ACNE y patologías ginecológicas.

El magistrado investigador concluye que: " Se recomienda que lo sucedido con A.L.A. es una mala interpretación del acto médico del dermatólogo que trata de entender profundamente su problema de ACNE. De hecho la paciente está contenta con los resultados. En orden de evitar más mal entendidos se sugiere al doctor G.V.C. educar y preparar mejor sus pacientes para su eventual exploración ginecológica u otra intervención. Además, no ser tan efusivo o trato muy familiar con los pacientes para evitar confusiones y mal entendidos".

La Sala Plena del TRIBUNAL ÉTICA MÉDICA DEL CAUCA, al acoger las apreciaciones del investigador, considera que es muy importante que

el médico establezca una relación de comunicación para ejecutar el acto médico en la consulta y en todo su actuar, a fin de evitar que se presenten afectaciones en la persona del paciente. Es muy acertado el comentario del investigador al afirmar que si bien el médico puede encontrar justificado el realizar un acto determinado en la consulta, es su deber informar al paciente lo que realizará, indicando el fin para el cual va a realizar tal o cual conducta.

No se descarta que dentro de la literatura médica, en el caso concreto, exista una relación de la patología que presenta con patologías ginecológicas, lo cual era justificable el realizar la exploración que en el presente caso concreto se ejecutó. Pero igualmente no libera al médico de la obligación de informar el fin y objeto de la actuación y su relación con la patología que se investiga, a fin de evitar que genere un malestar o un impacto mas allá de lo que toda consulta médica pueda generar, con lo cual lo que la Sala impone es la necesidad de aceptar las recomendaciones del investigador y trasmitirlas al médico dado que es de vital importancia que el medico prepare a su paciente para el acto médico que debe realizar y esperar que el paciente consienta en ello a fin de evitar estos mal entendidos.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena del TRIBUNAL ÉTICA MÉDICA DEL CAUCA resuelve Declarar que no existe mérito para dictar pliego de cargos en contra del DR. G.V.C, según lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución. Ordena además PRECLUIR la investigación, en el estado en que se encuentra previas las anotaciones de Ley.

Por último, ordena 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.

LA APELACIÓN

La quejosa impugna el fallo inhibitorio y eleva recurso de apelación con los siguientes argumentos:

1)El magistrado Dr. Víctor Hugo Vivas Ramos quien firma la resolución es cuñado del acusado Dr. G.V.

2)Mi denuncia nunca se encaminó al tipo de pruebas que el médico realizó, sino a su conducta durante la práctica, la cual sigo considerando no ética.
3)No fue una mala interpretación del acto médico, sino una agresión a mi intimidad.
4)En mi declaración hice hincapié en el tiempo exageradamente largo (más de 10 minutos) que duró el tacto vaginal y la forma inadecuada como realizó este procedimiento.
5)En el punto cuarto de la sentencia (posición del médico) se afirma: "una consulta de ACNÉ requiere una exploración sistemática detallada, especialmente en el área de ginecología, por que muchas patologías ginecológicas se asocian a ACNÉ SEVERO" Y este no es mi caso puesto que no consulté por Acné severo. Podría afirmar que el acné que padezco se podría denominar acné leve.
6)A los médicos que me atendieron en Cali y que yo di como referencia no se les solicitó para aportar en su declaración documentos que dieran cuenta de mi historia clínica.
7)Considero muy vaga la investigación cuando se les pregunta si me conocen pues no creo que un médico memorice los miles de nombres de lo pacientes que atiende. Con esas preguntas no se estaba investigando nada.
8)En el punto sexto de la sentencia se afirma que "de hecho la paciente está contenta con los resultados" y Yo jamás expresé tal sentimiento, por el contrario me sentí ultrajada, como afirmé en el punto 2) mi denuncia no se encaminó al examen médico sino al comportamiento poco profesional del Dr. V.
9)El propósito de mi denuncia se centra en el deseo de que ninguna otra mujer vuelva a sufrir los mismos atropellos y solo espero que el Tribunal de Ética Médica se ponga en el lugar que exigen las circunstancias de un país que se debate entre la corrupción y el derrumbe de los valores morales y que pide a gritos que la impunidad no haga carrera entre quienes están llamados a mostramos el camino hacia la construcción de un país mejor.

El Tribunal Seccional resuelve la petición de la quejosa en la siguiente forma:

Como en el presente caso se ha interpuesto directamente el recurso de Apelación contra la resolución que ordena la preclusión de la investigación, y siendo esta procedente en tanto que el quejoso también en este

sentido es parte y tiene la posibilidad de oponerse a este tipo de pronunciamiento, debe la sala proceder a correr traslado para ante el TRIBUNAL DE ÉTICA MÉDICA NACIONAL, para que se sirva resolver la solicitud antes indicada.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

En el caso presente esta superioridad no comparte en lo más mínimo el concepto procesal del Tribunal Seccional de Ética Médica de Cauca y Putumayo, respecto de la conservación de existencia procesal por parte del quejoso cuando se ha dictado una preclusión de investigación formal, por varias razones. recordemos primero la técnica del Proceso Etico Disciplinario Médico:

EL PROCESO ETICO DISCIPLINARIO

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

1 Una persona privada, generalmente un paciente, quien considera que ha sido transgredida una norma ética.
2 Un representante legal de persona jurídica. Por ejemplo, el director de una institución de salud.
3 El representante legal de una entidad pública. Verbigracia, el director de un sistema de salud del Estado.
4 Una autoridad pública. Fiscal, personero, etc.
5 Un magistrado de un tribunal de ética, quien hace la denuncia de manera oficiosa.

Para que el proceso sea iniciado, debe aportarse una prueba mínima o sumaria que oriente hacia la violación de la norma ética o que permita inferir de manera lógica que esta ha sido transgredida. Por ejemplo, cuando una enferma acusa al médico de conductas irrespetuosas en el plano sexual y en ejercicio de un acto médico. O cuando el fiscal compulsa copias al Tribunal para investigar una conducta efectuada por un médico la cual, no solamente constituya un delito sino que simultáneamente se configure como antiética. A este respecto debe mencionarse que un médico puede

estar involucrado al mismo tiempo en un proceso penal, en la acción civil que de su conducta se origine y en proceso ético disciplinario, sin romper el principio de "non bis in idem", es decir, sin que sea juzgado varias veces por la misma conducta. Esto tiene su explicación en las diferentes jurisdicciones que evalúan su actuar y que obligatoriamente deben investigar y decidir sobre la misma.

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

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

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

Una vez analizado el informe del Magistrado Instructor, la sala plena del tribunal deberá tomar una de las siguientes decisiones:

a) Declarar que no existe mérito para abrir investigación formal por violación de la ética médica en contra del profesional acusado. Es decir, proferir una resolución inhibitoria respecto de abrir proceso.
b) Declarar que existe mérito para investigar formalmente por violación de la ética médica, caso en el cual, por escrito, se le hará saber así al profesional inculpado, señalando claramente los actos que se le imputan y fijando fecha y hora para que el tribunal lo indague.

En caso de resolución inhibitoria, el denunciante puede apelar la decisión. Y solamente puede hacerlo aquí, pues es su última actuación como quejoso.

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:

a) Abrir pliego de cargos, que equivale a una resolución de acusación
b) Declarar cesación de procedimiento por no considerar que se violó la norma ética

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 preclusoria, 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

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

En caso de sentencia absolutoria o condenatoria, esta tampoco puede ser apelada por el denunciante. Es decir, la Ley considera que no tiene legitimidad para actuar dentro del proceso.

En varias sentencias de este Tribunal Nacional, como la 08-2003, con ponencia del Magistrado Fernando Guzmán se dijo:

"...De manera reiterada ha sostenido esta Corporación que al igual que sucede en el proceso penal, el denunciante solo tiene facultad para apelar el auto inhibitorio , porque una vez es abierto el proceso penal o el disciplinario en nuestro caso, el denunciante deja de ser parte y al no ser sujeto procesal es obvio que no puede participar dentro del proceso y mucho menos interponer recursos..."

INEXISTENCIA PROCESAL EN EL PRESENTE CASO

Ante la recusación de la quejosa en el numeral primero de su escrito impugnatorio, obra una prueba en apariencia contundente al respecto: la solicitud de impedimento por parte del magistrado Hugo Vivas Ramos, declarando que, efectivamente, es cuñado del médico disciplinado. Adicionalmente, el auto de aceptación del impedimento por parte de ese Tribunal Seccional, obrante a folios 44 vuelto y 45 recto del cuaderno único.
Sin embargo, se encuentra que, a pesar de haber manifestado este impedimento y de haber sido aceptado por esa colegiatura disciplinaria, se encuentra en el folio 54 recto una seria irregularidad procesal, conformada por dos exabruptos jurídicos:

1- La firma de la providencia por parte del Magistrado Víctor Hugo Vivas, previamente impedido.
2- la firma de tres de los magistrados presentes en la sesión que declara la preclusión de la investigación, uno de los cuales (como se ha visto) impedido, con lo cual la validez de una de las tres firmas no es legal, quedando esa providencia firmada por solamente dos magistrados, lo cual la convierte en inexistente para el Derecho Disciplinario.

Debe recordarse que existen varias sanciones del negocio jurídico a nivel procesal, cuando no cumple con los requisitos exigidos por la ley procesal vigente. Esto tiene su origen en el articulo 89 de la Ley 153/1.887.

La primera sanción es la INEFICACIA. Es el desconocimiento de efectos de un acto procesal. Pero el acto existe, solo que la ley dice que no produce efecto alguno

La INEXISTENCIA no es sanción sino consideración sobre la cualidad propia del acto que es inexistente por la falta de requisito formal. Por lo tanto se considera que el acto procesal no nació a la vida jurídica.

NULIDAD. El acto nace a la vida jurídica pero se encuentra viciado. Toda nulidad debe ser declarada judicialmente.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal
Magistrado Ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas

Fecha: Septiembre 23 de 1992
No. de Rad.: 6821-92
...

Con respecto a la inexistencia se debe recordar que es la mayor sanción procesal prevista por el legislador; sin embargo ahora, conforme a las previsiones del artículo 161 de la nueva codificación procesal, ella solo se dará cuando se realice una actividad judicial con la intervención del procesado y sin la de su defensor.

Por otra parte, ha de tenerse presente que las firmas en las actas que contienen el relato de lo sucedido en una determinada actividad jurisdiccional tiene como finalidad que los funcionarios den fe de lo ocurrido, que los otros intervinientes patenticen su conformidad o inconformidad con lo descrito en relación con la realidad histórica, dejando las respectivas constancias, en caso de que ésta no coincida total o parcialmente con el texto; o si se trata de aspectos más trascendentes, buscar otro tipo de soluciones legales..”

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES

Dice el Profesor Edgar Saavedra Rojas en el libro Responsabilidad Ética Médica Disciplinaria (Guzmán, Franco, Saavedra). Dike 2006 pag. 2213.

El impedimento parte del funcionario judicial, que manifiesta o expresa que se debe retirar o mejor, que no debe seguir conociendo de un proceso determinado , porque está incurso en una causal de recusación.

La recusación proviene de la parte que se considera afectada por estar el funcionario judicial dentro de una de las causales de la misma.

Por qué se puede considerar una parte afectada? Debe distinguirse los extremos de la relación procesal: Demandante y demandado.
Es posible que el demandado esté interesado en reemplazar al funcionario judicial porque este está entre las causales de impedimento. De igual manera el demandante.

La imparcialidad es otra de las virtudes garantizadoras para bien de los ciudadanos y de la justicia que deben acompañar la figura y la función

del juez natural, porque en la realización de esa función divina que es la administración de justicia el juez debe llegar al proceso ajeno a cualquier otro interés que no sea el de administrar justicia de conformidad a la realidad constitucional y legal vigente, a su recto criterio jurídico, a la realidad probatoria que haya sido allegada al proceso; dirigido todo ello de manera necesaria a realizar el derecho material (C. N., art. 228 y C. de P. P., art. 9') y con él, la obtención de la equidad y la justicia.

La competencia como uno de los atributos del juez natural aparece expresa- mente consagrada en el art. 29 de la Carta; la independencia judicial se consagra igualmente de manera expresa en los arts.. 228 y 230 de la Constitución; pero no sucede igual con la imparcialidad, la que solo aparece tácita, y debe ser deducida del contenido del art. 13 de la Carta cuando dice: "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación, por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica".

Es obvio que si existe un mandato de carácter general para todas las autoridades que constituyen el Estado de dar un trato igual a todos los ciudadanos y se les prohíbe cualquier tipo de discriminación contra ellos, dentro de tal mandato están incluidos los jueces y, en su labor de administrar justicia, ello significa actuar imparcialmente en todas las partes procesales.

Porque el juez no puede tener en el ejercicio de sus funciones, intereses diversos a los de la justicia y si como consecuencia de la precaria y contradicha condición humana le surgieran motivaciones de cualquier naturaleza que le hagan temer por su propia imparcialidad debe abstenerse de tomar la decisión y separarse del conocimiento de ese proceso, ello incluso cuando es objeto de amenazas contra su vida y cuando el amedrentamiento ha conseguido los objetivos buscados por los delincuentes.

Dentro de la difícil situación de la amenaza física contra el juez o contra los miembros de su familia es obvio, que no podría acudirse al instrumento de los impedimentos, pero respetando la situación de miedo en que se puede encontrar un ser humano, lo recomendable sería la renuncia al ejercicio del cargo, pero jamás acceder ante las amenazas, para administrar una justicia que no corresponde a los mandatos ni de la Constitución ni de la

ley y como es apenas obvio a los intereses generales de la justicia siempre representada en la equidad.

Esta trascendental virtud de la judicatura queda perfectamente representada en la significación que al calificativo da el Diccionario de la Lengua al decir que imparcial es el "que juzga o procede con imparcialidad. Que no se adhiere a ningún partido o no entra en ninguna parcialidad" o lo que nos dice de imparcialidad, en este caso referida a la decisión del juez: "Falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de personas o cosas, de que resulta poderse juzgar o proceder con rectitud", porque en referencia a la justicia se debe fallar imparcialmente, esto es: "Sin parcialidad, sin prevención por una ni otra parte".

La Constitución mas sabia, el mas perfecto ordenamiento procesal, la mejor concepción de lo que debe entenderse por debido proceso, se convierten en inútiles instrumentos para la obtención de la Justicia, ante un juez parcializado cualquiera que sea la motivación que lo lleve a tomar decisiones por fuera de las previsiones constitucionales o legales.

La imparcialidad como requisito indispensable de la concepción del juez natural debe mirarse dentro de una doble perspectiva: a) la situación subjetiva del juez que puede sentirse en incapacidad de administrar justicia de manera imparcial porque recae alguna de aquellas circunstancias que pueden colocarlo en posibilidad de decidir de conformidad a los intereses que sobre él confluyen, antes que de conformidad con la ley y con el acerbo probatorio existente y b) la situación social de credibilidad del medio en relación con una correcta administración de justicia y que nos haría recordar el viejo proverbio popular según el cual, no solo hay que ser la mujer del César, sino que debe parecerlo, y que significa que no solo el juez debe ser imparcial, sino que sus comportamientos oficiales deben brindar la suficiente objetividad en cuanto a su imparcialidad, que el medio comunitario crea en la justicia que administra.

Lo anterior, porque es posible que se puedan dar muchos casos en los cuales el juez se pueda sentir en plena capacidad emocional para administrar justicia como se lo demanda la Constitución y la ley, pero que por la existencia objetiva de ciertas circunstancias impeditivas, en caso de que prosiga con el conocimiento del proceso, lo más probable es que la comunidad rechace ese fallo por considerarlo fruto de los intereses particulares del juez y no de los del Estado y de la sociedad.

Podría ser para efectos de ejemplificar, la situación de dos hermanos gemelos que separados a tempranas horas de su nacimiento se conocen como parientes cuando el uno asume la posición del juez y el otro la de sindicado. Es claro que en tales circunstancias al no haberse conocido jamás no exista entre los dos ningún tipo de afecto, ni de expresiones fraternas y que el hermano juez pudiese considerarse en capacidad para administrar justicia imparcialmente; pero creemos que el medio social no estaría tranquilo respecto a la calidad de justicia que en ese caso se fuese a impartir, porque siempre existirá el temor de que la relación parental incline la balanza de la justicia de manera ilegal y anormal.

Los impedimentos en tales circunstancias tienen una doble finalidad, de un lado la de garantizar la seguridad subjetiva del funcionario de poderse retirar del conocimiento de un proceso cuando considere que no se está en capacidad de administrar justicia imparcialmente, y de otro lado, la seguridad que debe tener el medio social de que sus jueces actúan correctamente y por eso se les brinda credibilidad social.

Es importante recordar algunas decisiones jurisprudenciales que si bien es cierto están directamente relacionadas con el cambio de radicación, tienen importancia para lo que aquí se comenta, y son aquellos casos donde al estar involucrados magistrados de tribunal o sus parientes más cercanos en calidad de víctimas o de sindicados, la Corte Suprema ha determinado el cambio de radicación, porque se ha considerado que los jueces que deben fallar esos procesos - al ser dependientes de los magistrados de tribunal- si bien no concurre en ellos ninguna causal de impedimento, y es factible que en muchos existiera la suficiente ponderación y carácter para fallarlos de manera imparcial, se ha considerado prudente cambiar la radicación a dichos procesos para que sean fallados por otros jueces en los que no exista la situación de dependencia jerárquica que se da en el sitio donde los hechos han tenido ocurrencia.

En este tipo de casos el cambio de radicación se hace fundamentalmente para garantizar esa imparcialidad o credibilidad social que hemos venido mencionando, para darle seguridad a la comunidad que sus jueces actúan de manera correcta y es claro que la intranquilidad surgiría si en el medio social se supiese que el juez que se encuentra en situación de dependencia jerárquica debe fallar un proceso en el que por cualquier motivo tienen intereses sus superiores.

En busca de la necesaria imparcialidad de la judicatura, el código ha sido pródigo en la reglamentación de esta norma rectora al haber establecido de manera minuciosa y precisa, las causases de impedimento y recusación (C. de P. P., arts. 103 y s.s. Modificado por la ley 81 de 1993, art. 15), que permiten a los funcionarios y personas comprometidas en administrar justicia de separarse del conocimiento de un proceso determinado cuando adviertan que existe alguna de las causases expresamente consagradas en el art. 103 antes mencionado; o la posibilidad para las partes de separar del conocimiento de un proceso a un funcionario determinado sobre el que existiendo causal de impedimento no lo hubiere declarado por medio de la recusación, cuando demostrada la existencia de la causal, obliga al retiro del funcionario del conocimiento del mismo.

Esta noble institución de los impedimentos y recusaciones no puede ser desconocida ni ignorada en ninguna circunstancia, porque de la misma manera que es indesconocible la importancia de la independencia de los jueces, la posibilidad de que nos encontremos con una decisión producida por un juez parcializado haría temblar la estructura de una verdadera democracia, porque ello significa la concreción de una injusticia y el no cumplimiento de los fines políticos últimos que justifican la existencia del Estado como tal.

Por lo anterior discrepamos y seguimos haciéndolo de la preceptiva procesal que reglamentó lo que inicialmente se conoció como jurisdicción de orden público y posteriormente como justicia regional; porque en esta estructura y como consecuencia de haberse concretado la institución conocida como los jueces sin rostro, se determinó que en este tipo de procesos no había lugar a la recusación de los funcionarios.

Porque como es apenas lógico mal se puede recusar a quien como funcionario es teóricamente desconocido por los sujetos procesales.

Utilizamos la expresión “teóricamente” porque la verdad es que para efectos de esta garantizadora virtud del juez natural es legalmente imposible pretender una recusación, pero para efectos de su seguridad - es la motivación política que justificó esta reprochable jurisdicción especial- es claro que el hecho de haberlos convertido en jueces sin rostro no les garantiza la inmunidad ante los temibles embates de la delincuencia organizada.

La norma inicial a que se hace referencia es el inciso segundo del numeral 1 del art. 5' del Decreto 099 de 1991 que disponía: "Durante el proceso no habrá lugar a formular recusación, pero los jueces y agentes del ministerio público deberán declararse impedidos cuando exista causal para el efecto"; disposición convertida en legislación permanente por lo dispuesto en el art. 4' del Decreto 2271 de 1991.

La clara voluntad de desconocer derechos constitucionales garantizados en la normativa internacional de los derechos humanos motivó que al referirnos a esa jurisdicción especial, que sigue siéndola así se la haya integrado a la ordinaria por disposición del actual código procesal, dijéramos:

> "Es la exaltación al desconocimiento de la juridicidad y el propiciamiento de la ley de la selva dentro del proceso penal, en la que como es costumbre saldrán perjudicados en sus derechos sustanciales las partes más débiles del proceso penal, esto es el procesado y los otros sujetos procesales, porque ellos sí estarán obligados al respeto de las formas propias del juicio, pero podrán verse enfrentados a jueces omnipotentes, que pueden decidir no notificar las providencias que son notificables, practicar pruebas a espaldas de los sindicados, esconderlas una vez realizadas, no motivar las decisiones, realizar diligencias con la intervención del sindicado, pero sin las del defensor, no designar defensor para quienes no lo tengan o para los ausentes, no declararse impedido cuando existan causases fundadas para ello, utilizar formas de interrogatorio prohibidas por la ley, aplicar la ley desfavorable, y todas las irregularidades y deslealtades reprochadas por el principio constitucional del debido proceso y no habrá lugar a declaratoria de nulidades.
>
> "Es la concreción de un proceso sin leyes que lo regulen, sin ritualidades ni formalidades de ninguna naturaleza, es la entronización de la omnímoda voluntad del Estado y de sus funcionarios. Es el ejercicio del ius puniendi, utilizando como instrumento de represión la norma procesal, sin que existan limitaciones para el Estado de ninguna naturaleza. Es la consagración del Estado represor limitado, es la refinación de las teorías de la seguridad nacional, en las que la eficiencia del proceso y sus resultados de condena son la únicas previsiones que admite la norma y la voluntad del legislador extraordinario.
>
> "Es el desconocimiento del principio de igualdad ante la ley, y del principio constitucional según el cual «las autoridades de la República están

instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes» (art. 16 de la C. N. de 1.886, hoy art. 123 de la actual). Es la consagración de la dictadura de los jueces, creados para combatir, investigar, juzgar y condenar a los enemigos de la Patria: terroristas, subversivos y narcotraficantes, sin que existan medios vedados para obtener las finalidades perseguidas de SEGURIDAD NACIONAL"

Las causales de impedimento y recusación son circunstancias que se pueden agrupar en cuatro grandes bloques a saber: a) de tipo parental; b) Circunstancias económicas; c) circunstancias profesionales, y d) circunstancias sentimentales o efectivas, o por haber incurrido el funcionario judicial en mora en el trámite del proceso que se encuentre a su conocimiento, que evidentemente afectan, o pueden afectar la imparcialidad del funcionario en el momento de tomar la decisión y que le permiten separarse del conocimiento del proceso por la propia manifestación de la existencia de la causal, o la posibilidad para las partes mediante la recusación de hacerlo separar del conocimiento del mismo, cuando existiendo la causal, no la hubiere manifestado.

La causal de impedimento y recusación por mora puede tener una doble vertiente, porque es claro que un funcionario de manera intencional y malévola puede incurrir en una mora con el objetivo de perjudicar a alguna de las partes o para beneficiar a otra, y es la verdad una de las formas en que de peor manera se le puede ocasionar perjuicio a un sujeto procesal, porque basta que no adelante el proceso o no tome una decisión, para que no tenga ninguna posibilidad de sacar avantes sus pretensiones procesales, porque es evidente que en ocasiones se preferiría que se le resuelva en contra pero dentro de los términos, porque ante una decisión adversa se tiene siempre la posibilidad de interponer los recursos y de corregir una parcializada justicia en la segunda instancia; la otra posibilidad es que por tratarse de un funcionario negligente y descuidado no tramita el proceso o no decide, pero igualmente le ocasiona un grave perjuicio a las partes que no pueden realizar ninguna otra actividad procesal, ni pueden acudir a la solución de los recursos, puesto que nada tienen para recurrir. El problema es igual, porque similar es el perjuicio, que el funcionario incurra en mora por una actitud intencional de ocasionar daño, o que lo haga por simple negligencia porque en definitiva la parte que se perjudica con la mora sufre los mismos perjuicios.

En esta variante de los impedimentos, cuando el comportamiento moroso surge de la negligencia, es claro que no existe por parte del funcionario una actitud parcializada en contra de uno o de los sujetos procesales, sino que como se precisó antecedentemente, el perjuicio para las partes es igual que si fuera una actitud intencional. En este tipo de casos surge entonces para las partes el poder recusar al injustificadamente moroso funcionario judicial.

Las causases de impedimento y recusación son doce de acuerdo a la trascripción que se hizo con anterioridad, pero los motivos que el legislador ha considerado que pueden afectar la necesaria imparcialidad del juez son solo siete a saber: 1) La existencia de un interés de cualquier naturaleza; 2) La presencia de intereses de carácter económico; 3) La existencia de vínculos de parentesco 4) La existencia de intereses de tipo profesional e institucional; 5) El concurrir circunstancias de tipo afectivo o sentimental; 6) El haber incurrido en mora en el trámite, o fallo del proceso de que conoce; 7) El hecho de haber sido denunciado penal o disciplinariamente.

Es causal de impedimento y recusación por la existencia de parentesco la que aparece en el num. 3, circunstancia impeditiva que cobija tanto al funcionario judicial, como a cualquiera de los parientes que allí se enuncian, porque en otros motivos de separación del conocimiento del proceso como son el interés (num. l); los de carácter económico (nums. 2, 8, y g); y los de carácter profesional (num. 6); involucran igualmente al funcionario, y a los parientes enumerados en el numeral tercero cuando el interés, las circunstancias de tipo económico o profesional recaen sobre cualquiera de los que integran la parentela allí enumerada.

Se trata de un impedimento extensivo a todas las formas de parentesco porque como es apenas obvio imaginar, de igual manera se puede afectar la imparcialidad del juez, si se encuentra personal y directamente involucrado dentro de la causal que obliga a la separación del conocimiento del proceso, que si lo está alguno de los parientes enumerados dentro de los grados de parentesco mencionados; porque desde el punto de vista subjetivo o social igual da que el interés surja directamente sobre la cabeza del juez, o lo sea sobre la esposa, compañera, padres, hijos, etc.

Las causales de impedimento se presentan cuando el funcionario judicial, su cónyuge o compañero permanente o algún pariente dentro del cuarto

grado de consanguinidad (hasta primos hermanos), o segundo de afinidad (hasta suegros, y cuñados) o primero civil, tengan interés en el proceso (num. 1');

Es apenas lógico, además que humanamente entendible que si el juez debe tramitar y fallar un proceso en el que tiene interés un pariente por cualquiera de los vínculos de parentesco reconocidos por la ley, que la persona que tiene la responsabilidad de tal dignidad pueda sentirse inclinado a favorecer los intereses de su parentela.

La existencia del impedimento se da por la sola presencia del parentesco, siempre y cuando sea conocido por el funcionario, como es obvio pensarlo, pero no se necesita que además del parentesco existan relación de amistad, convivencia, afecto o de trato, y en tales condiciones así fuera el caso de parientes que nunca se han tratado y que solo en ese momento se conocen, es claro que el impedimento existe y debe ser declarado.

La consagración del impedimento debe ser así, porque si se hicieran otras exigencias de cariño, trato, o amistad entre los parientes, podría prestarse para que los interesados en fallar procesos de la parentela, dijeran que a pesar de la existencia del nexo, no se declaraban impedidos, por considerar que podían hacerlo de manera imparcial porque por el no trato, o por la falta de una relación de amistad, o de cariño se trata de personas que eran consideradas como extrañas.

La existencia de los impedimentos, no es porque necesariamente se piense que el funcionario de manera intencional y directa va a querer favorecer a los parientes, sino porque el fallo puede ser parcializado de una manera inconsciente y bien se sabe que por los estudios que se han hecho del funcionamiento del cerebro y de determinados sentimientos, que pueden aflorar comportamientos impuestos por el inconsciente o el subconsciente.

Nuestra legislación de una época a esta parte finalmente ha venido reconociendo las relaciones de hecho, porque antiguamente por el claro influjo de la cultura católica y de la existencia de un familia monógama unida por el sacramento del matrimonio, la ley solo aludía a los parentescos surgidos de una relación matrimonio¡ y se desconocía olímpicamente las relaciones de concubinato- pero hoy la legislación con mejor criterio y razonabilidad acepta los vínculos de afecto, cariño y compañerismo que necesariamente

surgen entre quienes de manera permanente comparten una relación que concreta de manera regular la existencia de una familia que no se encuentra legalizada por el contrato de matrimonio, o por el sacramento cristiano; pero la verdad, es imposible concebir que entre dos personas que viven en tales circunstancias no pudieran surgir relaciones de afecto, amor e intereses compartidos que llevaran a uno de ellos si es juez a tratar de favorecer al otro de manera consciente o inconsciente como consecuencia de tal relación.

Se da igualmente la causal de impedimento, por circunstancias o intereses de tipo económico, cuando el funcionario judicial es acreedor o deudor de alguno de los sujetos procesales, o de su cónyuge o compañero permanente, o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil (num. 2), o cuando el funcionario o cualquiera de los parientes antes enumerados sea socio de cualquiera de los sujetos procesales en sociedad colectiva, de responsabilidad limitada, en comandita simple o de hecho (num. 8); o las mismas personas sean herederas o legatarias de alguno de los sujetos procesales (num. 9).

Se trata en realidad de tres diversas causales de impedimento que tienen un mismo motivo que puede hacer peligrar la imparcialidad del funcionario; son todos intereses de tipo económico, pero mirados desde diversas perspectivas, porque el primero, es por radicar la condición de deudor o acreedor entre el funcionario, sus parientes y cualquiera de las partes procesales; el segundo, por existir la calidad de socio entre los mismos; y la tercera por ser alguna de estas personas heredero o legatario de alguno de los sujetos procesales.

Por su natural diferencia es preciso que sean analizados de manera autónoma y el primero de los mencionados, es la existencia de la calidad de deudor o acreedor entre el funcionario y sus parientes y cualquiera de los sujetos procesales y es entendible que ello sea así, porque no puede descartarse que una de las partes siendo acreedor del funcionario judicial, o de cualquiera de los parientes enumerados en la norma, aprovechase tal circunstancia para presionarlo buscando una decisión determinada, haciéndole saber que va a exigir el cumplimiento del crédito insoluto o que prometa que en caso de una decisión favorable, el mismo no será cobrado.

Si el acreedor es el juez, o cualquiera de los parientes que legalmente hacen posible la existencia del impedimento, la separación del conocimiento del proceso de debe producir porque el funcionario o cualquiera de los sujetos procesales podrían aprovechar esa situación para buscar mejores condiciones para su crédito, bien sea modificando el cuantum de los intereses, o buscando un mejoramiento en las condiciones de pago, o del plazo del crédito, siendo posible que la parte procesal obligada aceptase tal modificación del contrato, con el propósito de obtener ventajas en la decisión judicial.

Jurisprudencialmente se ha determinado que se debe tratar de obligaciones económicas celebradas entre personas naturales, o entre una de estas y sociedades comerciales de carácter personal, es decir de aquellas que se forman en virtud de vínculos de amistad, trato o similares, porque al personalizarse la relación económica pueden tratar de sacar ventajas de tipo procesal con la decisión que se debe tomar.

En las mismas condiciones se ha establecido que si se trata de una obligación económica con una sociedad, de aquellas que se forman sin tener en consideración la persona de los socios que la van a conformar, como es el caso de las sociedades anónimas, no se concreta la existencia del impedimento, porque se ha establecido que con este tipo de sociedades, precisamente por su especial configuración se formalizan relaciones económicas impersonales, que no darían lugar para que se pudiesen concretar las hipótesis planteadas con anterioridad en casos similares".

La segunda circunstancia impeditiva por situaciones de tipo económico como ya se dijo es existir la calidad de socio entre el funcionario y sus parientes y alguno de los sujetos procesales (num. 8); para efectos de tipificar esta causal de impedimento y recusación el legislador enumera las compañías que generarían el motivo de separación del conocimiento del proceso por darse la calidad de socio y ellas son sociedades colectivas, de responsabilidad limitada, en comandita simple y de hecho, porque el ánimo societario surge en esta clase de compañías como consecuencia de una determinada relación de amistad, parentesco, de conocimiento personal, o de simple trato; al contrario de lo que sucedería con otras sociedades donde el ánimo de asociarse es simplemente económico, es decir que no juegan en ese propósito la calidad o conocimiento que se tenga de las otras personas que van a conformar la sociedad en calidad de socios.

La otra causal por motivaciones económicas es ser el funcionario judicial o sus parientes, heredero o legatario, de alguna e as partes.

Es claramente entendible la razón de ser de este impedimento y se da cuando se trata de testamentos abiertos, o que siendo cerrados se ha hecho pública la calidad de heredero o legatario, porque como bien se sabe, el testamento puede ser modificado cuantas veces lo quiera el interesado y que igualmente existen causases legalmente previstas que pueden generar un desheredamiento de quien teniendo vocación legal de heredero la pierde por incurrir en alguna de las causases previstas en el art. 1266 del C. C., o porque sin llegarse a esos extremos, al existir una cuarta parte del patrimonio de la que el testador puede disponer a su arbitrio, de conformidad con las previsiones del art. 23 de la Ley 45 de 1936 y la libertad que tiene el testador dentro de determinados límites de hacer legados; son razones más que suficientes para que se haya consagrado la causal, y para entender la razón de ser de la misma, porque es obvio que el funcionario judicial para no desagradar a quien lo beneficia testamentariamente estaría inclinado por su parte a corresponderle con sus decisiones, o el testador aprovechar tal circunstancia para presionar al heredero o legatario para obtener un determinado fallo.

La tercera causal de impedimento es que el funcionario judicial, su cónyuge, o compañero permanente sean parientes del apoderado o defensor, de alguno de los sujetos procesales.

A primera vista y por la forma de redacción de este numeral parecería que la causal de impedimento solo existe por parentesco con los apoderados de las partes y no con estas propiamente, pero debe recordarse que si se da esta relación es obvio que la causal de impedimento no sería por este numeral donde no se prevé esta hipótesis, sino por la causal prevista en el numeral primero, esto es por tener el funcionario, o uno de sus parientes cualquier interés en el proceso.

Es obvio y natural que por la existencia de tales vínculos de parentesco entre el funcionario o sus familiares, con alguno de los apoderados de las partes surgiera en el ánimo del primero, la posibilidad de ayudar a quien participa en representación de una de las partes con la que está vinculado por nexos de familiaridad, o esa parte, de esgrimir tal circunstancia de parentesco para obtener ventajas o beneficios de cualquier tipo.

Son causales de impedimento y recusación por intereses de tipo profesional las que aparecen consagradas en los nums. 1, 3, 4, 6, 11, y 12, cuando el interés que se pueda tener en el proceso sea por razón de estar de por medio el prestigio, el criterio, la opinión o el orgullo personal del funcionario que ha dado su opinión o que está dispuesto a darla: 1) por ser alguno de los parientes apoderado o defensor de cualquiera de los sujetos procesales (num. 3.); o hayan sido apoderados de alguna de la partes, o contraparte de cualquiera de ellos, o hubiere dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso (num. 4); o hubieren dictado la providencia de cuya revisión se trata, o hubiere participado dentro del proceso, o fuere pariente del inferior que dictó la providencia que se va a revisar (num. 6), o que el juez haya actuado como fiscal; o que este haya participado en la audiencia especial, cuando no se hayan puesto de acuerdo, o que el mismo hubiere sido rechazado.

En la primera causal de impedimento está la de tener interés y este término de carácter genérico y abstracto, es obvio que puede tener relación con situaciones de carácter profesional, porque es natural y entendible que si por parte del funcionario, o de alguno de sus parientes más cercanos, existe un interés en el proceso bien sea por provecho puramente ideológico, o por los resultados económicos que del caso puedan surgir, o por el antecedente jurisprudencias del caso, es claro que se estará en presencia de la causal de impedimento prevista en el numeral primero, porque ese tipo de interés pondría en peligro la estabilidad emocional del funcionario y por tanto de su imparcialidad.

En el numeral tercero, se establece como causal de impedimento que el funcionario o alguno de sus parientes, esté vinculado por nexos de consanguinidad, afinidad o nexo legal, con alguna de las partes en el proceso.

Se considera como un antitecnicismo que se haga alusión al “apoderado o defensor” porque mencionando al primero se incluía a todas las otras partes procesales y de manera lógica sobraba la mención al segundo.

Es natural que por muy diversas razones dentro de un proceso penal, que si una de las partes involucradas es pariente del funcionario o de alguno de sus allegados, pueda existir la posibilidad que se incline a favorecerlo. El hombre en su que hacer cotidiano se expresa existencialmente creando cosas, objetos, organizaciones de cualquier tipo, abstracciones artísticas,

literarias y en general todas las realizaciones que son comunes al ser humano, que las produce en la medida de su propia cultura o tecnología, pero en cualquiera de los niveles de la normal actividad del ser humano, este expresa su personalidad en la actividad que realiza y es por ello que el campesino aprecia las legumbres que ha sembrado y el arquitecto el edificio que diseñó, o el artista la obra que concibió y dentro de las perspectiva de la personalidad del juez, es obvio que este no escapa a la condición de todo creador y es por ello, que por ese prurito, o por los intereses profesionales que de allí se puedan sobrevenir, tenga interés en emitir un fallo por fuera de los lineamientos legales, porque en su propia subjetividad se siente convencido que el antecedente que el mismo produjo es correcto y que por tanto la decisión posterior debe estar de conformidad con el antecedente estudiado.

En el numeral sexto, aparecen en realidad diversas circunstancias de impedimento a saber:

a) Que el funcionario haya dictado la providencia que es revisada en segunda instancia, o en alguno de los recursos extraordinarios.

b) Que haya participado en el proceso.

c) Que el funcionario sea cónyuge o compañero permanente, pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, del inferior que dictó la providencia que es motivo de revisión.

La primera por las razones dadas en antecedencia, es apenas lógico pensarlo, que de manera natural no existiría interés de un ser humano normal, de contradecirse y revocar en una instancia superior de lo que él mismo hizo en la inferior.

La participación en el proceso consideramos que puede ser de cualquier naturaleza, máxime ahora que se pretende supuestamente implementar un sistema, en nuestro criterio dudosamente parecido al acusatorio, porque es obvio que dentro de la naturaleza democrática que caracteriza al mismo, es impensable que quien de cualquier manera participó en la investigación, pueda de hecho participar en el juzgamiento porque es factible que sus decisiones en el juicio estén prejuiciadas por lo que hizo en la instrucción, o en la acusación.

Es de la esencia democrática del sistema acusatorio que quienes participan en la investigación o en la acusación, quedan relevados de tomar parte en el juicio, porque humanamente se piensa, que la persona está predispuesta en el juicio a concluir de conformidad con lo que hizo en la investigación.

Establecido el sistema, no creemos que puedan crearse diferencias respecto a los procesos que se iniciaron y tramitaron en vigencia de la anterior Carta Política, sino que consideramos que al dictarse el fallo definitivo en vigencia de la actual Constitución, es apenas lógico concluir que la legalidad debe plantearse es en su conformidad con las directrices políticas ahora establecidas, y que si de acuerdo con la normatividad anterior se ejecutó algún acto procesal que ahora contraviene la nueva realidad constitucional, es necesario concluir en su contradicción con la Carta Política, sin que se pueda decir, en nuestro criterio, que por haberse realizado parte de la actuación en vigencia de la anterior Constitución ella es válida, así contravenga de manera evidente los nuevos postulados políticos, porque como se dijo en la hipótesis que se plantea como discutible, el fallo al producirse en vigencia de la actual Constitución todo su trámite debe someterse a la nueva preceptiva política, y es ello es obvio concluirlo, que hacemos relación a los trámites y decisiones que tengan que ver con los derechos fundamentales, porque las actuaciones relacionadas con la competencia, o mera ritualidad son indiferentes que hayan sido realizados con el anterior o con el nuevo ordenamiento.

Dentro de la naturaleza intemporal de la Carta y de los Derechos Humanos, es lógico pensar que necesariamente la sentencia de un proceso, deba corresponder al concepto del debido proceso inserto en la Constitución vigente en el momento que se dicta, y que el juicio de legalidad que la Corte realiza en el recurso extraordinario de casación, debe ser emitido con los postulados superiores vigentes en el momento en que se realiza el mismo.

En este sentido tuvimos la oportunidad de discrepar de la decisión mayoritaria, cuando consideramos que existía causal de impedimento de parte de los funcionarios que por haber participado en la resolución de acusación, no se encontraban en situación de imparcialidad para dictar sentencia de responsabilidad.

La verdad es que el sistema anterior constituía una verdadera aberración, porque difícilmente el funcionario que había formulado la acusación esta-

ba en capacidad de cambiar su criterio y por eso de manera regular la sentencia se convertía en un auto de proceder encomillado, con un muy breve comentario sobre la intervención de las partes en la audiencia y lamentablemente también, unas muy pocas consideraciones sobre la penalidad a imponer. La experiencia nos demostró que las sentencias se limitaban a transcribir los resultados y considerandos que el mismo funcionario había formulado en el auto de proceder, para luego con frases de cliset afirmar que no le asistía la razón a los muy importantes razonamientos formulados por las partes procesales y proceder de manera inmediata a dictar sentencia, con las mismas consideraciones que como se dijo antes había formulado en el calificatorio.

Establecida entonces esta realidad, por la existencia del sistema acusatorio o su remedo, era absolutamente indispensable que en todas las sentencias que tuvieran su ejecutoria en vigencia de la nueva estructura constitucional y legal, que se estableciera su control de legalidad de conformidad con la nueva realidad normativa.

Es evidente la dificultad del ser humano de sustraerse de los criterios que con anterioridad ha asumido y en tales circunstancias que quien actuó como instructor o acusador en la Fiscalía, pueda cambiar sus conceptos para actuar con imparcialidad, y por ello nos parece razonable que el funcionario que anticipó su criterio, tiene que declararse impedido en el juicio, porque no ofrece garantías de imparcialidad, pues dentro de la cotidianidad del ser humano está el reiterarse en los ideas que expresó con anterioridad.

Igualmente por comportamientos humanos perfectamente comprensibles se explica que si el funcionario, o cualquiera de sus allegados dentro de los límites que establece la norma, si es pariente de quien dictó la providencia que se revisa, pueda surgir humano interés por coincidir con la opinión del funcionario de quien dictó la providencia que se revisa.

Son causases de impedimento y recusación por motivos sentimentales las que aparecen consagradas en el numeral 5, por la existencia de amistad íntima o enemistad grave; y en el 10, por haber el funcionario estado vinculado a un proceso penal o disciplinario por denuncia formulada antes de que se inicie la investigación sumaria, formulada por alguno de los sujetos procesales, o cuando lo haya sido después de iniciado el sumario, siempre y cuando el funcionario sea vinculado jurídicamente en calidad de sindicado.

Los aspectos emotivos, sentimentales y efectivos son trascendentales en la vida de todo ser humano y es por ello que apenas de una manera lógica el legislador prevea que cuando exista una causal de esta naturaleza que pueda perturbar el ánimo imparcial del juzgador este se pueda separar del conocimiento del proceso, porque la amistad íntima y la enemistad grave son sentimientos muy profundos en la existencia del ser humano y ellos pueden ser determinantes para que un juez, siempre correcto en sus actuaciones, pueda inclinarse ilegalmente en favor, o en contra de alguna de las partes por la existencia de tal tipo de sentimientos.

La situación no es diversa en el caso de la denuncia por presuntas infracciones disciplinarias o delictivas, no porque de tal hecho suda un sentimiento de enemistad de manera inmediata, pero sí es posible que surja, o que aún sin que se presente, en la persona involucrada como es apenas natural imperen sentimientos de resquemor, de malestar o incluso de retaliación.

Consideramos como un verdadero acierto del legislador que se haya establecido como condición, que a la denuncia se siga la apertura de investigación y la vinculación procesal subsiguiente del funcionario, y no como fue inicialmente previsto por el Código de Procedimiento Civil, en el que bastaba la mera denuncia para que surgiera la causal de impedimento, y que ha servido para que muchos abogados deshonestos cuando querían quitarle el conocimiento de un proceso a un juez que por diversas circunstancias no les convenía, instauraban cualquier tipo de denuncia y con la copia de la misma solicitaban la declaratoria del impedimento.

Es por ello mucho más acertada la concepción del código procesal penal, porque para que surja la causal de impedimento es necesario que además de la denuncia, se abra el proceso penal o disciplinario y que el funcionario sea legalmente vinculado al mismo y de esta manera se evitan los abusos que con anterioridad se comentaron y además porque dentro del reaccionar humano, es natural que el funcionario que se ve vinculado procesalmente como consecuencia de una denuncia pudiera haber perdido la tranquilidad de ánimo y la serenidad necesaria para poder fallar el proceso en que tiene interés su denunciante con la debida imparcialidad.

Es causal de impedimento y recusación el haber incurrido en mora injustificada en la tramitación del proceso, de conformidad a lo previsto en el numeral 7.

Es una justa consagración, porque en un momento determinado se puede ocasionar más daño a las partes no decidiendo un determinado proceso que haciéndolo, porque ante la inactividad nada se puede hacer, mientras que si se produce un fallo contrario a los intereses de una de las partes tiene los recursos y con ellos la posibilidad de corregir los errores o equivocaciones en que se hubiera podido incurrir por parte dé la primera instancia.

Debe tratarse de mora injustificada, porque es evidente que los términos procesales han sido concebidos sobre la base de un proceso, y lamentablemente corno sucede en la realidad los funcionarios judiciales en ocasiones tienen volúmenes de expedientes superiores a los que se pueden evacuar normalmente, o se trata de procesos particularmente complejos y voluminosos en los que los términos normales para calificación y sentencia, son insuficientes precisamente por el tamaño excesivo de un proceso, o por su complejidad.

El plazo prudente para tomarse una determinación en un proceso, debe ser en principio dentro de los términos legalmente señalados, pero como bien lo hemos mencionado en antecedencia, en muchas ocasiones por el excesivo número de procesos a estudio de un juez, o por el volumen o complejidad de uno de ellos, es que la razonabilidad del fallo se debe mirar en relación con esa particular circunstancia o específica referencia a ese proceso en concreto.

En tratándose de la administración de justicia los términos no pueden ser perentorios porque, por las diversas hipótesis analizadas, hay casos en los que humanamente es imposible el cumplimiento de ellos.

Si la demora es por un proceso muy voluminoso y complejo, o porque simultáneamente tiene a su conocimiento muchos procesos, la mora será justificada, y no habrá lugar a pensar ni en sanciones disciplinarias y mucho menos en las penales

Todas las causases, excepto esta, son susceptibles de presentarse por parte del funcionario como causal de impedimento, o las partes esgrimirlas como causal de separación del conocimiento del proceso por recusación, pero como es apenas explicable esta se utiliza única y exclusivamente como causal de recusación, porque entendible es, que ningún funcionario motu propio se va a separar del conocimiento de un proceso manifestando que se encuentra en relación con él en situación de mora injustificada.

Debe mencionarse que la causal consagrada en el numeral 1, impedimento por tener interés en el proceso, viene a ser una causal de contenido residual, es decir que todos los motivos que expresa y claramente no queden incluidas en las otras nueve causases, pueden ser comprendidas dentro de este numeral y el interés que se pueda tener en el resultado del proceso puede ser de cualquier naturaleza, lo importante es que sea de tal entidad que pueda afectar la necesaria imparcialidad del funcionario judicial.

Como se ve, el legislador reglamentó de manera minuciosa las causases de impedimento y recusación y de esta manera garantizó por los menos desde la perspectiva teórica la imparcialidad a que están obligados los funcionarios que administran justicia.

Finalmente debe agregarse que las causases de impedimento y recusación son aplicables a los jueces, conjueces, fiscales, agentes del Ministerio Público, a los miembros del cuerpo técnico de policía judicial, a los empleados de los despachos judiciales, y de las fiscalías, a los funcionarios que ejerzan funciones transitorias de policía judicial y a los personemos municipales, e igualmente los peritos.

No son mencionados los traductores, pero igualmente creemos que las causales de impedimento estudiadas son aplicables a ellos, porque es claro que un traductor parcializado puede cambiar totalmente el sentido de un documento o de un testimonio, de tal manera que favorezca o perjudique a alguna de las partes procesales.

La imparcialidad como atributo del juez natural se destaca en el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos al establecerse: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

Norma que se repite de manera similar en el Pacto Internacional al disponerse en el art. 14.1 “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil ...”.

Idéntica fórmula es utilizada en el art. 8. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por lo anterior también están impedidos los magistrados firmantes, no inhabilitados previamente, para participar en el proceso que se debe iniciar de nuevo por concepto de prejudicialiadad ya establecido y rubricado.

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

RESUELVA

Artículo Primero - Declarar la inexistencia del acto procesal preclusorio fechado el 7 de febrero de 2007, por falta de requisitos formales para la producción de efectos jurídicos. **Artículo Segundo** - Declarar la nulidad del proceso a partir del mencionado acto que ocasiona la inexistencia. **Artículo Tercero** - Remitir el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

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

Bogotá, Agosto treinta y uno (31) del año dos mil diez (2010)

SALA PLENA SESIÓN No.1056 DEL TREINTA Y UNO (31) DE AGOSTO DEL AÑO DOS MIL DIEZ (2010)

REF: Proceso 599 del Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca
Contra: Dr J.A.S.M.
Denunciante: Dr. J.E.E.Z.
Asunto: Recurso de apelación

Magistrado ponente: Fernando Guzmán Mora
Providencia No. 79-2010

VISTOS

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca, en sesión de sala plena de abril 10 de 2010, resolvió no aceptar los descargos por parte del médico J.A.S.M. identificado con CC N …. y le impuso sanción de Censura escrita y pública.

El abogado defensor del médico disciplinado interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia mencionada. El recurso, interpretado por el tribunal seccional como de reposición y en subsidio apelación, fue negado en el aspecto de reposición por la sala plena de ese tribunal seccional el 18 de mayo de 2010 y ordenó dar trámite al recurso de apelación.

El expediente que contiene el proceso de cuatro cuadernos de 473, 324, 191 y 176 folios respectivamente, llegó al Tribunal Nacional de Ética Médica el 31 de mayo de 2010 y, puesto para reparto correspondió por sorteo al Magistrado Fernando Guzmán Mora, quien procede a resolver el recurso con base en los siguientes:

HECHOS

El doctor J.E.Z., por medio de apoderado, coloca denuncia ante el Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca en contra del doctor J.A.S.M., por hechos que son resumidos en la siguiente forma:

1- Trato injurioso y descortés del médico acusado para con el médico denunciante, quien además de ser su colega y socio, ha sido profesor del disciplinado.

Menciona que en varios oficios dirigidos a la entidad en donde ambos laboran lo acusa de irresponsable por no cumplir el horario asignado y se refiere a él como pedante, jactancioso y prepotente. Lo acusa de incumplir pactos de caballeros por parte del encartad. Además, en carta dirigida al Decano de la Facultad de Ciencias de la Salud de la Universidad del Cauca, indica que el doctor E. siempre se colocaba como primer autor en cualquier trabajo de investigación que se llevara a cabo en el grupo de trabajo, lo que llevó a la renuncia del dr S. al grupo de investigaciones de la universidad

2- Mala atención a dos pacientes en Junio y en octubre de 2005, de nombre A.M. y A.J.V, quienes presentaron paro cardiaco en proceso de hemodiálisis, con consecuencias letales en uno de ellos.

3- Ausencia de cubrimiento por dos horas el 21 de diciembre de 2005, con lo cual incumplía compromisos contractuales adquiridos.

4- Desviación indebida de pacientes del sitio de trabajo, Hospital San José, a la entidad Fresenius ubicada en la Clínica La Estancia, para procedimientos de hemodiálisis.

El material probatorio entregado en el proceso de investigación incluyó notas en las historias clínicas de cinco pacientes, por parte del doctor S., remitidos a la entidad Fresenius para el procedimiento de diálisis.

El Magistrado Instructor presenta entonces su decisión de abrir pliego de cargos en contra del médico J.A.S.M., por violación de los artículos 15, 29, 44 y 45 de la Ley 23 de 1981. Estos se refieren al respeto entre colegas, la no desviación de pacientes hacia entidades con las cuales el médico tenga

vinculación económica y la no colocación de pacientes en riesgo injustificado.

A partir de la renuncia de otro de los nefrólogos del grupo por motivos de traslado a otra ciudad, se deteriora la relación entre los médicos S. y E., alrededor de unas decisiones respecto de unas acciones que se poseen en el grupo. En este momento el doctor S. comienza a agredir al Doctor E., tildándolo de pedante, pretencioso y jactancioso, como lo afirma uno de los pacientes renales, señor J.C.

De la misma forma, el médico encartado acusa al médico E. de irresponsable en el cumplimiento de sus deberes.

De otro lado el investigado admite la desviación de pacientes del Hospital San José a Fresenius, con lo cual obtenía un doble e indebido lucro.

El personal de enfermería coincide en acusar al doctor S. de atención inadecuada a los pacientes y de no contestar los llamados por el buscapersonas en casos urgentes.

La Sala Plena del Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca dicta pliego de cargos en contra del doctor J.A.S.M.. El defensor, abogado Fabián Andrés Ordóñez Tacue, presenta impugnación en contra de la decisión de pliego de cargos, la cual no es acogida por el tribunal seccional. Se rechaza además una solicitud de nulidad por supuesta violación al debido proceso El tribunal seccional resuelve entonces imponer sanción de Censura Escrita y Publica al doctor J. S., con salvamento de voto del Magistrado Ancizar Morales Blandon

EL RECURSO DE APELACIÓN

El doctor Fabián Andrés Ordóñez Tacue, abogado defensor del doctor J.A.S.M., interpone recurso de apelación por ante el Tribunal Nacional de Ética Médica. Los argumentos interpuestos para sustentar el recurso se pueden resumir de la siguiente forma:

1- El cargo por trato descortés por parte del médico Salazar hacia el médico E. no hace parte de la práctica médica, por tratarse de una situación de carácter netamente societario que solamente expresaba un disenso entre socios

A- El escrito que ha sido tenido en cuenta por parte del tribunal seccional tuvo efecto el 14 de noviembre de 2006, fecha para la cual el encartado ya había renunciado a su cargo en Nefrológicas San José y a su cargo en STR. Por ello no existían relaciones laborales ni de compañerismo entre los dos médicos objeto de la litis.
B- En ese escrito el acusado manifiesta su preocupación por la forma de manejo de la unidad renal STR del Cauca, por existir solo un médico nefrólogo contratado, la atención y toma de decisiones críticas por un médico general y las implicaciones legales que esto pudiera tener. Pero se trataba de una relación esencialmente comercial entre socios. Y el doctor S. seguía interviniendo en la entidad a la que había renunciado, por tener interés comercial de socio en la misma.
C- Menciona jurisprudencia constitucional que hace referencia a la limitación de las funciones por parte de los tribunales de ética médica a asuntos que se desarrollen exclusivamente en el marco del ejercicio médico.

2. No existió una mala atención médica por parte del encartado con la paciente A.J.V., quien fue atendida por el médico S.en tiempo oportuno y siguiendo las reglas de atención aceptadas para este tipo de situación

A- Existen contradicciones en el testimonio de la enfermera M.M. en relación con la atención de la paciente A.J.V.. En un escrito se refiere a demora en la atención de la situación urgente de la enferma y en otro hace referencia a la respuesta inmediata de los nefrólogos S y E.
B- El testimonio del enfermero C.D.T., que confirma la presencia y diligencia del doctor S., no fue tenido en cuenta como prueba por el tribunal seccional
C- La complicación presentada en la paciente en mención no fue provocada por el médic acusado, sino que es de diaria ocurrencia en las unidades renales. Además su atención y manejo fueron oportunos.

3. La remisión de pacientes del Hospital San José a Fresenius recibió un trato procesal indebido, puesto que se aplicó el articulo 44 de la Ley 23 de 1981, el cual no estaba llamada a regular el caso, por referirse a supuestos de hecho diferentes a los que son objeto del proceso. Esta remisión, además, se realizó en el marco de la ley y acorde al sistema de referencia y contrarreferencia de pacientes.

• El artículo 44 de la Ley 23 de 1981 se refiere a la prohibición de aprovechar la vinculación del médico con una institución para inducir a su paciente a que utilice sus servicios en el ejercicio privado de su profesión.
• Esto hace referencia a la remisión a la consulta privada del médico
• La remisión de pacientes a Fresenius no representaba un beneficio económico para el defendido, pues su vinculación contractual era de medio tiempo y por salario integral. No por cada paciente atendido. Además los pacientes remitidos pertenecían a una entidad con la cual Fresenius tenía contrato de prestación de servicios de diálisis.

4. Solicita decretar nulidad de lo actuado, por haberse alterado el debido proceso al aplicar el articulo 82 de la Ley 23 de 1981 y la integración indiscriminada de las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004 en una misma actuación. Se involucra aquí la intervención ilegal de una víctima en el proceso ético disciplinario y práctica ilegal de pruebas. Todo esto lesiona los principios del debido proceso y el derecho a la defensa.

Se arguye que la presencia del quejoso y su apoderado quebrantaron el derecho a la defensa y con la presencia del disciplinado y su defensor no se convalida esta situación.

Respecto de la oportunidad para interponer nulidades, existe una confusión pues se aplica la Ley 906 de 2004 respecto de la oportunidad en Audiencia de Juicio Oral y luego el articulo 399 que corresponde a la Audiencia de Acusación. Además las nulidades pueden interponerse en cualquier momento del proceso

En el presente caso se cumplen los principios que orientan la declaración de nulidades, en especial los de taxatividad, protección, convalidación, trascendencia y residualidad.

A- Solicita nulidad por indebida aplicación de normas de integración que son excluyentes (ley 600 de 2000 y Ley 906 de 2004). En la diligencia de versión libre recibida al doctor S. el 23 de octubre de 2007, el magistrado expresó que acudía el apoderado del denunciante con el objeto de ejercer su derecho de contradicción a la presente audiencia de prueba conforme al articulado 391 a 395 de la Ley 906 de 2004, dentro del cual podrá ejercer el contra interrogatorio. A

solicitud del defensor, el tribunal seccional accedió a retirar de la diligencia al demandante pero se permitió la presencia del representante legal en el entendido que la víctima tiene derecho a ser oída y a aportar pruebas, de acuerdo con el articulo 11 de la Ley 906 de 2004.
B- En el pliego de cargos el tribunal seccional aplicó la ritualidad oral del sistema de contrainterrogatorio a cada uno de los testimonios practicados como parte del principio de contradicción que le asiste a cada una de las partes y obviamente solicitó la versión libre al tenor de un sistema de integración de la Ley 600 y la Ley 906.
C- Los hechos motivo de la queja tienen una extensa amplitud en el tiempo, pues ocurrieron en septiembre de 2005, octubre y noviembre de 2006. Y teniendo en cuenta que la Ley 906 de 2004 solamente operó para el Departamento del Cauca el 1 de enero de 2007, las conductas acaecidas antes de esa fecha deberían evaluarse a la luz de la Ley 600 de 2000.
D- Al integrar normas de la Ley 600 de 2000 y de la Ley 906 de 2004, se está creando una tercera ley en perjuicio del procesado, desconociendo que las normas procesales son de orden público e inmodificables por las partes.
E- En la diligencia de versión libre al encartado, bajo cualquiera de las dos leyes procesales mencionadas, solo podían estar presentes el Magistrado Investigador, el disciplinado y el defensor. No podían estar ni la supuesta víctima ni su representante legal, pues esto constituye una presión indebida al acusado.
F- Adicionalmente, como la versión libre se encuentra dentro de la etapa de instrucción, no se podía aplicar a las declaraciones y menos aun a la versión libre normas correspondientes a interrogatorio y contrainterrogatorio previstas solamente para pruebas testimoniales en el juicio propiamente dicho.
G- Cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (Sept 12 de 2007, proceso 21144. Magistrado Ponente Dr. Jorge Luis Quintero Milanés), en donde se dice que en la audiencia de indagatoria solamente interroga el fiscal o el magistrado según el caso. La actuación del defensor se limita a objetar la preguntas que no se hagan en forma legal
H- Por lo anterior, el acusado tenia derecho a que se le aplicaran las leyes vigentes para el momento de la ocurrencia de los hechos: Los ocurridos antes del 31 de diciembre de 2006, bajo la Ley 600 de 2000 y los posteriores al 1 de enero de 2007 a través de la Ley 23 de 1981 pero con remisión a la Ley 906 de 2004.

I- Respecto a la práctica de pruebas ilegales, la permisividad al aceptar que un tercero extraño (el quejoso y su apoderado) participaran en la diligencia de versión libre y en la práctica de prueba testimonial, actuando como sujetos procesales, suplantaron al órgano encargado de la acción disciplinaria, el cual respaldó su actuación irregular. Y mucho mas, cuando se estaba en la fase de investigación previa y no en la fase de juicio

J- El tribunal seccional admitió haber desconocido prueba documental favorable al disciplinado, debido a "omisiones administrativas internas del Tribunal que tenemos que superar". Asimismo, se omite la valoración probatoria de un enfermero que se encontraba presente cuando ocurrió el episodio urgente de la paciente A.J.V.

K- El Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca no reconoció oficialmente la personería jurídica del abogado Guzmán Calvache como apoderado de la supuesta víctima, doctor E.Z.. Y aun así se le dejó intervenir como sujeto procesal en los interrogatorios a los testigos de los hechos.

Con los argumentos anteriores, solicita el defensor declarar la nulidad de lo actuado desde la decisión de inicio de la investigación o, en su defecto, revocar la decisión del Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca y absolver a su defendido.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

Es evidente que la solicitud de nulidad propuesta por la defensa es viable por los siguientes aspectos mencionados por la misma:

• Se aplicó el articulo 82 de la Ley 23 de 1981 y la integración indiscriminada de las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004 en una misma actuación. Solicita nulidad por indebida aplicación de normas de integración que son excluyentes (ley 600 de 2000 y Ley 906 de 2004). En la diligencia de versión libre recibida al doctor S. el 23 de octubre de 2007, el magistrado expresó que acudía el apoderado del denunciante con el objeto de ejercer su derecho de contradicción a la presente audiencia de prueba conforme al articulado 391 a 395 de la Ley 906 de 2004, dentro del cual podrá ejercer el contra

interrogatorio. A solicitud del defensor, el tribunal seccional accedió a retirar de la diligencia al demandante pero se permitió la presencia del representante legal en el entendido que la víctima tiene derecho a ser oída y a aportar pruebas, de acuerdo con el articulo 11 de la Ley 906 de 2004.

En el pliego de cargos el tribunal seccional aplicó la ritualidad oral del sistema de contrainterrogatorio a cada uno de los testimonios practicados como parte del principio de contradicción que le asiste a cada una de las partes y obviamente solicitó la versión libre al tenor de un sistema de integración de la Ley 600 y la Ley 906

Los hechos motivo de la queja tienen una extensa amplitud en el tiempo, pues ocurrieron en septiembre de 2005, octubre y noviembre de 2006. Y teniendo en cuenta que la Ley 906 de 2004 solamente operó para el Departamento del Cauca el 1 de enero de 2007, las conductas acaecidas antes de esa fecha deberían evaluarse a la luz de la Ley 600 de 2000.

Al integrar normas de la Ley 600 de 2000 y de la Ley 906 de 2004, se está creando una tercera ley en perjuicio del procesado, desconociendo que las normas procesales son de orden público e inmodificables por las partes.

• Se involucra aquí la intervención ilegal de una víctima en el proceso ético disciplinario y práctica ilegal de pruebas. Todo esto lesiona los principios del debido proceso y el derecho a la defensa. Se arguye que la presencia del quejoso y su apoderado quebrantaron el derecho a la defensa y con la presencia del disciplinado y su defensor no se convalida esta situación. En la diligencia de versión libre al encartado, bajo cualquiera de las dos leyes procesales mencionadas, solo podían estar presentes el Magistrado Investigador, el disciplinado y el defensor. No podían estar ni la supuesta víctima ni su representante legal, pues esto constituye una presión indebida al acusado.

Adicionalmente, como la versión libre se encuentra dentro de la etapa de instrucción, no se podía aplicar a las declaraciones y menos aun a la versión libre normas correspondientes a interrogatorio y contrainterrogatorio previstas solamente para pruebas testimoniales en el juicio propiamente dicho.

Respecto a la práctica de pruebas ilegales, la permisividad al aceptar que un tercero extraño (el quejoso y su apoderado) participaran en la diligencia de versión libre y en la práctica de prueba testimonial, actuando como sujetos procesales, suplantaron al órgano encargado de la acción disciplinaria, el cual respaldó su actuación irregular. Y mucho mas, cuando se estaba en la fase de investigación previa y no en la fase de juicio

• El tribunal seccional admitió haber desconocido prueba documental favorable al disciplinado, debido a "omisiones administrativas internas del Tribunal que tenemos que superar". Asimismo, se omite la valoración probatoria de un enfermero que se encontraba presente cuando ocurrió el episodio urgente de la paciente A.J.V.

• El Tribunal Seccional de Ética Médica del Cauca no reconoció oficialmente la personería jurídica del abogado Guzmán Calvache como apoderado de la supuesta víctima, doctor E.Z. Y aun así se le dejó intervenir como sujeto procesal en los interrogatorios a los testigos de los hechos.

EL PROCESO ETICO DISCIPLINARIO

En el proceso ético disciplinario las partes son

A- El procesado
B- El defensor
C- El Magistrado del Tribunal, como representante de la sociedad

1. EL PROCESADO: La adquiere cuando es vinculado mediante indagatoria o declaratoria de reo ausente. Se debe emplazar al procesado o imputado ausente por un término de 5 días. De lo contrario se emitirá una declaración de reo ausente: Se da edicto emplazatorio por 5 días y se corren otros cinco días para que se presente el imputado a rendir indagatoria. Si no se presenta el imputado, el fiscal dicta una providencia motivada o interlocutoria declarándolo reo ausente y se le nombra defensor de oficio con el cual se sigue el proceso

2. DEFENSOR: Lo puede ejercer un aboado inscrito. Puede existir un defensor principal y uno suplente que puede ser nombrado por el defensor

principal o por el procesado. El procesado siempre debe tener defensa técnica. Se aplica la incompatibilidad en la defensa, en la cual el defensor no podrá representar a dos o más sindicados cuando entre ellos existieren, o sobrevinieren, intereses contrarios o incompatibles. Si son varios procesados y quieren nombrar un solo defensor siempre y cuando no haya intereses encontrados. El defensor de oficio puede ser desplazado por otro abogado nombrado por el procesado a través de un poder, para desplazar un defensor no es necesario que el defensor que se va a posesionar presente el paz y salvo.

3.**EL ESTADO.** Representado por el Magistrado, quien actúa en nombre de la sociedad, ofendida por la conducta punible del médico y, al mismo tiempo, como elemento del gremio profesional, que entiende el acto médico y se encuentra en capacidad de juzgar su bondad respecto de los pacientes.

El denunciante no es sujeto procesal en los trámites disciplinarios y sólo se consagra en su favor la disponibilidad de apelar el auto mediante el cual el funcionario de instrucción se inhibe de abrir proceso ético disciplinario.

En las condiciones precedentes tomemos como ejemplo que, como consecuencia de una denuncia, el Magistrado Instructor abre proceso disciplinario. Si en esta oportunidad la decisión hubiera sido la contraria, es decir, que el Tribunal hubiera estimado que no era del caso abrir proceso disciplinario y por tanto se hubiera inhibido, el denunciante hubiera podido recurrir dicha decisión.

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

Como una reiteración del derecho a la defensa, al enumerarse a los sujetos procesales del proceso disciplinario se hizo especial mención del investigado y su defensor. En tal sentido se aseveró:

> ARTÍCULO 89. **SUJETOS PROCESALES EN LA ACTUACIÓN DISCIPLINARIA. PODRÁN INTERVENIR EN LA ACTUACIÓN DISCIPLINARIA, COMO SUJETOS PROCESALES, EL INVESTIGADO Y SU DEFENSOR**, el Ministerio Público, cuando la

actuación se adelante en el Consejo Superior o Seccional de la Judicatura o en el Congreso de la República contra los funcionarios a que se refiere el artículo 174 de la Constitución Política.

En ejercicio del poder de supervigilancia administrativa y cuando no se ejerza el poder preferente por la Procuraduría General de la Nación, ésta podrá intervenir en calidad de sujeto procesal. (Lo destacado no lo es en el texto).

En el artículo 94 se consagraron las facultades de los sujetos procesales dentro del proceso disciplinario y las que aquí aparecen enumeradas no son más que la expresión del ejercicio procesal del derecho a la defensa. En tal sentido se dispuso:

ARTÍCULO 90. **FACULTADES DE LOS SUJETOS PROCESALES**. Los sujetos procesales podrán:

1. Solicitar, aportar y controvertir pruebas e intervenir en la práctica de las mismas.
2. Interponer los recursos de ley.
3. Presentar las solicitudes que consideren necesarias para garantizar la legalidad de la actuación disciplinaria y el cumplimiento de los fines de la misma, y
4. Obtener copias de la actuación, salvo que por mandato constitucional o legal ésta tenga carácter reservado.

PARÁGRAFO. La intervención del quejoso se limita únicamente a presentar y ampliar la queja bajo la gravedad del juramento, a aportar las pruebas que tenga en su poder y a recurrir la decisión de archivo y el fallo absolutorio. Para estos efectos podrá conocer el expediente en la secretaría del despacho que profirió la decisión.

Corte Constitucional

El aparte subrayado corresponde en igual sentido al texto subrayado del Inciso 2o. del Artículo 71 de la Ley 200 de 1995 el cual fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-616-97 de 27 de noviembre de 1997, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

En el artículo 92 se consagraron los derechos del investigado, dentro de los que se debe destacar, la consagración del derecho a la defensa en el numeral segundo, al establecerse el derecho a designar el investigado un defensor. En tal sentido se reguló:

ARTÍCULO 92. **DERECHOS DEL INVESTIGADO**. Como sujeto procesal, el investigado tiene los siguientes derechos:

1.Acceder a la investigación.

Corte Constitucional:

El numeral 2o. del Artículo 77 de la Ley 200 de 1995 establecía: "... 2. El investigado tendrá acceso al informativo disciplinario a partir del momento en que sea escuchado en versión espontánea o desde la notificación de cargos, según el caso. ..."

El numeral 2o. mencionado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia C-430-97 del 4 de septiembre de 1997. Magistrado Ponente, Dr. Antonio Barrera Carbonell.

2. ***DESIGNAR DEFENSOR.***

3. Ser oído en versión libre, en cualquier etapa de la actuación, hasta antes del fallo de primera instancia.
4. Solicitar o aportar pruebas y controvertirlas, e intervenir en su práctica.
5. Rendir descargos.
6. Impugnar y sustentar las decisiones cuando hubiere lugar a ello.
7. Obtener copias de la actuación.
8. Presentar alegatos de conclusión antes del fallo de primera o única instancia. (Lo destacado no lo es en el texto).

En el artículo 93, para efectos de hacer más viable el ejercicio procesal del derecho a la defensa, se estableció que los estudiantes de los consultorios jurídicos podía intervenir en estos procesos como defensores; de la misma manera se estableció que el defensor como sujeto procesal tiene las mismas facultades que el investigado, excepto cuando existan pretensiones contradictorias, casos en los cuales deben prevalecer los criterios del defensor. En tal sentido se dispuso:

> ***ARTÍCULO 93. ESTUDIANTES DE CONSULTORIOS JURÍDICOS Y FACULTADES DEL DEFENSOR***. Los estudiantes de los Consultorios Jurídicos, podrán actuar como defensores de oficio en los procesos disciplinarios, según los términos previstos en la Ley 583 de 2000. Como sujeto procesal, el defensor tiene las mismas facultades del investigado; cuando existan criterios contradictorios prevalecerá el del primero.

En el artículo 143 se consagraron las causales de nulidad en el proceso disciplinario, disponiéndose en el artículo 2º la nulidad por violación al derecho de defensa. En tal sentido se estableció:

> ARTÍCULO 143. ***CAUSALES DE NULIDAD.*** Son causales de nulidad las siguientes:
>
> 1. La falta de competencia del funcionario para proferir el fallo.
>
> 2. ***LA VIOLACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA DEL INVESTIGADO.***
>
> 3. La existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.
>
> **PARÁGRAFO.** Los principios que orientan la declaratoria de nulidad y su convalidación, consagrados en el Código de Procedimiento Penal, se aplicarán a este procedimiento. (Lo destacado no lo es en el texto).

En el artículo 149 se dispuso que la Procuraduría General de la Nación en el ejercicio de sus facultades legales como policía judicial debía de realizarlas con el estricto respeto de las garantías constitucionales y legales. En tal sentido se determinó:

> ARTÍCULO 149. ***INTANGIBILIDAD DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.*** Las actuaciones de la Procuraduría General de la Nación, en ejercicio de sus atribuciones de policía judicial, se realizarán con estricto respeto de las garantías constitucionales y legales.

En el artículo 150 se estableció la procedencia y trámite de la indagación preliminar, estableciéndose que el investigador, discrecionalmente podía

escuchar en versión libre al imputado. La norma fue demandada y la Corte Constitucional declaró la constitucional de ese apartado de manera condicional, entendiéndose que en este período igualmente debía de garantizarse de manera integral el derecho a la defensa. La norma a la que se hace mención y la parte demandada establecían:

> ARTÍCULO 150. ***PROCEDENCIA, FINES Y TRÁMITE DE LA INDAGACIÓN PRELIMINAR.*** En caso de duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria se ordenará una indagación preliminar.
>
> La indagación preliminar tendrá como fines verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria o si se ha actuado al amparo de una causal de exclusión de la responsabilidad.
>
> En caso de duda sobre la identificación o individualización del autor de una falta disciplinaria se adelantará indagación preliminar. En estos eventos la indagación preliminar se adelantará por el término necesario para cumplir su objetivo.
>
> En los demás casos la indagación preliminar tendrá una duración de seis (6) meses y culminará con el archivo definitivo o auto de apertura. Cuando se trate de investigaciones por violación a los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario, el término de indagación preliminar podrá extenderse a otros seis meses.
>
> <Inciso CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE. Aparte tachado INEXEQUIBLE> Para el cumplimiento de éste, el funcionario competente hará uso de los medios de prueba legalmente reconocidos y podrá oír en exposición libre al disciplinado que ~~considere necesario~~ para determinar la individualización o identificación de los intervinientes en los hechos investigados.
>
> La indagación preliminar no podrá extenderse a hechos distintos del que fue objeto de denuncia, queja o iniciación oficiosa y los que le sean conexos.
>
> **PARÁGRAFO 1o**. Cuando la información o queja sea manifiestamente temeraria o se refiera a hechos disciplinariamente irrelevantes o de imposible ocurrencia o sean presentados de manera absolutamente in-

> concreta o difusa, el funcionario de plano se inhibirá de iniciar actuación alguna.
>
> PARÁGRAFO 2o. Advertida la falsedad o temeridad de la queja, el investigador podrá imponer una multa hasta de 180 salarios mínimos legales diarios vigentes. La Procuraduría General de la Nación, o quienes ejerzan funciones disciplinarias, en los casos que se advierta la temeridad de la queja, podrá imponer sanciones de multa, previa audiencia del quejoso, por medio de resolución motivada contra la cual procede únicamente el recurso de apelación que puede ser interpuesto dentro de los dos días siguientes a su notificación.

En el primer Código Disciplinario Único, ley 200 de 1995 se consagró como norma rectora el debido proceso y a lo largo de toda la codificación se reglamentó minuciosamente el ejercicio del derecho a la defensa:

> ARTICULO 5o. **DEBIDO PROCESO.** Todo servidor público o particular que ejerza transitoriamente funciones públicas deberá ser procesado conforme a leyes sustantivas y procesales preexistentes a la falta disciplinaria que se le atribuya, ante funcionario competente previamente establecido y observando la plenitud de las formas del procedimiento regulado en la Constitución y en este Código, salvo que se trate de faltas disciplinarias cometidas por miembros de la fuerza pública en razón de sus funciones, caso en el cual se aplicará el procedimiento prescrito para ellos.
>
> ARTICULO 71. ***INTERVINIENTES EN EL PROCESO DISCIPLINARIO. EN EL PROCESO DISCIPLINARIO SOLAMENTE PUEDEN ACTUAR EL ACUSADO Y SU APODERADO,*** sin perjuicio de la intervención que en razón de la vigilancia superior pueda realizar la Procuraduría General de la Nación.
>
> Ni el informador ni el quejoso son parte en el proceso disciplinario. Su actuación se limita a presentar y ampliar la queja bajo la gravedad del juramento con el deber de aportar las pruebas que tengan en su poder. (Lo destacado no lo es en el texto).

Obsérvese como se establece con máxima claridad y precisión que en el proceso disciplinario intervienen el acusado y su apoderado, sin que pueda quedar la más mínima duda del derecho a la defensa que se consagra en éste tipo de actuaciones administrativas.

ARTICULO 73. ***DERECHOS DEL DISCIPLINADO. EL APODERADO PARA LOS FINES DE LA DEFENSA TIENE LOS MISMOS DERECHOS DEL DISCIPLINADO. CUANDO EXISTAN CRITERIOS CONTRADICTORIOS ENTRE ELLOS PREVALECERÁN LOS DEL APODERADO. SON DERECHOS DEL DISCIPLINADO:***

a. Conocer la investigación,

b. Rendir descargos por escrito o solicitar expresamente ser oído en declaración de descargos, caso en el cual el funcionario sólo podrá interrogarlo cuando omita explicar alguna de las circunstancias relacionadas con las conductas que se le endilgan;

c. Que se practiquen las pruebas conducentes que solicite, intervenir en la práctica de las que estime pertinente;

d. Impugnar las decisiones cuando hubiere lugar a ello;

e. ***DESIGNAR APODERADO, SI LO CONSIDERA NECESARIO***, (Lo destacado no lo es en el texto).

Como de la interpretación del literal e) del artículo 73 transcrito en precedencia pudiera llegar a concluirse que la designación de un apoderado por parte del disciplinado es " potestativo ", es importante destacar lo que argumento nuestro juez constitucional en relación con este punto cuando declaró la constitucionalidad del mentado literal.

En esta sentencia con claridad y precisión la Corte, manifestó que la consagración de este derecho era consustancial al concepto del debido proceso disciplinario, donde de manera necesaria se tenía que respetar el derecho a la defensa. En tal sentido se sostuvo:

Corte Constitucional:

DERECHOS DEL DISCIPLINADO-Designación apoderado

La Corte no encuentra admisible el cargo formulado contra el literal e) del artículo 73 del CDU, según el cual el disciplinado tiene derecho a "designar apoderado, si lo considera necesario". En efecto, ESTA NORMA ***NO***

EXCLUYE LA OPCIÓN DEL ASESORAMIENTO POR PARTE DE LA RESPECTIVA ORGANIZACIÓN SINDICAL. LO QUE SUCEDE ES QUE, COMO LO DESTACA EL VICEPROCURADOR, LA ASISTENCIA DE UN APODERADO ESCOGIDO POR EL DISCIPLINADO ES UNA EXPRESIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA TÉCNICA, QUE NO PODÍA SER IGNORADO POR EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO, POR CUANTO HACE PARTE DEL DEBIDO PROCESO EN ESTE CAMPO, sin perjuicio de que el disciplinado también pueda ser asesorado, en forma extraprocesal, por diversas organizaciones sociales.

- Literal e) declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia C-280-96 del 25 de junio de 1996, Magistrado Ponente, Dr. Alejandro Martínez Caballero. (Lo destacado no lo es en el texto).

f. Que se le expidan copias de la actuación, salvo las que por mandato constitucional o legal tengan carácter reservado, siempre y cuando dicha reserva no surja de la misma investigación que contra él se siga.

En el Estatuto disciplinario que se viene analizando, en el artículo 74 se dispuso que la participación del defensor podía ser desde la investigación preliminar, etapa en la cual se consagró el derecho para presentar pruebas y solicitar la versión del imputado. Se dispuso igualmente que la negativa a tales peticiones debía de hacerse mediante auto interlocutorio contra el que cabía recurso de reposición. En tal sentido se dispuso:

ARTICULO 74. **VIGENCIA Y OPORTUNIDAD DEL NOMBRAMIENTO DE APODERADO**. El defensor puede presentar pruebas en la indagación preliminar y solicitar versión voluntaria sobre los hechos. La negativa se resolverá mediante providencia interlocutoria contra la cual sólo cabe el recurso de reposición. (Lo subrrayado fue el texto demando como presuntamente inexequible.

La Corte Constitucional tuvo la oportunidad de manifestarse en relación con el texto demando, declarando su constitucionalidad, pues consideró con acierto que en el curso del proceso la determinación de los recursos quedaba dentro de la libertad de configuración legislativa que tiene el Congreso de la República. Pero el anterior pronunciamiento le sirvió a nuestro juez constitucional para reiterar con absoluta claridad sobre el derecho a la defensa en el derecho disciplinario. En tal sentido se sostuvo:

Corte Constitucional

2.3. ***ACORDE CON LO ANTERIOR, Y EN ARMONÍA CON LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 29 DE LA CARTA POLÍTICA, SEGÚN EL CUAL EL DEBIDO PROCESO ES UNA GARANTÍA QUE HA DE OBSERVARSE EN TODOS LOS PROCESOS JUDICIALES O ADMINISTRATIVOS, ES CLARO PARA LA CORTE QUE EN EL PROCESO DISCIPLINARIO HA DE GARANTIZARSE EL DERECHO A LA DEFENSA UNITARIA, CONTINUA Y PERMANENTE, ESTO ES, EN TODAS SUS ETAPAS, SIN QUE ELLO SIGNIFIQUE QUE EN CADA UNA DE ELLAS LOS RECURSOS QUE PARA IMPUGNAR LAS PROVIDENCIAS SE ESTABLEZCAN POR EL LEGISLADOR DEBAN SER LOS MISMOS, NI TAMPOCO, QUE PARA DECIDIR SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE ALGUNO DE LOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO DISCIPLINARIO, PUEDA SER CONSIDERADO AISLADAMENTE, PUES, COMO ES OBVIO, DE ESA MANERA LA INTERPRETACIÓN PRIMERO Y EL JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD DESPUÉS, PUEDEN RESULTAR EQUIVOCADOS.***

2.4. Como es suficientemente conocido, en el proceso disciplinario existen tres etapas claramente diferenciadas, a saber, la de la indagación preliminar, la de la investigación disciplinaria y la de la decisión.

En la primera, es decir, en la indagación preliminar, no existe ni siquiera certeza sobre la procedencia de adelantar la investigación, sino una duda sobre la existencia misma de la presunta falta, e igualmente, sobre la autoría y responsabilidad de la misma, razones estas que el legislador tuvo en cuenta para que, en tal estado de perplejidad inicial, en lugar de proferir un auto ordenando la apertura directa de una investigación disciplinaria, se opte más bien por realizar una "*indagación preliminar*" (art. 138 Ley 200 de 1995), cuyos fines específicos serán "…*verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria e identificar o individualizar al servidor público que haya intervenido en ella"* (art. 139 ibidem).

Del mismo modo, si de la indagación preliminar, de la queja o del informe respectivo sobre la presunta falta quien tiene a su cargo la investigación encuentra objetivamente demostrada "*la existencia de una falta disciplinaria y la prueba del posible autor de la misma ordenará la investigación*

disciplinaria", según el mandato contenido en el artículo 144 del Código Disciplinario, mediante auto de trámite.

2.5. ***EN DESARROLLO DE PRINCIPIOS FUNDAMENTALES AL DEBIDO PROCESO, CUALES SON LOS DE LA PUBLICIDAD, LA IMPARCIALIDAD Y LA CONTRADICCIÓN, SE DISPUSO POR LA LEY QUE, DESDE EL COMIENZO Y PARA GARANTÍA DEL DERECHO DE DEFENSA EL INVESTIGADO "TENDRÁ DERECHO A CONOCER LAS DILIGENCIAS TANTO EN LA INDAGACIÓN PRELIMINAR COMO EN LA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA" (ART. 80 LEY 200/95), ASÍ COMO A SER OÍDO EN ESTA ETAPA PARA "PRESENTAR PRUEBAS" Y "SOLICITAR VERSIÓN VOLUNTARIA SOBRE LOS HECHOS" (ART. 74 IBIDEM).***

2.6. Desde luego, quien inicialmente asume el conocimiento de una posible irregularidad constitutiva de una presunta falta disciplinaria, si en esa etapa de averiguación administrativa, lo considera pertinente para los fines de la misma señalados por el artículo 139 del Código Disciplinario a que ya se hizo alusión, es quien tiene los elementos de juicio suficientes para decidir si accede a la petición que se le formula por alguien para que se le reciba versión voluntaria sobre los hechos, así como para examinar si la presentación de pruebas en esa etapa de la investigación preliminar es pertinente o conducente.

No obstante, para evitar la arbitrariedad o el capricho en la decisión, si se deniega la solicitud de recibir versión voluntaria, o la de presentar algunas pruebas, el legislador le impone al funcionario que adelanta la indagación preliminar, el deber jurídico de decidir sobre cualquiera de las peticiones anteriormente mencionadas, "*mediante providencia interlocutoria*". Ello significa, entonces que por ministerio de la ley, le corresponde motivar su decisión, esto es expresar las razones y los fundamentos de carácter fáctico y jurídico en que apoya su decisión, para que respecto de las mismas, cumplida así la publicidad, pueda entonces abrirse paso a la contradicción, haciendo uso de los medios de impugnación que al respecto se consagran por la ley.

2.7. ***EN ESE ORDEN DE IDEAS, Y PARA SATISFACER A PLENITUD EL DERECHO DE DEFENSA, RESULTA CLARO QUE SI EN FORMA ARBITRARIA SE DENIEGA LA SOLICITUD DE COMPA-***

RECER DESDE EL COMIENZO A LA INDAGACIÓN PRELIMINAR A QUIEN SOLICITÓ SER OÍDO EN VERSIÓN LIBRE, O SE LE PRIVA EN ABSOLUTO DEL DERECHO A PRESENTAR PRUEBAS QUE PUEDAN SERLE FAVORABLES A LA INDAGACIÓN DE LOS HECHOS EN ESTA ETAPA, SE VULNERARÍA EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO, RAZÓN ESTA POR LA CUAL EL AFECTADO CON ESE PROCEDER AUTORITARIO TENDRÍA A SU DISPOSICIÓN LA POSIBILIDAD DE ALEGAR LA EXISTENCIA DE UNA NULIDAD EN EL PROCESO DISCIPLINARIO, COMO QUIERA QUE EL ARTÍCULO 131 DEL CÓDIGO DISCIPLINARIO UNICO ESTABLECE QUE SON, ENTRE OTRAS, CAUSALES DE NULIDAD "LA VIOLACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA", ASÍ COMO "LA COMPROBADA EXISTENCIA DE IRREGULARIDADES SUSTANCIALES QUE AFECTEN EL DEBIDO PROCESO" (ART. 131 LEY 200/95), NULIDADES QUE, AÚN NO ALEGADAS, DEBEN SER DECLARADAS DE OFICIO, EN CUALQUIER ETAPA DEL PROCESO EN QUE SE ADVIERTAN POR EL FUNCIONARIO ENCARGADO DE LA TRAMITACIÓN DEL MISMO (ART. 132 EJUSDEM), LO CUAL GUARDA ARMONÍA CON LO DICHO POR LA CORTE EN SENTENCIA C-892 DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1999, EN LA QUE ACTÚO COMO PONENTE EL MAGISTRADO QUE AHORA LO ES EN ESTE PROCESO, EN LA QUE, AL ANALIZAR LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 119 DEL CÓDIGO DISCIPLINARIO UNICO EXPRESÓ QUE : "TANTO EN LA ETAPA DE INDAGACIÓN PRELIMINAR ANTES DE QUE SE LE FORMULEN CARGOS Y DURANTE EL TÉRMINO DE LOS DESCARGOS, EL INVESTIGADO PODRÁ SOLICITAR, EN ARAS DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA, LA PRÁCTICA DE LAS PRUEBAS QUE CONSIDERE PERTINENTES, ES DECIR, LAS QUE TENGAN RELACIÓN CON EL TEMA Y QUE PERMITAN ESCLARECER LOS SUPUESTOS FÁCTICOS QUE DAN ORIGEN AL INICIO DE LA INVESTIGACIÓN".

Igualmente ha de insistirse ahora que en la sentencia C-013 de 17 de enero de 2001, reitero la Corte su doctrina en el sentido de que no es *"razonable ni proporcionada" la restricción normativa que deje "a la voluntad del funcionario investigador recibir o no la exposición espontánea que solicita el investigado", pues éste si así lo solicita "deberá ser oído en versión espontánea, tanto durante la indagación preliminar como en la investigación".*

DE ESTA SUERTE, SI LA PROVIDENCIA INTERLOCUTORIA A QUE SE REFIERE EL APARTE FINAL DEL ARTÍCULO 74 ACUSADO, RESULTA CAPRICHOSA O ARBITRARIA, ÉSTE NO SE ENCUENTRA DESPROVISTO DE MEDIO DE IMPUGNACIÓN ADECUADO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA, PUES, LEÍDO EN CONJUNTO Y NO EN FORMA AISLADA EL CÓDIGO DISCIPLINARIO, PUEDE SOLICITAR LA NULIDAD DE LO ACTUADO, O, MÁS AÚN, EN LA HIPÓTESIS DE QUE NO LO SOLICITE, TAL NULIDAD PUEDE SER DECLARADA DE OFICIO.

2.8. El legislador, para salirle al paso a una posible arbitrariedad del funcionario que adelante la investigación preliminar, contra la providencia que deniegue la recepción de la versión libre o la presentación de pruebas en esa etapa procesal, en el artículo 74 del Código Disciplinario estableció que contra la providencia interlocutoria que las deniegue, cabe el recurso de reposición. Ello por sí mismo, como salta a la vista, no hace inconstitucional el artículo 74 del Código Disciplinario.

A juicio del censor, lo que resulta vulneratorio del artículo 29 de la Carta, es que la norma deja al capricho del funcionario recibir o abstenerse de hacerlo la versión voluntaria en la indagación preliminar, lo que no es cierto, por las razones que ya se explicaron. Además, a su juicio, también es violatorio de la garantía constitucional al debido proceso que ante esa posibilidad del proceder arbitrario de quien adelanta la investigación preliminar sólo sea procedente el recurso de reposición.

Con todo, ello no es así, por cuanto, como ya se dijo, la providencia en cuestión ha de ser motivada, como quiera que es interlocutoria por ministerio de la ley, por una parte; y, por otra, en esa etapa del proceso, en que todavía no existe ni siquiera certeza sobre la existencia de la irregularidad que presuntamente configuraría una falta, ni mucho menos sobre la autoría y responsabilidad de la misma, conserva el legislador, a plenitud, la libertad de configuración para establecer el recurso o los recursos que contra ella proceden.

Es claro, que sobre el particular, uno puede ser el tratamiento en la fase de la indagación preliminar dadas sus características, y otro distinto el que el legislador establezca en la fase de la investigación disciplinaria, como en efecto acontece. Así, al paso que en el artículo 74 de la ley demandada,

para la primera dispuso la ley que la negativa a recibir versión voluntaria sobre los hechos, o a presentar pruebas ha de ser motivada y que contra la providencia respectiva sólo cabe el recurso de reposición, en el artículo 102 de la misma ley, precisamente porque la naturaleza de la etapa de la investigación disciplinaria es diferente a la primera dispuso que *"El recurso de apelación es procedente contra el auto que niega pruebas en la investigación disciplinaria y contra el fallo de primera instancia"*.

Ciertamente, son dos tratamientos diferentes, porque diferentes son las etapas de la indagación preliminar y la de la investigación disciplinaria y, como se observa, diferente también es la fase de decisión cuando se dicta fallo de primera instancia, el que también es apelable. La razón de orden constitucional, es transparente en grado sumo, pues no se vulnera el derecho a la igualdad al tratar de manera disímil situaciones distintas (art. 13 C.P.), de un lado, y, de otro, en ninguna norma constitucional se ordena al legislador establecer que contra todas las providencias interlocutorias es procedente la apelación, pues el artículo 31 de la Constitución solamente dispone que la apelación o la consulta son propias de toda sentencia judicial, salvo las excepciones que consagre la ley, pero en manera alguna ordena que toda providencia interlocutoria deba ser objeto de apelación.

2.9. ***POR LO EXPUESTO ANTERIORMENTE, HA DE CONCLUIRSE ENTONCES QUE EL ARTÍCULO 74 DE LA LEY 200 DE 1995, EN EL APARTE ACUSADO, NO ES EN MANERA ALGUNA UNA AUTORIZACIÓN DEL LEGISLADOR A DESCONOCER EL DERECHO DEL EVENTUALMENTE INCULPADO A SER OÍDO, PUES, COMO SE VIO, EN ESE CASO EL ARTÍCULO 131 IBIDEM, FULMINA CON LA SANCIÓN DE NULIDAD DE TODA LA ACTUACIÓN, PRECISAMENTE EN GUARDA DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL AL DEBIDO PROCESO Y, LA CIRCUNSTANCIA DE QUE LA DECISIÓN A QUE SE REFIERE LA PARTE FINAL DEL ARTÍCULO 74 ACUSADO, DEBA SER MOTIVADA Y QUE CONTRA ELLA QUEPA EL RECURSO DE REPOSICIÓN ÚNICAMENTE, RESULTA RAZONABLE POR LA ÍNDOLE MISMA DE LA ETAPA DE INDAGACIÓN PRELIMINAR Y, EN TAL VIRTUD, NO SE VULNERA LA CONSTITUCIÓN.***

2.10. Agrégase a lo dicho que el artículo 54 de la Ley 200 de 1995, ordena al funcionario a cuyo cargo se encuentre un proceso disciplinario, darlo por terminado, en cualquier momento, cuando aparezca demostrado

que el hecho atribuido no ha existido, o que no está previsto como falta disciplinaria, o que existe causal de justificación, o que por cualquier otra circunstancia de orden legal tal proceso no podía iniciarse o proseguirse, norma que también resulta aplicable, como es obvio a la etapa de la indagación preliminar.

- Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-175-01 del 14 de febrero de 2001, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra..."

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

RESUELVA

Artículo Primero - Conceder la nulidad solicitada por la defensa a partir de la diligencia de versión libre del médico investigado. **Artículo Segundo** - Remitir el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado Ponente- Presidente (E); LUIS ALBERTO BLANCO RUBIO, Magistrado; GERMÁN PEÑA QUIÑONES, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaría.

Bogotá, ocho (08) Julio del año dos mil catorce (2014)

SALA PLENA SESIÓN No. 1231 DEL OCHO (08) DE JULIO DEL AÑO DOS MIL CATORCE (2014)

REF: Proceso No. 606 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Atlántico
Denunciante: Sra. M.P. de H.
Contra: los Drs. M.P.M.N, J.J.M.F. y E.R.S.P.

Magistrado Ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No.71-2014

VISTOS

El defensor del disciplinado E.R.S.P., solicitó por medio de memorial del 11 de junio, presentado en la Secretaría de ésta Corporación, se decretara la nulidad de la decisión de ésta Corporación del 3 de junio del presente año, por medio de la cual se declaró desierta la impugnación presentada por los defensores contra la decisión del Tribunal del Atlántico del 19 de marzo de 2014.

A folio 556 aparece una solicitud del mismo defensor, interponiendo los recursos de reposición y apelación contra la decisión del 19 de marzo por medio de la cual se había negado decretar la solicitud de nulidad del auto del 267 de noviembre de 2013 por medio del cual se formularon cargos contra el médico E.R.S.P.

El Tribunal de Ética Médica del Atlántico, mediante providencia del 7 de mayo del presente año negó lo solicitado al determinar no reponer el proveído impugnado

La Sala procede a resolver lo pertinente luego de los siguientes:

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

Para evitar confusiones por las reiteradas solicitudes de nulidad y reiteración de las mismas por parte de la defensa, se hará una enumeración de las diversas providencias e impugnaciones que se han presentado en éste proceso a saber:

A) Auto de primera instancia del 27 de noviembre de 2013, por medio del cual se formulan cargos contra el Dr. E.R.S.P. y otros profesionales de la medicina. (Folio 397).
B) Solicitudes de nulidad de la anterior nulidad por parte de los defensores, entre la que se encuentra la del Dr Enrique Carlos Serje Peña en calidad de defensor, presentado el 17 de febrero de 2014. (Folio 456).
C) Auto del Tribunal del Atlántico del 19 de marzo de 2014, por medio del cual se niega la nulidad solicitada (Folio 466).
D) Recursos de reposición y en subsidio el de apelación interpuestos por el Dr. Enrique Carlos Serje Peña contra el auto del 19 de marzo, reiterando la solicitud de nulidad del mismo, presentado el 28 de marzo de 2014. (Flio 499)
E) Auto de primera instancia del 7 de mayo de 2014, por medio del cual se niega la solicitud de nulidad y se concede el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto. (Folio 518).
F) Auto de ésta Corporación del 3 de junio de 2014, por medio del cual se declaró desierto el recurso interpuesto contra el auto del 19 de marzo de 2014. (folio 536).
G) Memorial del Dr. Enrique Carlos Serje Peña, presentado en la secretaría de la Corporación, el 10 de junio, solicitando se decrete la nulidad del auto del Tribunal Nacional del 3 de junio de 2014. (Folio 548).
La Corporación se referirá en relación con la solicitud de nulidad presentada ante la Secretaria del Tribunal Nacional, de nuestra decisión del 3 de junio, por medio del cual se declaró desierto el recurso interpuesto contra la decisión del 19 de marzo, emitida por el Tribunal de Atlántico.
Nuevamente esta Corporación tendrá que rechazar las pretensiones de la defensa, en relación con la solicitud de nulidad, porque a pesar de que anuncia la existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, en ninguna parte de su solicitud se preocupa por señalar cuáles son esas irregularidades y en el caso de existir realmente, por qué las mismas deben producir como consecuencia la nulidad de la providencia impugnada.

Si se analiza la solicitud de nulidad se observará que dedica gran espacio del libelo a hablar sobre las ventajas o desventajas de la única instancia o de la instancia múltiple como la denomina, pero se trata de generalidades sobre ese problema del derecho procesal, sin que en ningún momento enlace esas consideraciones teóricas con algún problema concreto de la resolución cuya nulidad pretende.

Luego en una breve consideración habla de la apelación como protesta, haciéndose nuevamente consideraciones generales sobre tal punto. En el subtítulo " Objeto de la revisión " habla de los errores y de la finalidad del recurso, pero siguen siendo consideraciones generales, sin entrar a hacer referencia a la problemática del caso en particular.

En el "Contenido de la segunda instancia", continúa haciendo consideraciones de carácter general, sin que llegue a entrar en materia en relación con el caso que concita nuestra atención.

Después habla del derecho extensivo, y de los efectos de la apelación, que inicia con consideraciones de carácter general, para luego comenzar a hacer una serie de consideraciones probatorias críticas en relación con el pliego de cargos, pero olvidando que está solicitando es la nulidad del auto de ésta Corporación, en relación con el cual no hace la más mínima consideración, ni la más mínima crítica.

Finalmente bajo el Subtitulo de "Nulidad procesal", vuelve y habla de las irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, pero sin especificar a cuáles se refiere y culmina haciendo una "Petición Especial" de nulidad de la providencia de ésta Corporación, mediante la cual se declaró desierto el recurso de apelación, inicialmente interpuesto contra la decisión de primera instancia que negó la nulidad solicitada, " En la cual no estamos de acuerdo porque consideramos que se encuentra comprobada la existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, En razón a que se profirió una resolución preliminar sin que exista prueba alguna que la sustente la misma, motivación falsa, y porque además aclaramos que no se presentó el recurso de apelación en contra del auto de formulación de cargo. Y en su defecto desate el presente recurso, el cual si fue sustentado, como se encuentra demostrado en el expediente a folio 499\506. Y en su reemplazo ordénesele al Tribunal de Ética Médica del Atlántico, profiera nueva resolución preliminar declarando que no existe

mérito para formular cargos por violación a la ética Médica, en contra de mi poderdante. Acorde al material probatorio recaudado".

El deber del solicitante en éste caso era destacar la presuntas irregularidades existentes en la decisión de ésta Corporación cuya nulidad pretende, pero como ya se destacó, se olvida del objetivo indicado en la parte preliminar del libelo y se dedica a hacer consideraciones que nada tienen que ver con la decisión cuya nulidad pretende. En tales circunstancias, al no cumplirse con la exigencias normativas de la nulidad, en la cual, el solicitante debe indicar cuál es la irregularidad, debe demostrar porque ese hecho es irregular, cuál es el daño ocasionado a los intereses procesales representados por el solicitante y finalmente debe igualmente probar porqué la misma debe generar la declaratoria de una nulidad.

El peticionario no cumple con ninguna de ésta exigencias, razón por la cual, la solicitud de nulidad, debe ser rechazada in límine, por no cumplir con los requisitos mínimos esenciales en una solicitud de éste tipo.

Se le llama la atención al Tribunal de instancia, en relación con la pésima presentación del expediente, donde, sin explicación de ninguna naturaleza, aparecen las peticiones y las decisiones reiteradamente repetidas, produciendo confusión en el estudio del proceso, en el que finalmente no se sabe cuál es el memorial que debe ser respondido y cuáles son una repetición de los que ya han sido contestados.

Se observa en ésta nueva solicitud, un reiterado ataque contra la formulación de cargos, aspecto que no será tratado por la Corporación, precisamente para evitar incurrir en una causal de impedimento o recusación como ya se advirtió en la decisión anterior.

La Corporación, no puede menos que recordarle al impugnante-solicitante, que las maniobras dilatorias constituyen una infracción a los deberes de los abogados que intervienen en los procesos judiciales y que será indispensable compulsarle copias por faltas a la ética profesional ante el Honorable Consejo Superior de la Judicatura.

Son suficientes las consideraciones precedentes, para que en uso de las atribuciones que le confiere la Ley,

RESUELVA

Artículo Primero - DENEGAR la solicitud de nulidad impetrada por la defensa. **Artículo Segundo** - Compulsar copias de la providencia al Honorable Consejo Superior de la Judicatura para lo de su competencia. **Artículo Tercero** - Devolver el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. **Artículo Cuarto** - Contra esta providencia no procede recurso alguno. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. FERNANDO GUZMÁN MORA Presidente- Magistrado Ponente; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; FRANCISCO PARDO VARGAS Magistrado; FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ, Magistrado; GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaría.

Bogotá, Diciembre once (11) del año dos mil doce (2012)

SALA PLENA SESIÓN No. 1159 DEL ONCE (11) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL DOCE (2012)

REF: Proceso No. 606, Tribunal Seccional de Ética Médica de Norte de Santander
Contra: Doctores D.R.S. y J.E.P.C.
Denunciante: Sra Y.A.P.
Asunto: Recurso de Apelación contra solicitud de nulidad

Providencia No. 104-2012
Magistrado ponente: Dr. Fernando Guzmán Mora

VISTOS

El 23 de septiembre de 2012, el Tribunal Seccional de Ética Médica de Norte de Santander decidió no decretar la nulidad solicitada por el doctor VICTOR MANUEL LOPEZ PEDRAZA, defensor de la inculpada doctora D.R.S., dentro del proceso que se le sigue por la atención prestada al niño J.S.R.P.. Dentro de términos, el apoderado de la acusada elevó recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra de tal decisión.

La reposición fue contestada de manera negativa al recurrente y en su defecto se concedió la apelación por ante el Tribunal Nacional de Etica Médica.

Los cuadernos que contienen el proceso fueron recibidos en esta superioridad el 26 de noviembre de 2012 y puesto para reparto correspondió por sorteo al Magistrado FERNANDO GUZMAN MORA, quien procede a resolver el recurso con base en los siguientes:

HECHOS

El día 20 de septiembre de 2010, el niño J.S.R.P., de dos años de edad fue llevado por su señora madre J.A.P.P. al Hospital Local de Los Patios en Cúcuta, por cuadro clínico que se interpretó como parasitismo intestinal y que fue tratado medicamente. En vista de la escasa mejoría y de la aparición de fiebre, vomito y diarrea, siendo diagnosticado un cuadro de dengue hemorrágico, por lo cual se remitió al Hospital Erasmo Meoz de la ciudad de Cúcuta. Luego de muchas vueltas administrativas, se logró conseguir una cama de Cuidados Intensivos, en donde presentó complicaciones respiratorias severas y progresivas que lo llevaron a un paro cardiorrespiratorio del cual no salio a pesar de las maniobras efectuadas.

La quejosa exige una investigación por falta a la ética médica de todos aquellos profesionales que, en su concepto, tuvieron que ver en el "paseo de la muerte" de su hijo.
El tribunal seccional inicio una investigación preliminar y obtuvo versiones libres de los doctores J.E.P.C. cc.. de … Registro Médico ..; J.R.P.Q., cc… y registro médico...; y a la doctora D.R.S., cc… de…. y registro médico…

Cuando el tribunal seccional decidió proceder a la apertura de investigación formal, el defensor de la doctora R.S., abogado VICTOR MANUEL LOPEZ PEDRAZA, solicitó la nulidad de lo actuado "…a partir inclusive de la investigación administrativa realizada por la gerente encargada del Hospital Local del Municipio de Los Patios, Dra. SY.G.P., por contener irregularidades sustanciales las cuales se violo el debido proceso, por lo mismo la investigación disciplinaria se halla viciada de nulidad , debido a que por esa causa se recolectaron las pruebas de forma ilegal, vulnerando con ello también el derecho a la defensa…"

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Norte de Santander decidió no conceder la nulidad solicitada y advirtió además que cualquier irregularidad acusada en el proceso que se sigue en la Secretaria de Salud debe ventilarse y resolverse a ese nivel y no en el tribunal de ética, respecto de actuaciones que no se cumplan en nuestras dependencias.

En la sustentación del recurso de apelación (dicho sea de paso, con una ortografía lamentable para un profesional del Derecho), los argumentos

esgrimidos se pueden resumir en la siguiente forma:

• No se ha tipificado adecuadamente la conducta médica
• No se explica cómo el tribunal seccional obtuvo copia de la historia clínica del paciente fallecido, si en la queja presentada por la señora J.P., no se incluía entre los anexos de la demanda
• La quejosa no demuestra cuales son los actos reñidos con la ética médica
• El tribunal seccional aceptó la queja y procedió a investigar sin valorar las pruebas aportadas al comienzo
• Las pruebas aportadas al proceso no son controvertidas
• No existe un informe de conclusiones de la investigación preliminar que permita iniciar una investigación formal de su defendida
• El tribunal no valoro las pruebas presentadas en defensa de los derechos de la acusada

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA

I-SOBRE LA PRUEBA EN LA ETAPA DE INVESTIGACION PRELIMINAR

La prueba anticipada es una excepción al principio de inmediación porque se forma antes del juicio oral. De acuerdo con la doctrina enseñada a los defensores públicos, esta tiene varias características:

a- Oportunidad La prueba anticipada se puede practicar durante la investigación y hasta antes de la
instalación del juicio oral.
b- Iniciativa. Puede ser solicitada por la Fiscalía, la Defensa o el Ministerio Público. En este último caso cuando ejerza o haya ejercido funciones como Policía Judicial (Art 112).

" Cabe señalar que la prueba no solo se encuentra condicionada al cumplimiento de los requisitos de carácter formal para su aducción, que son los mismos a que aludió el Constituyente en el séptimo debate como requisitos de validez, sino además al cumplimiento de requisitos materiales que exigen que la prueba sea obtenida con pleno respeto de normas procésales y sustanciales de todo rango.

c- Elementos de procedibilidad de la prueba anticipada

• Pertinencia. La prueba solicitada debe orientarse a probar hechos o circunstancias relacionadas con la existencia del delito y con la responsabilidad del defendido.
• Admisibilidad. Debe realizarse un doble juicio de admisibilidad, uno positivo y otro negativo (arts 284 y 373 CPP).

El positivo:

aa- El solicitante debe acreditar que existan motivos fundados y de extrema necesidad para la práctica de la prueba antes del juicio oral y
bb- que la prueba se practica para evitar su pérdida o alteración.

El negativo:

La prueba anticipada solicitada a pesar de su urgencia y necesidad no debe cumplir ninguno de los requisitos negativos que determina el art. 376 CPP:

aa- No deber causar grave perjuicio indebido,
bb- Ni generar confusión,
cc- Ni exhibir escaso valor probatorio,
dd- Ni ser dilatoria del procedimiento .

d- Práctica de la prueba anticipada Admitida la prueba anticipada por el juez, su práctica es igual a la de la prueba en audiencia pública del juicio (Art. 284 CPP). Está sujeta a los principios de contradicción, oralidad y concentración. Por lo tanto no pueden existir como en el anterior sistema pruebas a espaldas de la defensa.

II- SOBRE LA PRUEBA EN LA ETAPA DE INVESTIGACION FORMAL

En ésta etapa el Magistrado Investigador señala los objetivos o metas que debe cumplir dentro del proceso

• Si se ha infringido la ley de Ética Médica
• Quienes o quien son los autores del hecho.
• Motivos determinantes y demás factores que influyeron en la violación

- Circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se realizó el hecho.
- Las condiciones sociales, familiares o individuales que caracterizan la personalidad del imputado, su conducta anterior y sus antecedentes procesales

Una vez allegadas las pruebas al expediente, como ya se ha mencionado, se toma una de dos decisiones:

1. Preclusión de la investigación. Equivale a una sentencia absolutoria. Se dicta cuando no se tenga certeza de que la conducta la cometió el procesado; cuando el proceso no pueda proseguirse. O cuando se tenga certeza de que el hecho no existió

2.Resolución de acusación o Formulación de Pliego de Cargos. Sus requisitos sustanciales incluyen: Que esté establecida la comisión del ilícito. Que exista prueba que comprometa seriamente la responsabilidad del procesado, es decir que de la prueba se deduzca la responsabilidad del procesado. (No se necesita plena prueba que se puede obtener de: confesión, indicios, testimonios, documentos, peritación, inspección judicial).

Son requisitos formales de la resolución de acusación o pliego de cargos.

1. La narración sucinta de la conducta investigada, con todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que la especifiquen.
2. La indicación y evaluación de las pruebas allegadas a la investigación.
3. La calificación jurídica provisional: Tiene que encuadrar las circunstancias de tiempo, modo y lugar dentro de una norma jurídica.
4. Las razones por las cuales comparte o no, los alegatos de los sujetos procesales.

Es entonces una resolución:

- Interlocutoria
- Motivada
- Notificable personalmente: es una notificación especial: al defensor y al procesado, se les citará por el medio más eficaz, a la última dirección conocida en el proceso; por comunicación emitida a más tardar el día siguiente hábil a la fecha de la providencia.

Trascurridos 8 días a la fecha de la comunicación sin que comparecieren, sin que se presentará excusa válida del defensor para seguir actuando o exista renuencia a comparecer, se le designará un defensor de oficio con quien se continuará la actuación. Notificada personalmente la resolución de acusación al procesado o a su defensor; los demás sujetos procesales se notificarán por estado.

- Debe ser clara, se debe establecer la identificación e individualización plena del procesado o sindicado.
- La motivación no puede ser anfibológica, confusa: debe ser clara en los cargos, un ejemplo de una motivación anfibológica es que haya una indeterminación de la modalidad delictiva.
- Debe contener la Imputación Fáctica: que significa que el hecho o hechos constitutivos de la infracción deben estar plenamente señalados, precisados, de tal manera que el procesado sepa a qué atenerse, junto con las circunstancias genéricas de agravación o atenuación.
- Imputación Jurídica: el Magistrado al calificar debe hacer juicio valorativo de los hechos que constituyen la conducta típica para precisar en qué artículo de la norma estarían consagrados.

III- SOBRE LA ADECUACION TIPICA

Todos los seres humanos en nuestra interrelación desarrollamos conductas. La conducta puede ser comisiva u omisiva y se presentan de forma culposa y dolosa, es decir, la conducta puede ser comisiva culposa, comisiva dolosa y omisiva culposa y omisiva dolosa.

La norma jurídica comporta dos presupuestos: Un Hecho Jurídico y la Consecuencia Jurídica. Cuando tomamos las conducta y las examinamos comparándola con el supuesto de hecho contenido en la norma penal estamos hablando de tipicidad.

El tipo ético disciplinario es un símbolo, precepto, descripción y lo podemos definir así:

"Es un instrumento legal lógicamente necesario, de naturaleza descriptiva que tiene como función individualizar las conductas desarrolladas por los médicos.

Todos los tipos éticos tienen una estructura así: Una Acción, un Resultado. Y una Relación de Causalidad.

EL SUJETO

Sujeto Activo: Lo encontramos referido siempre a la conducta de un médico Sujeto Pasivo: Es el sujeto en quien recae la acción, el Estado es el titular del bien jurídico tutelado de la ética profesional médica.

LA CONDUCTA

Se divide de manera general en comisiva. El elemento descriptivo es la norma que es una composición gramatical perfecta. El verbo rector es el verbo principal que hay en una formación gramatical, es aquello que desarrolla la acción.

EL JUICIO DE VALORACION

Es la valoración que se hace de la conducta examinada para determinar si esa conducta se puede subsumir dentro de la descripción que trae el legislador.

El que interpreta o quien hace el estudio debe buscar la concordancia que existe entre la conducta desarrollada y la descripción hecha por el legislador, es decir, si la conducta cabe dentro del tipo penal.

Cuando la respuesta es positiva, es decir, si esa conducta cabe de manera perfecta dentro de la descripción hecha por el legislador, o más técnicamente hablando, existe una adecuación típica, estamos frente a una conducta típica.

Entonces, el proceso de adecuación típica del magistrado es un proceso de valoración donde se evalúan el tipo y la conducta. La tipicidad es la respuesta afirmativa de el resultado que nos da al comparar la conducta la conducta con el tipo penal.

Si bien de manera general los autos interlocutorios admiten el recurso de apelación, lo cierto es que hay algunos en que por propia disposición de la ley se les niega la posibilidad de éste recurso, o que jurisprudencialmente se deduce su inapelabilidad, por ser ilógica la segunda instancia para deter-

minados casos, por ser contrarios al sistema procesal imperante o porque se considera que en determinados casos la segunda instancia en lugar de favorecer perjudica a los intereses de los recurrentes.

IV- SOBRE LA PRUEBA ILICITA

Prueba ilícita es la obtenida con violación de las garantías fundamentales, es decir la que vulnera el principio de legalidad en sentido amplio, concebido como sometimiento de las actuaciones públicas a la integridad del ordenamiento jurídico.

La prueba ilícita por previsión constitucional, es nula de pleno derecho (art. 29 constitucional) y por lo tanto es mandatario su exclusión del proceso.

Como lo explica ampliamente la Corte Constitucional, en la sentencia SU-159 de 2002, en el derecho comparado se identifican tres grandes grupos de sistemas o tendencias sobre la naturaleza y alcance de la prueba ilícita: La tradición anglosajona donde existe una regla general de exclusión de la prueba ilícita con dos tendencias: La de Estados Unidos donde la regla de exclusión es imperativa y no hay margen de discrecionalidad para el juez; y la de Gran Bretaña, Canadá y Australia, donde el juez cuenta con discrecionalidad para sopesar la prueba y aplicar factores de ponderación. La tradición Romana, ejemplificada con Francia e Italia, donde la legislación procesal establece un rígido sistema de nulidades sustanciales y procedimentales que exigen una debida fundamentación del juez al aplicarlas, y La tradición Germánica donde no existe ni regla general de exclusión ni un sistema de nulidades sino un sistema en el que el juez tiene el poder para determinar en cada caso cuando una prueba obtenida con violación de derechos debe desestimarse, aplicando un método de ponderación de factores múltiples jurídicamente relevantes.

En nuestro país nos hemos inclinado por un sistema de regla general de exclusión, como explica la Corte Suprema de Justicia:

> *"... en nuestro ordenamiento jurídico, las pruebas inconstitucionales, están sometidas a la regla de exclusión, bajo el sistema de la nulidad de pleno derecho sin que al respecto exista discrecionalidad judicial, como ocurre en el derecho comparado, ni sin que se pueda alegar como excepción, la prevalencia del interés general, puesto que tratándose de*

derechos fundamentales, inherentes a la dignidad humana, la prioridad del interés general no puede ser interpretada de tal manera que ella justifique la violación de los derechos fundamentales

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia Julio 8 de 2004. Rad. 18451. MP: Herman Galán Castellanos.

V- SOBRE LA ILICITUD DE LA PRUEBA SUMARIA

Es claro que una prueba sumaria con la cual se pueda iniciar una investigación preliminar no constituye una prueba ilícita. La Ley 23 lo expresa claramente como uno de los factores esenciales para que puede recibirse una denuncia en contra de un médico. De hecho, la prueba inicial puede ser la misma declaración del quejoso o su representante legal. Y la misma historia clínica constituye un material probatorio esencial para poder tomar decisiones en procesos ético disciplinarios.

VI- SOBRE LA HISTORIA CLINICA COMO PRUEBA OCULTA

Esta afirmación no es de recibo para este tribunal. La historia clínica es el documento fundamental del acto médico y pertenece al paciente a quien se refiere o a sus representantes legales.

Sin la historia clínica en el expediente no se puede tener la posibilidad de evaluar la conducta de un profesional respecto de su eticidad, bondad o maldad.

VII- SOBRE EL INFORME DE CONCLUSIONES

Este documento es aplicable solamente al final de la investigación formal, cuando el magistrado instructor ha tomado una decisión y quiere presentarla en ponencia ante la sala plena de cualquier tribunal.

VIII- SOBRE LA SANA CRITICA RESPECTO DE LA VALORACION PROBATORIA

Este Tribunal Nacional se ha pronunciado en numerosas ocasiones respecto de la sana critica. Baste mencionar aquí algunos apartes de la obre de ERIC PÉREZ SARMIENTO (LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO) EDITORIAL: VADELL HERMANOS EDITORES, SEGUNDA EDICIÓN, 2001, VENEZUELA.

[1]El sistema de la sana crítica o de la libre convicción razona donde el juzgador aprecia la prueba de conformidad con las reglas de la lógica y de conformidad con máximas de experiencia; con el deber de expresar en sus decisiones, la forma en que se ha formado su convicción. El sistema de la sana crítica es, por tanto, el más completo y garantista de cuanto existe, ya que cuando el juez expresa en sus decisiones la forma ha valorado todas y cada una de las pruebas, en forma particular conjunto, las partes tiene la posibilidad de recurrir por razones de apreciación de la prueba, por silencio en el pronunciamiento sobre un medio determinado, o falta absoluta de análisis de prueba (inmotivación) tal manera, en el sistema de la sana crítica; la fundamentación del tribunal acerca de la valoración de la prueba constituye un elemento eso motivación de las decisiones.

En el proceso penal acusatorio la valoración de la prueba fundamentalmente por los sistemas de íntima convicción y de sana critica. El sistema de íntima convicción se usa fundamentalmente en los países la decisión de los juicios penales se produce por jurados populares lo por lo que se refiere a la decisión de fondo que debe recaer en pues en las decisiones interlocutorias referidas, a la existencia de meritos para incoar la causa, o para resolver una excepción o para aceptar o no la acusación, suele usarse el método de la sana crítica, toda vez que esas son decisiones que debe adoptar un juez profesional. En otros países, y esto Alemania es líder, todas las decisiones, incluida la sentencia definitiva deben ser motivadas en cuanto a la valoración de la prueba.
(…)

[2]E. Las máximas de experiencia, las reglas de la lógica y los conocimientos científicos como núcleo esencial de la libre valoración razonada de la prueba.

---

[1] AUTOR: ERIC PÉREZ SARMIENTO
LIBRO: LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO
EDITORIAL: VADELL HERMANOS EDITORES, SEGUNDA EDICIÓN, 2001, VENEZUELA.
PAGINAS: 67
[2] AUTOR: ERIC PÉREZ SARMIENTO
LIBRO: LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO
EDITORIAL: VADELL HERMANOS EDITORES, SEGUNDA EDICIÓN, 2001, VENEZUELA.
PAGINAS: 95

El sistema de libre valoración razonada de la prueba o si sana crítica, como ya hemos visto, no implica una mera y libérrima declaración de voluntad del juzgador acerca de cuáles hechos considera y cuáles no, sino por el contrario, una declaración fundada en razonamientos, que si bien son el producto de la convicción personal de los jueces, deben ser susceptibles de valoración por terceros conforme racionales emanados de la probabilidades, de la experiencia general, o de las relaciones estables y constantes entre diversos hechos, establecidas por la [3]ciencia. De tal manera, la apreciación de la prueba conforme a la sana crítica está acotada por las máximas de experiencia, las reglas de la lógica y los conocimientos científicos.

Las máximas de experiencia son reglas generales, extraídas de la experiencia cotidiana como producto de la observación continua de la conducta humana y de los fenómenos naturales, que nos permiten predecir que determinados estados de hechos conocidos y comprobados, pueden ser la causa o la consecuencia de otros desconocidos pero que pudieran ser sus antecedentes lógicos y probabilísticos. Esa determinación o afirmación de hecho, a partir de una regla de probabilidad lógica, a partir de la regla que la máxima de experiencia comporta, es lo que denominarnos juicio de hecho. El maestro alemán Leo Rosenberg consideraba al juicio de hecho como una conclusión obtenida mediante subsunción de lo percibido en ciertos conceptos generales o máximas de experiencia como proposición mayor y formado, por tanto, mediante reglas lógicas.

El maestro Friedrich Stein define las máximas de experiencia como:

"definiciones o juicios hipotéticos de contenido general; desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pera independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos…".

Sin embargo, no podemos estar de acuerdo con el contenido de esa definición en cuanto a que el juicio hipotético que la máxima de experiencia

[3] AUTOR: ERIC PÉREZ SARMIENTO
LIBRO: LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO
EDITORIAL: VADELL HERMANOS EDITORES, SEGUNDA EDICIÓN, 2001, VENEZUELA.
PAGINAS: 96

comporta esté desligado de los hechos concretos del proceso, pues la vinculación lógica entre, unos y otros es lo que le da sentido a la máxima de experiencia, en tanto baremo de valoración de la prueba.

La máxima de experiencia está íntimamente ligada alas reglas de la lógica, pues, en la práctica, la valoración de ta prueba se comporta coma un silogismo, en el cual la máxima de experiencia actúa como premisa mayor, la fuente de prueba concreta que se analiza en el proceso juega el papel de premisa menor, y el valor que se confiera al medio probatorio sería la conclusión o síntesis. En este sentido, la máxima de experiencia actúa corno factor de; validación o invalidación del medio probatorio y su fuente.

[4]Sin embargo, la enorme dificultad de las máximas de experiencia, cuya existencia algunos incluso han negado, reside en que no pueden ser controvertidas en reglas legales, pues se convertirían en tarifas de prueba, quedando así sustituido el criterio valorativo del juez por el del legislador.

Por esta razón, es tanto más que imperativo, que los tribunales motiven sus decisiones en punto a la prueba y su valoración, para que los sujeto de sus miembros puedan apreciar cómo han interpretado los jueces las máximas de experiencia. Por eso se dice que un sistema de prueba libre no puede funcionar sin un sistema de libre valoración razonada que exteriorice convicción del tribunal a través de la motivación hasta el punto tal que pueda da convencer incluso a aquellos que no presenciaron el juzgamiento.

Por tanto, la máxima de experiencia es una regla promedio de la razón humana respecto a un estado general de las cosas, que, empero, cada juzgador viene obligado a interpretar para cada caso concreto.

Es decir, el juez tendrá que explicarnos si en el caso específico que le toca decidir, se dan todas aquellas circunstancias de hecho que hacen valedera esa regla promedio o no.

(…)

[4] AUTOR: ERIC PÉREZ SARMIENTO
LIBRO: LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO
EDITORIAL: VADELL HERMANOS EDITORES, SEGUNDA EDICIÓN, 2001, VENEZUELA.
PAGINAS: 97

[5]Finalmente, los conocimientos científicos son fundamento de la sana crítica, cuando el resultado de la práctica de la prueba es una consecuencia de alta probabilidad respecto a los hechos que se intentan demostrar, que se basa en rigurosas relaciones causales establecidas por, la ciencia, siempre y [6]cuando la relación entre ambos fenómenos haya sido establecida correctamente. Por ejemplo, la ciencia forense ha establecido con toda exactitud que la deflagración de la pólvora por disparo de arma de fuego provoca emanaciones de partículas de plomo, antimonio y bario que se proyectan en torno al arma, de tal manera la presencia de estas partículas en la mano ducha de una persona,. constatadas a través de una prueba de análisis de trazas de disparó (ATD), puede ofrecer gran certeza de que esa persona ha disparado un arma de fuego a mano limpia dentro de las setenta y dos horas anteriores a la toma de la muestra. Eso nos viene dado por la relación que la ciencia ha establecido entre el acto de disparar y la impregnación de los residuos de la pólvora en la mano de quien dispara. Sin embargo, el resultado de esa prueba se reduciría a la nada, si se probara que la persona a ella sometida trabaja con sustancias que pudieran producir resultados similares, o que estuvo manipulando artilugios pirotécnicos, o, simplemente, que la muestra fue tomada violando las reglas de la cadena de custodia de la evidencia (con el kit de pines abierto y sin la presencia de los defensores de las personas incriminadas o de los testigos instrumentales de ley).

Este Tribunal Nacional advirtió en esa oportunidad, con providencia 108 de 2011:

La solicitud del sujeto procesal que alegue una nulidad, deberá determinar la causal que invoca las razones en que se funda y no podrá formular una nueva, sino por causal diferente o por hechos posteriores. Concluyendo con lo anterior que no es de recibo la solicitud de nulidad respecto de la providencia que eleva pliego de cargos por supuestos defectos técnicos en

[5] AUTOR: ERIC PÉREZ SARMIENTO
LIBRO: LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO
EDITORIAL: VADELL HERMANOS EDITORES, SEGUNDA EDICIÓN, 2001, VENEZUELA.
PAGINAS: 99
[6] AUTOR: ERIC PÉREZ SARMIENTO
LIBRO: LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO
EDITORIAL: VADELL HERMANOS EDITORES, SEGUNDA EDICIÓN, 2001, VENEZUELA.
PAGINAS: 100.

su producción. Por último, se hace necesario advertir al inculpado y a su defensa, que los actos procesales deben efectuarse de buena fe y que no se deben tolerar tácticas de defensa dilatorias que alarguen los procesos de manera indebida y mucho menos cuando se juegue al fenómeno de la prescripción a través de postponer diligencias, presentar recursos innecesarios u otro tipo de tácticas que podrían llevar a quien las practica a ser sujeto disciplinable ante el Consejo Superior de la Judicatura..

IX- SOBRE LA NULIDAD SOLICITADA

Con las anteriores consideraciones no son de recibo los argumentos esgrimidos por la defensa en respaldo de esta nulidad solicitada, en los siguientes aspectos

a- La conducta médica si fue evaluada respecto de su tipicidad por el tribunal de primera instancia
b- La historia clínica del paciente fallecido no es una prueba secreta ni oculta. Es elemento esencial en la evaluación de las conducta médicas dentro de los procesos disciplinarios
c- La quejosa solamente solicita sea investigada la conducta de los médicos que atendieron a su hijo fallecido. Además, un miembro de la comunidad que acuda a los tribunales de ética no tiene por que saber de los tipos disciplinarios en Derecho Ético Médico
d- El tribunal seccional CLARO que valoró las pruebas aportadas desde el comienzo del proceso. No es esta una contradicción de parte del recurrente? Por un lado decir que la conducta médica no fue evaluada respecto de su tipicidad y luego afirmar que se procedió a investigar sin valorar las pruebas aportadas al comienzo? O a que prueba hace referencia la defensa de los investigados?
e- El informe de conclusiones no se emite después de una investigación preliminar. Se informa a la sala plena cuando se decida abrir una investigación formal y posteriormente cuando se decida abrir o no pliego de cargos. Pero en donde se exige es antes de la ponencia del magistrado instructor ante la sala plena, analizando su decisión
f- El tribunal seccional sí ha valorado las pruebas en defensa de la acusada. Contrario a lo que se afirma, no se ha violado ninguno de los limites del debido proceso. Simplemente se encuentra en etapa de investigación preliminar y aun no se ha tomado una decisión respecto de continuar hacia una investigación formal o a un archivo del expediente como parte de una sentencia inhibitoria

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

RESUELVA

Artículo Primero - No decretar la nulidad solicitada por la defensa.**Artículo Segundo** - Devolver el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. **Artículo Tercero** - Contra la presente decisión no caben recursos. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. FRANCISCO PARDO VARGAS, Presidente - Magistrado; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado Ponente; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; EFRAíM OTERO RUÍZ, Magistrado; LILIAN TORREGROSA ALMONACID, Magistrada; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaría.

Bogotá, Noviembre veintiséis (26) del año dos mil trece (2013)

SALA PLENA SESIÓN No. 1204 DEL VEINTISEIS (26) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE (2013)

REF: Proceso 4238 Tribunal Seccional De Ética Médica De Bogotá
Denunciante: Sr. L.A.C.A.
Denunciado: Doctor M.U.S.
Asunto: Recurso de apelación ante negatoria de nulidad

Magistrado Ponente : Dr. Fernando Guzmán Mora
Providencia No.98-2013

VISTOS

El día 30 de mayo de 2013, el Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá elevó pliego de cargos en contra del doctor M.U.S., por atención prestada al señor F.C.T. en el Hospital Central de la Policía y queja elevada por el señor L.A.C.A., hijo de la presunta víctima. Estos hechos ocurrieron desde el 6 de octubre de 2008 hasta el 17 de febrero de 2009.

Dentro de términos, el abogado defensor del médico encartado, RAFAEL HERRERA TORRES, identificado con cédula de ciudadanía número 11.187.568 de Bogotá y Tarjeta Profesional número 81.446 del HCSJud, elevó solicitud de nulidad a partir de la etapa instructiva del proceso iniciado, quien según la defensa no pudo ejercer su derecho a la defensa y el debido proceso, debido a la falta de interés y gestión del Magistrado Instructor del caso, a quien acusa de falta de interés para la ubicación del acusado y, en cambio, nombró defensor de oficio sin la correspondiente declaratoria de persona ausente en el proceso.

Fue designada en ese momento procesal como defensa oficiosa la doctora CAROLINA PUERTO USECHE, quien logró ubicarlo a través de otra entidad agrupatoria de médicos.

El tribunal seccional resaltó los siguientes pasos procesales en el transcurso de la investigación:

• 24 de julio de 2009,. Se presenta la queja en contra del médico M.U.
• Agosto 5 de 2009. Se acepta la queja en sala plena designando Magistrado Instructor.
• Noviembre 26 de 2009. La Dirección de Sanidad de la Policía remite copia de la historia clínica del paciente F.C. al tribunal de primera instancia.
• Enero 26 de 2010. El señor L.A.C. rinde diligencia en calidad de quejoso
• Julio 12 de 2010. Se declara abierta la instrucción.
• Julio 13 de 2010. Se remitió comunicación a la Dirección del Hospital Central de la Policía para comunicar que solicitaba la comparecencia del médico investigado el 23 de julio del mismo año, para diligencia de versión libre y espontánea. No se presentó.
• Agosto 17 de 2010. Se envía nueva comunicación al HOCEN citando a la frustrada diligencia de versión libre, pero tampoco apareció el citado al tribunal seccional.
• Septiembre 3 de 2010. La Dirección del HOCEN envía una dirección existente en los archivos de la institución, en donde se suponía que residía el encartado.
• Septiembre 10 de 2010. Se envía comunicación en donde se cita al acusado para versión libre. El médico no compareció.
• Septiembre 17 de 2010. Se envió comunicación a la Asociación colombiana de Otorrinolaringología, la cual envía una dirección en Ibagué.
• Abril 12 de 2013. Se envía citación a la dirección en el departamento del Tolima, la cual fue devuelta al remitente.
• Abril 30 de 2013. Se nombra defensora de oficio a la doctora CAROLINA PUERTO USECHE, quien se posesiona del cargo el 2 de mayo de 2013.
• El 30 de mayo se dicta pliego de cargos en contra del doctor U.
• Julio 9 de 2013. Se recibió solicitud de la abogada de oficio para aplazar la diligencia de descargos poniendo de presente que había logrado ubicar al acusado en la ciudad de Ibagué.
• Agosto 5 de 2013. Se cita a U., a diligencia de descargos.
• Agosto 20 de 2013. Se radicó poder que confería el acusado al doctor RAFAEL HERRERA TORRES para que actuara en su defensa.

> • En esa misma fecha se recibe solicitud de declaratoria de nulidad por violación del derecho a la defensa y del debido proceso.
> El tribunal de primera instancia aporta estas pruebas documentales de numerosas citaciones al médico encartado y se apoya en la disponibilidad de medios por parte del ente investigador, la cual es reducida.

Esto destruye la acusación de falta de interés por parte del Magistrado Instructor y del Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá, los cuales sí desplegaron la diligencia exigida en estos casos, con los medios disponibles a su alcance para ubicar al investigado.

La defensora de oficio, como parte del proceso investigativo, ubicó al acusado por su cuenta y así pudo informarle de la acusación en su contra.

Además aduce que siendo la nulidad una forma extrema de subsanar una irregularidad, advirtiendo que todavía existe una oportunidad procesal de ingresar pruebas y ejercer la defensa, esta vez en la etapa del juicio, una vez decretada la elevación del pliego de cargos.

El juez ac quo negó sobre estas bases la declaratoria de nulidad.

En su providencia, obrante a folios 434 a 439, el juez ac quo lleva a cabo una serie de raciocinios jurídicos en los que incluye:

> • Juicio penal en persona ausente
> • La diligencia del tribunal seccional dentro de la disponibilidad de los recursos
> • La diferencia entre el sistema acusatorio y el ético disciplinario médico, • De las nulidades como medidas extremas en el proceso

Con lo anterior, que este tribunal nacional comparte en su totalidad y que conforma una unidad con la providencia que emitimos en calidad de ad quem, volvió a negar la nulidad solicitada (folio 448 del cuaderno principal).

En conclusión, ni el tribunal de primera instancia ni esta superioridad aceptan los argumentos de la apelación enviada por la defensa pidiendo la nulidad de lo actuado, pues la diligencia del tribunal seccional se encuentra demostrada en el proceso y, dentro de las posibilidades físicas,

económicas y profesionales de ese tribunal, se hizo todo lo posible por notificar al médico encartado, hasta encontrarlo.
Reiteramos la negativa de la nulidad solicitada con jurisprudencia de este tribunal nacional:

El derecho de defensa procesal, es uno de los más importantes de todo tipo de actuaciones judiciales y administrativas, tanto que el legislador de manera equivocada en ocasiones lo trascendentaliza indebidamente dando a entender que es de mayor importancia que las otras garantías que integran el debido proceso. Por esta errónea concepción encontramos normas erróneamente elaboradas donde se prioriza el derecho de defensa sobre las otras garantías y ello sucede con la causal 3ª de las nulidades en el artículo 306 del Código Procesal Penal, donde se establece como causal de nulidad la violación del derecho a la defensa, cuando bien se sabe que la vulneración de cualquiera de las garantías constitucionales que se aplican al proceso penal de manera necesaria debe general nulidad de la actuación. Así se concibe esta limitada y errónea causal de nulidad cuando se establece:

" ARTICULO 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.

Corte Constitucional.

1. El aparte subrayado de este artículo hacía parte del artículo 304 del Decreto-Ley 2700 de 1991, la Corte Constitucional se pronunció sobre dicho aparte declarándolo EXEQUIBLE mediante Sentencia C-150-93 de 22 de abril de 1993, Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz.
2. La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.
3. LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA (Lo destacado no lo es en el texto).

El numeral analizado ha debido ser redactado de la siguiente manera: " La violación de cualquiera de las garantías constitucionales propias del derecho procesal penal ".

Igual concepción errónea existe en el numeral 2º del artículo 310 Procesal. ARTICULO 310. PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LA DECLARATORIA DE LAS NULIDADES Y SU CONVALIDACION.

1. No se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para la cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho a la defensa.
2. Quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento.
3. NO PUEDE INVOCAR LA NULIDAD EL SUJETO PROCESAL QUE HAYA COADYUVADO CON SU CONDUCTA A LA EJECUCIÓN DEL ACTO IRREGULAR, SALVO QUE SE TRATE DE LA FALTA DE DEFENSA TÉCNICA.

Corte Constitucional

- Los numerales 1, 2 y 3 de este artículo hacían parte del artículo 308 del Decreto-Ley 2700 de 1991, la Corte Constitucional se pronunció sobre dichos numerales declarándolos EXEQUIBLES mediante Sentencia C-541-92 de 24 de septiembre de 1992, Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz.
4. Los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento del perjudicado, siempre que se observen las garantías constitucionales.
5. Sólo puede decretarse cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial.

Cuando la resolución de acusación se funde en la prueba necesaria exigida como requisito sustancial para su proferimiento, no habrá lugar a declaratoria de nulidad si la prueba que no se practicó y se califica como fundamental puede ser recaudada en la etapa del juicio; en cambio procederá cuando aquella prueba fuese imprescindible para el ejercicio del derecho de defensa o cuando se impartió confirmación a las resoluciones que negaban su práctica, a pesar de su evidente procedencia.
6. No podrá decretarse ninguna nulidad por causal distinta a las señaladas en este capítulo..”

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

RESUELVA

Artículo Primero - No conceder la nulidad solicitada por la defensa del Doctor M.U.S. **Artículo Segundo** - Remitir el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. **Artículo Tercero** - Contra la presente decisión no caben recursos. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. EFRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado- Presidente; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado Ponente; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaría.

Bogotá, Enero veintinueve (29) del año dos mil trece (2013)

SALA PLENA SESIÓN No. 1162 DEL VEINITNUEVE (29) DE ENERO DEL AÑO DOS MIL TRECE (2013)

REF: Proceso No. 2011-017 del Tribunal de Ética Médica del Huila
Contra: Dres. C.M.G.P, R.D.R. y H.S.G..
Denunciante: Sr. W.V.C.

Providencia No. 06-2013
Magistrado ponente: Dr. Efraím Otero Ruiz.

VISTOS

Mediante providencia del 8 de noviembre de 2012 el Tribunal de Ética Médica del Huila decidió no decretar la nulidad solicitada por la defensa en la actuación contra los Dres. C.M.G.P, R.D.R. y H.S. cuyo proceso había declarado archivado mediante fallo del 6 de agosto de 2012 y conceder la apelación . Esta fue presentada el 22 de noviembre y recibida en el Tribunal Nacional de Ética Médica el 28 de noviembre del mismo año. Puesto el expediente para reparto en Sala Plena del 4 de diciembre correspondió por sorteo al Magistrado Efraím Otero Ruiz.

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

HECHOS

De acuerdo con la queja, el Sr. W.V. de 37 años -afiliado a COLMENA- durante trabajos de construcción el 22 de octubre de 2008 sufrió herida perforante del pie derecho con una varilla metálica y fue trasladado de inmediato a la Clínica Uros de Neiva donde a cargo del Dr. H.S limpiaron

el área afectada, suturaron y aplicaron antitoxina tetánica. En octubre 24 es valorado por el ortopedista Dr. C.M.G. quien ordenó radiografía la cual le permitió concluir que solo se habían afectado tejidos blandos; estuvo hospitalizado durante 4 días y vuelto a citar para 20 días después. Por persistir el dolor el Dr. G. realiza infiltraciones que repite 5 días después con resultados negativos. Por ello el 2 de diciembre de 2008 resuelve practicar resección de tumor plantar derecho, sin mayor resultado en cuanto al dolor. Visto de nuevo el 27 de enero de 2009 el Dr. G. considera agotada la terapia. Visto en febrero 2 por el Dr. R.D.R., ortopedista de Colmena-Riesgos Profesionales, quien lo incapacita de nuevo lo atiende hasta el 21 de junio y lo refiere a la Clínica del Dolor del Hospital General de Neiva, donde es tratado durante 1 año sin resultado. En febrero de 2010 es remitido a la Clínica Irme de Bogotá donde es tratado durante otro año. Cambiado a Saludcoop, en marzo de 2011 el primer ortopedista, Dr. G., ordena una resonancia magnética que demuestra la presencia de un fragmento "de caucho" y reacción de cuerpo extraño a su alrededor como causa del dolor. Una resección y limpieza final conduce a mejoría definitiva. El quejoso demanda a los médicos por no haber practicado oportunamente una RM debido a negligencia, pereza y actitud desinteresada hacia su caso.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

El cuaderno único de 507 folios contiene los siguientes documentos aportados como pruebas:

1. Queja presentada el 29 de abril de 2011 ante el Tribunal de Ética Médica de Cundinamarca por el G. V., acompañada de fotografía en color de la herida inicial y del resultado de la resonancia magnética (Folios 2 a 6).
2. Declaración juramentada rendida el 8 de septiembre de 2011 ante el Juez 5º. Penal Municipal de Neiva por el Sr. W.V. a solicitud del Tribunal seccional de Cundinamarca en que amplía la queja anteriormente presentada (Por duplicado : folios 25 a 35).
3. Copia (también por duplicado) de la historia clínica del Sr. W.V. expedida por la Clínica de Occidente de Neiva a solicitud del Tribunal seccional de Cundinamarca (folios 69 a 141).
4. Envío en medio magnético el 13 de diciembre de 2011 del expediente hasta ahora adelantado por el Tribunal de Cundinamarca al Tribunal seccional del Huila cuyas labores se habían iniciado recientemente (folio 142).

5. Versión libre rendida el 19 de abril de 2012 ante el Tribunal seccional del Huila por el Dr. H.S.G., médico general asignado a urgencias de la clínica Uros de Neiva en el momento de sucedidos los hechos (folios 157-158) y quien estuvo a cargo de la limpieza y sutura iniciales.
6. Versión libre rendida el 19 de abril de 2012 ante el Tribunal del Huila por el Dr. R.D.R.A, psiquiatra, quien atendió al Sr.V. por dolor crónico de 6 meses de duración atribuído a la herida inicial y a la resección de granuloma o neuroma plantar que había presentado a raíz del accidente (folios 159 a 162).
7. Copia (también por duplicado) de la historia clínica del Sr. V.C. expedida el 24 de abril de 2012 por la Clínica Uros de Neiva a solicitud del Tribunal seccional (folios 175 a 303).
8. Versión libre rendida el 8 de mayo de 2012 ante el Tribunal seccional por el Dr. C.M.G.P, cirujano ortopedista quien atendió al Sr. V. referido por urgencias de la Clínica Uros y meses después practicó resección de granuloma plantar en el sitio de la herida (folios 307 a 309).
9. Informe de conclusiones rendido el 16 de julio de 2012 por el Magistrado instructor Dr. Antonio María Salgado Alvarado en que, después de un cuidados análisis de los documentos arriba mencionados afirma que ellos "me permiten establecer con claridad que el paciente fue valorado por profesionales de la medicina distintos a los denunciados quienes, concluyeron, en distintas épocas e instituciones de salud, la ausencia de cuerpo extraño en el pie afectado. Debo destacar que la salida espontánea de un elemento no identificado del pie del paciente se produce aproximadamente un mes después de la reunión de junta médica realizada por profesionales de varias especialidades de la Clínica Uros, en la cual realizan estudios y exámenes especializados y determinan que NO (mayúsculas en el original) existe cuerpo extraño en el pie del paciente…Concluye que no es procedente formular cargos contra el ortopedista Dr. C.M.G. . (folios 415 a 423)
10. Fallo de agosto 6 de 2012 del Tribunal seccional en que acoge las recomendaciones del Magistrado instructor y después de analizar también las versiones rendidas por los Dres. H.S. y R.D.R., determina que no existe mérito para formular cargos a los mencionados doctores, ordenando archivar la actuación (folios 425 a 435).

El quejoso mediante apoderado interpuso recurso de apelación contra la decisión del 6 de agosto de 2012.

Por su parte, el defensor de los Dres. C.M.G. y R.D.R. solicitó que se anulara la actuación personal que reconoció el recurso de apelación a favor del quejoso. Pero, mediante auto del 8 de noviembre de 2012 el Tribunal de Ética Médica del Huila no accedió a declarar la nulidad antes solicitada. Se indicó que, contra esta providencia, procedía el recurso de apelación. Por medio de memorial de 22 de noviembre de 2012 el defensor interpuso el recurso de apelación contra la decisión anterior, de fecha del 8 de noviembre de 2012.

Este Tribunal Nacional, haciendo la necesaria concordancia entre la Ley 906 de 2004 y el artículo 82 de la Ley 23 de 1981[1]considera que, de conformidad con las nuevas orientaciones, la víctima es un interviniente del proceso penal y por tanto tiene derecho a participar por medio de actuaciones precisamente previstas en la Ley antes citada.

En providencia N. 64-2102, magistrado ponente, doctor Efraím otero Ruíz, se dijo:

> ***"…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

[1] L ARTICULO 82 : En lo no previsto en la presente Ley, se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal.

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:

ARTICULO 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).

ARTICULO 31. ***TODA SENTENCIA JUDICIAL PODRÁ SER APELADA O CONSULTADA, SALVO LAS EXCEPCIONES QUE CONSAGRE LA LEY.***

El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único. 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 publica, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores

……..

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 1072, 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 calificatorio (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 PRECLUSION DE LA INVESTIGACION.

El Tribunal Nacional de Ética Médica ha expresado en repetida jurisprudencia:

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

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

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

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

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

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

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

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

solo subsiste para el juzgamiento de los parlamentarios ante la Corte Suprema de Justicia (art. 235-3 de la Constitución Nacional)".

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

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

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

" Además, en los procedimientos disciplinarios no se ha consagrado el recurso de alzada para el pliego de cargos y para corroborarlo nos permitimos citar los siguientes estatutos : " Decreto 250 de 1970 " por el cual se expide el estatuto de la Carrera Judicial y del Ministerio Público", artículos 92, 115 y subsiguientes; Decreto 196 de 1971 " por el cual se dicta el estatuto de la abogacía ", en donde ni siquiera existe resolución acusatoria, sino que se corre traslado es de la denuncia y de los documentos que la acompañan, por el término de 10 días (art. 74); Decreto 1660 de 1978 " por el cual se reglamentan parcialmente las leyes 15 y 20 de 1972, los Decretos 250 y 762 de 1970, 546 de 1971 y 717 de 1978, y otras disposiciones sobre administración del personal de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de las Direcciones de

Instrucción Criminal ", artículo 180; y Decreto 1888 de 1989 " por el cual se modifica el régimen disciplinario de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, artículos 37 y siguientes.

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

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.[2]

En el mismo sentido se había sostenido:

3-INVESTIGACION FORMAL

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:

a) Abrir pliego de cargos, que equivale a una resolución de acusación
b) 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

[2] Fernando Guzmán Mora. 19 de agosto de 2008

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

1) Ampliación del informativo por quince días hábiles
2) Pronunciarse de fondo mediante sentencia condenatoria
3) 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 EFECTUO UNA INVESTIGACION PRELIMINAR Y NO UNA INVESTIGACION FORMAL. EN EL PRIMER CASO SE DENOMINA INHIBITORIA Y EN EL SEGÚNDO SE DENOMINARIA PRECLUTORIA. EN EL PRIMER CASO, EL DENUNCIANTE TIENE DERECHO A LOS RECURSOS DE REPOSICION Y APELACION, PUES TODAVIA ES SUJETO PROCESAL. EN EL SEGUNDO CASO (PRECLUTORIA) NO TIENE DERECHO A ESTOS RECURSOS PUES YA HA PERDIDO SU CONDICION DE SUJETO PROCESAL[3]

En el mismo sentido se había sostenido:

EN CUANTO AL RECURSO DE APELACIÓN COMO SUBSIDIARIO

[3] Fernando Guzmán Mora. 27 de noviembre de 2007.

De manera reiterada la Jurisprudencia del Tribunal Nacional de Ética 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, 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 l0 de septiembre de 2002. TNEM…"

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Valle resuelve no reponer ni conceder la apelación.[4]

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 inculpado, señalando claramente los actos que se le imputan y fijando fecha y hora para que el Tribunal en pleno lo escuche en diligencia de descargos."

[4] Fernando Guzmán Mora 30 de mayo de 2006

El parágrafo 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 y configurar con tal rechazo un prejuzgamiento 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 PRECLUSION 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 inculpado de los actos que se le imputan se le señalará fecha y hora para que el Tribunal en pleno lo escuche en diligencia de descargos".
>
> " Esta norma es incompatible con cualquier recurso, pues su trámite haría inoficioso tal señalamiento.
>
> " Además, el implicado al sustentar los recursos, de una vez está respondiendo los cargos, con lo que se desconocerá la letra y el espíritu de la norma citada que quiere que los descargos sean rendidos ante el Tribunal en pleno.
>
> " Si los recursos no le prosperan, y por tanto se confirman los cargos, la diligencia de descargos se volverá inoficiosa, pues el acusado se

limitará a repetir los argumentos que ya le fueron rechazados al decidirle los recursos.

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

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

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

" Esta confusión solo se presenta en el llamado sistema inquisitivo, hoy superado por la mayoría de las legislaciones del mundo. En nuestro país solo subsiste para el juzgamiento de los parlamentarios ante la Corte Suprema de Justicia (art. 235-3 de la Constitución Nacional)"

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

" Todo ser humano tiene derecho a ser juzgado con absoluta imparcialidad, la que solo se logra cuando quien adelanta la investigación y formula los cargos no es el mismo que juzga y decide. Y aunque tal principio aún no lo podemos aplicar con relación a los tribunales seccionales, si es posible con relación al Tribunal Nacional, máxime si se

tiene en cuenta que de la propia letra del artículo 80 se deduce que el legislador no quiso darle recursos al tan mentado pliego ”

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

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

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

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

En resumen, el pliego de cargos, en el proceso ético disciplinario, es inapelable. De igual manera aplica para la preclusión de la investigación.[5]

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 APORTE DE PRUEBAS;***

e) ***A RECIBIR DESDE EL PRIMER CONTACTO CON LAS AUTORIDADES Y EN LOS TÉRMINOS ESTABLECIDOS EN ESTE CÓDIGO, INFORMACIÓN PERTINENTE PARA LA PROTECCIÓN DE SUS INTERESES Y A CONOCER LA VERDAD DE LOS***

[5] Juan Mendoza Vega. 13 de diciembre de 2005.

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 instan-

cias 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 la misma manera, por reiterada jurisprudencia de esta corporación. Se ha sostenido que el auto calificatorio, por medio del cual se formulan cargos o se abstiene de hacerlo contra el disciplinado, no es apelable.

Tratándose entonces, como se trata, de un auto por medio del cual la Corporación de primera instancia decidió no formular cargos contra los médicos disciplinados, es preciso concluir que dicha decisión no es apelable, de conformidad con lo establecido por la reiterada jurisprudencia de esta Corporación.

Pero ha de reconocerse que la víctima dentro del proceso disciplinario tiene calidad de interviniente y por tanto puede interponer recursos contra las decisiones que afectan sus derechos procesales.

De conformidad con las motivaciones precedentes se confirmará el auto recurrido del 6 de noviembre de 2012, en cuanto se negó la nulidad solicitada.

Se recomienda a los responsables de la Secretaría del Tribunal de primera instancia que la legajación de los procesos se haga –como es de práctica en todos los Tribunales- colocando los ganchos que legajan el expediente en la orilla izquierda del proceso porque, de tal forma, se tiene mucha mayor comodidad para el estudio del expediente.

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 el auto recurrido en cuanto se abstuvo de decretar la nulidad solicitada por, supuestamente, no ser la víctima sujeto procesal. **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. FRANCISCO PARDO VARGAS Presidente-Magistrado; EFRAÍM OTERO RUIZ, Magistrado Ponente; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; LILIAN TORREGROSA ALMONACID, Magistrada; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCIA BOTERO CASTRO, Secretaría.

Bogotá, Febrero once (11) del año dos mil catorce (2014)

SALA PLENA SESIÓN No. 1210 DEL ONCE (11) DE FEBRERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE (2014)

REF: Proceso No.775, Tribunal Seccional de Ética Médica del Norte de Santander
Contra: Dra. S. Del R.S. del Hospital Regional del Norte del Municipio de Tibú.
Denunciante: Sra. I.A.N.R.
Asunto: Apelación

Magistrado ponente: Dr. Lilian Torregrosa Almonacid
Providencia No. 13-2014

VISTOS

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Norte de Santander, en Sala Plena del 12 de noviembre de 2013, resolvió conceder la apelación interpuesta por la quejosa Sra. I.A.N.R., contra la decisión de precluir la investigación adelantada en el proceso 775 por no haber encontrado mérito para plantear pliego de cargos contra la Dra. S.DEL R.S., por lo que envió las diligencias a este Tribunal Nacional para lo de competencia.

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

HECHOS

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Norte de Santander, recibió el 5 de marzo de 2013, queja interpuesta por la señora I.A.N.R. relativa a las presuntas irregularidades en la atención que le prestó a su esposo H.S.D., la médica general del Hospital regional Norte E.S.E. de Tibú, el 11 de noviembre de 2012.

El tribunal seccional aceptó la queja y abrió la investigación, en el curso de la cual obtuvo y estudió copia de la historia clínica correspondiente al acto médico referido en la queja así como la correspondiente a la atención ulterior del paciente en la Clínica Saludcoop La Salle. Con base en el acervo probatorio reunido, el tribunal consideró, en Sala Plena del 17 de septiembre de 2013, que no había mérito para plantear pliego de cargos a la médica implicada en la atención inicial del S.D. y en consecuencia decretó la preclusión de la investigación.

El abogado de la defensa Alfonso Salina T.P. 125.286 del C.S.J. presentó por escrito su inconformidad con el fallo de primera instancia e interpuso el recurso de apelación el 30 de septiembre de 2013. El tribunal seccional, en Sala Plena del 12 de noviembre de 2013 negó el recurso de reposición y concedió la apelación impetrada, por lo cual envió las diligencias a este Tribunal Nacional.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

A pesar de que el Tribunal Seccional concede el recurso de apelación solicitado por la apoderada de la quejosa, esta superioridad debe enfatizar que ha sido jurisprudencia reiterada de esta corporación que la decisión por la cual se precluye una investigación no es susceptible del recurso de apelación.

Sin embargo, una vez examinado el material probatorio, El Tribunal Nacional nota que evidentemente no existe en el expediente el Informe de conclusiones del magistrado instructor y por lo tanto no está antecedida la decisión de primera instancia por este requisito.

Múltiples decisiones adoptadas en Sala Plena de esta superioridad exponen los argumentos por los cuales el TNEM considera necesario que obre en el expediente el informe de conclusiones previo a la decisión de calificación de la Instrucción

En Providencia No. 20-2010[1] el Magistrado Ponente Dr. Fernando Guzmán Mora expone las siguientes consideraciones:

[1] Providencia No. 20-2010

"Efectivamente a partir del artículo 75 de la Ley 23 se consagra este requisito propio de las formas propias del juicio del proceso disciplinario[2]*, que impone al magistrado instructor el deber de sentar su criterio ante la sala en un escrito que la ley denomina, informe de conclusiones, requisito que es fundamental dentro de la estructura del proceso, porque los restantes magistrados que desconocen el proceso y las pruebas contenidas en el mismo, mediante este informe de conclusiones tienen la oportunidad de tener un conocimiento del proceso, formarse una idea de él, para efectos de tener el criterio informado sobre el mismo y poder determinarse para aceptar o rechazar la propuesta de decisión que sugiere el ponente.*

La ley 23 crea y reglamenta este informe de conclusiones de la siguiente manera:

ARTICULO 75. Una vez aceptada la denuncia, el presidente del Tribunal designará a uno de sus miembros para que se instruya el proceso disciplinario ***Y PRESENTE SUS CONCLUSIONES DENTRO DE UN TÉRMINO NO SUPERIOR A QUINCE DÍAS HÁBILES.***

ARTICULO 78. ***CUANDO LA NATURALEZA DEL ASUNTO ASÍ LO EXIJA, EL INSTRUCTOR PODRÁ SOLICITAR EL TRIBUNAL LA AMPLIACIÓN DEL TÉRMINO SEÑALADO PARA PRESENTAR EL INFORME DE CONCLUSIONES***. En tales casos la prórroga que se conceda no podrá exceder de quince días hábiles.

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

ARTICULO 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.***

ARTICULO 80. ***ESTUDIADO Y EVALUADO POR EL TRIBUNAL EL INFORME DE CONCLUSIONES, SE TOMARÁ CUALQUIERA DE LAS SIGUIENTES DECISIONES.***

a. Declarar que no existe mérito para formular cargos por violación de la ética médica, en contra del profesional acusado.
b. Declarar que existe mérito para formular cargos por violación de la ética médica, caso en el cual, por escrito se la hará saber así al profesional inculpado, señalando claramente los actos que se le imputan y fijando fecha y hora para que el Tribunal en pleno lo escuche en diligencia de descargos."

"Es evidente que la ausencia de informe de conclusiones constituye una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso, porque los ritos y formalidades creadas por el legislador no son de cumplimiento potestativo de los jueces, sino que por el contrario deben ser obedecidos de manera imperativa, puesto que el procedimiento es de orden público y todos los intervinientes procesales deben someterse a los lineamientos rituales establecidos por el legislador.

Debe precisarse que la ley, la doctrina y la jurisprudencia han coincidido en la existencia de dos tipos de normas procesales a saber: a) Las materiales o sustanciales, que de manera regular son reglamentarias de principios o garantías constitucionales, a las que se debe aplicar de manera estricta el principio de legalidad en su aplicación en el tiempo. Son irretroactivas en cuanto a que de manea general solo rigen desde su promulgación hacia el futuro, excepto cuando en el tránsito legislativo se presentan casos de favorabilidad, caso en el cual son aplicables las excepciones del principio anterior, esto es la retroactividad y la ultraactividad y; b) las normas neutras o indiferentes que son las

que señalan las normas de competencia dentro de la justicia ordinaria o regulan aspectos de puro impulso procesal, que por tal razón son de aplicación inmediata y por tanto no le son aplicables las garantías derivadas del principio de legalidad en su aplicación en el tiempo, esto es, retroactividad y la ultraactividad.

Es claro que las normas que regulan el informe de conclusiones, son de contenido sustancial o material, puesto que están relacionadas en la forma en que se gesta y concreta la calificación del mérito del sumario. Como ya se había advertido, es la forma como el magistrado instructor informa a sus compañeros de Sala, cuál es el contenido probatorio del proceso, cuáles son los hechos y cuál es la propuesta de solución al problema médico involucrado en el caso, al igual de cuál es la propuesta jurídica en relación con el disciplinado. Se trata de aspectos trascendentes del proceso y es por ello, que se trata de normas de contenido material o sustancial.

Su ausencia, constituye una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso y es trascendente para la validez del proceso, puesto que este tipo de errores de procedimiento aparecen consagrados como causal de nulidad en el artículo 457 que establece:

ARTÍCULO 457. NULIDAD POR VIOLACIÓN A GARANTÍAS FUNDAMENTALES. Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa ***O DEL DEBIDO PROCESO EN ASPECTOS SUSTANCIALES.*** *Los recursos de apelación pendientes de definición al momento de iniciarse el juicio público oral, salvo lo relacionado con la negativa o admisión de pruebas, no invalidan el procedimiento. (Lo destacado no lo es en el texto)....”*

“...Existen otros argumentos que apoyan que el informe de conclusiones sea de trascendencia procesal:

1- :as formalidades procesales, consagradas en los códigos respectivos, por ser de orden público, no son de libre interpretación de los operadores judiciales y describen de manera clara los pasos a seguir dentro de cada evaluación procesal.
2- Cuando existe un señalamiento especifico al ritual procesal, este no debe desconocerse, pues la intención del legislador ha sido garantizar la igualdad de las partes en conflicto

3- Adicionalmente, al ser el nuestro un sistema de tipo garantista, el respeto a las etapas procesales constituye un apoyo a esas garantías constitucionales para las partes

4- Debe precisarse que la ley, la doctrina y la jurisprudencia han coincidido en la existencia de dos tipos de normas procesales a saber: a) Las materiales o sustanciales, que de manera regular son reglamentarias de principios o garantías constitucionales, a las que se debe aplicar de manera estricta el principio de legalidad en su aplicación en el tiempo. Son irretroactivas en cuanto a que de manea general solo rigen desde su promulgación hacia el futuro, excepto cuando en el tránsito legislativo se presentan casos de favorabilidad, caso en el cual son aplicables las excepciones del principio anterior, esto es la retroactividad y la ultraactividad y; b) las normas neutras o indiferentes que son las que señalan las normas de competencia dentro de la justicia ordinaria o regulan aspectos de puro impulso procesal, que por tal razón son de aplicación inmediata y por tanto no le son aplicables las garantías derivadas del principio de legalidad en su aplicación en el tiempo, esto es, retroactividad y la ultraactividad.

Es claro que las normas que regulan el informe de conclusiones, son de contenido sustancial o material, puesto que están relacionadas en la forma en que se gesta y concreta la calificación del mérito del sumario. Como ya se había advertido, es la forma como el magistrado instructor informa a sus compañeros de Sala, cuál es el contenido probatorio del proceso, cuáles son los hechos y cuál es la propuesta de solución al problema médico involucrado en el caso, al igual de cuál es la propuesta jurídica en relación con el disciplinado. Se trata de aspectos trascendentes del proceso y es por ello, que se trata de normas de contenido material o sustancial.

Su ausencia, constituye una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso y es trascendente para la validez del proceso, puesto que este tipo de errores de procedimiento aparecen consagrados como causal de nulidad en el artículo 457 del C.P.P, que establece: ARTÍCULO 457. NULIDAD POR VIOLACIÓN A GARANTÍAS FUNDAMENTALES. Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa ***O DEL DEBIDO PROCESO EN ASPECTOS SUSTANCIALES.***

Los recursos de apelación pendientes de definición al momento de iniciarse el juicio público oral, salvo lo relacionado con la negativa o

admisión de pruebas, no invalidan el procedimiento. (Lo destacado no lo es en el texto).

En las circunstancias en que queda el proceso, sería del caso que el Tribunal de Antioquia procediera nuevamente a calificar el mérito del sumario, partiendo previamente de su requisito de procedibilidad, que en este caso es el informe de conclusiones del magistrado instructor, pero es una realidad que en criterio de esta Corporación, persisten dudas respecto de la eventual responsabilidad de la disciplinada o incluso institucional donde el menor fue tratado, razón por la cual en nuestra decisión anterior, se hicieron algunas recomendaciones investigativas, que en criterio del Tribunal Nacional deben cumplirse para efectos de garantizar transparencia en la administración de justicia y que exista certeza realmente sobre cuáles fueron las causas que desencadenaron los efectos negativos del tratamiento para efectos de reiterar la preclusión o en sentido contrario para la respectiva formulación de cargos.
En las circunstancias precedentes, el Tribunal de primera instancia debe proceder a calificar nuevamente el mérito de la investigación, pero previamente a ello, debe tener en cuenta las recomendaciones probatorias realizadas por esta Corporación.

5- Algunos argumentan que el informe de conclusiones podría ser verbal. Sin embargo, el articulo 42 del Decreto 3380 de 1981, reglamentario de la Ley 23 de 1981, dice explícitamente que las actuaciones procesales deben constar por escrito
6- Se ha sugerido que la simple mención escrita de haber considerado el informe de conclusiones del magistrado instructor, antes de la decisión final de la sala, pueda subsanar lo que se consideraría como una simple irregularidad. Sin embargo, esto no se compadece con el texto de la norma, que exige que sea considerado como una pieza procesal independiente
7- Es evidente que en relación con el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta se dispone que el mismo " ……SE APLICARÁ…." , a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas y en relación con el derecho a la defensa técnica y material se dispuso que el ciudadano que sea sindicado ".....TIENE DERECHO A LA DEFENSA…."; y frente a la claridad gramatical de las disposiciones comentadas es completamente imposible que pudiera llegar a concluirse que tales derechos fueron consagrados de manera potestativa y no imperativa como efectivamente lo fueron.

De la misma manera, ha de concluirse que la voluntad del Constituyente fue clara, en el sentido de que las garantías integradoras del concepto del debido proceso, debían ser aplicadas a toda clase de actuaciones judiciales y es por ello que hoy, por voluntad del Constituyente puede hablarse de un debido proceso constitucional, administrativo, penal, civil, comercial, agrario, de familia, laboral, fiscal, disciplinario, etc.- Pero no contento con imponer el concepto del debido proceso a las actuaciones procesales adelantadas ante los jueces de la República, lo proyectó al ámbito de las actuaciones administrativas y tal expresión de voluntad del máximo legislador nos debe llevar de manera necesaria a la conclusión que en toda clase de actuaciones administrativas, tanto en las entidades descentralizadas territoriales y por servicios, y en los organismos de control, en las que se pudieran tomar medidas de carácter sancionatorio o impositivo en contra de los intereses de los ciudadanos debe implantarse, respetarse y aplicarse un concepto constitucional del debido proceso y por tal razón puede entonces hablarse de un debido proceso policivo, contravencional, disciplinario, fiscal, etc.- No puede existir la más mínima duda respecto a la universalización del debido proceso porque la claridad gramatical como quedó expresada la voluntad del constituyente, se trata de una expresión gramatical apabullante, precisa, clara, en cuanto determina de manera imperativa y en relación con toda clase de procedimientos judiciales y actuaciones administrativas: " EL DEBIDO PROCESO SE APLICARÁ A TODA CLASE DE ACTUACIONES JUDICIALES Y ADMINISTRATIVAS.

".- Es por las razones precedentes que se habla de inconstitucionalidad sobrevenida, porque de un texto constitucional que no regulaba o normalizaba nada en relación con estas garantías, se pasó a una Carta Política que si regulaba estos derechos y los imponía de manera obligatoria e imperativa, de la misma manera que lo quiso imponer para toda clase de actividades públicas o privadas,[3] *en las cuales pudieran llegar a tomarse determinaciones que afectasen de cualquier manera derechos fundamentales de los ciudadanos.*

[3] La expresión - privadas -, es un decir, porque cuando las instituciones docentes sancionan a los estudiantes lo hacen con autorización del Estado por medio de las leyes que regulan la educación en todos sus estadios; cuando las ligas deportivas aficionadas o profesionales disciplinan a los deportistas por infracciones a las reglas del juego, lo hacen con fundamento en autorizaciones dadas por la ley del deporte; cuando las agremiaciones profesionales juzgan a los miembros de una determinada profesión por violación a la ética de esa actividad, lo hacen con fundamento en una autorización legal, como sucede con

En tales condiciones si el concepto del debido proceso y todas las garantías que lo integran han de ser aplicadas a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, es menester concluir que la norma pre-constitucional que se comenta es contraria a la Constitución vigente, puesto que allí se dispone que el derecho a la defensa es potestativo, contra la imperatividad impuesta por la Norma Superior.

En las circunstancias previas, la decisión constitucional de la _Corte Suprema de Justicia como juez constitucional en 1981 no constituye cosa juzgada constitucional para este caso, por tratarse de una norma y una decisión pre-constitucionales; norma que al ser analizada a la ley de la Constitución vigente, cae en las previsiones de la inconstitucionalidad sobrevenida.
B) El debido proceso y su universalización a todo tipo de procesos judiciales y administrativos.

Es bien sabido que la Carta Política se limita a mencionar el concepto del debido proceso, sin definirlo, ni precisar sus características, lamentablemente el legislador en los distintos estatutos procesales ha evadido la responsabilidad de delimitar el concepto, particularmente más exigente en el proceso penal, donde de manera cotidiana los sujetos procesales esgrimen sus armas dialécticas respecto a la presunta o real violación o no del debido proceso.

Es lamentable que el legislador no haya cumplido con esta obligación, porque nos parece que se trata de un esfuerzo dogmático que ha debido realizarse, porque el concepto del debido proceso debería presidir dentro de su particular perspectiva todos y cada uno de los códigos procesales existentes, porque siendo su violación una de las causales de nulidad mayormente aducidas, es evidente que el legislador debe por lo menos comprometerse con la idea que en este Estado de Derecho se debe tener sobre tan importante concepto político-jurídico.

---

los Tribunales de Ética, que disciplinan a los galenos por faltas a la ética médica, pero lo hacen con fundamento en la autorización emanada de la ley 23 de 1991.-

Se alude entonces a actividades privadas, en cuanto a los organismos que imponen las sanciones, pero siempre con fundamento en una delegación que el Estado les ha hecho previamente por medio de una ley, por medio de la cual traslada su competencia sancionatoria a entes privados que están autorizados para impartir justicia disciplinaria.

Por debido proceso, debemos entender desde la perspectiva estrictamente penal, el conjunto de normas constitucionales, de los tratados y de las leyes, mediante las cuales se consagran un conjunto de derechos y de garantías de naturaleza penal y procesal, que buscan impedir, restringir o limitar la capacidad investigativa, perseguidora y punitiva del Estado, en cuanto permite la investigación y la persecución penal con una serie de limitantes temporo-espaciales, estableciendo condicionamientos circunstanciales de modo; de la misma manera que establece claras limitaciones sancionatorias en cuanto a la clase de penas a imponer, la duración de la mismas y los modos de ejecutarlas; todo ello, para efectos de garantizar de manera efectiva los derechos fundamentales de los ciudadanos entre los que se encuentran la vida, la integridad física y síquica, la dignidad, la libertad, la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y de las comunicaciones, el libre desarrollo de la personalidad, entre otras.
Desde la anterior perspectiva, es necesario concluir que entre las principales características del debido proceso (en general) y de manera concreta en el proceso penal son las siguientes:

A) El debido proceso es fundamentalmente un concepto político-jurídico, puesto que su comprensión y alcance depende del modelo de Estado y de sociedad acogidos por la estructura política que los condiciona, es decir, por la Constitución.
B) El debido proceso por la razón precedente, es un concepto propio de cada país, que generalmente cambia, cuando se producen cambios fundamentales en la estructura del Estado, particularmente en lo que hace relación con las potestades y competencias de éste, en relación con el ejercicio de los derechos ciudadanos y del cumplimiento de sus deberes;
C) El debido proceso es universal, pues debe existir desde la perspectiva que impone la naturaleza de cada materia procesal, en todos los procedimientos judiciales y en las actuaciones administrativas, mediante las cuales se puedan llegar a imponer sanciones o decisiones que afecten derechos del ciudadano;
D) El debido proceso impera hasta en procedimientos sancionatorios ejercidos por los particulares cuando la ley difiere en éstos el ejercicio de ciertas potestades represivas. Se hace referencia por ejemplo a la capacidad disciplinaria que tienen los patrones respecto de los trabajadores, los entes educativos respecto de docentes y

dicentes y las ligas deportivas, aficionadas y profesionales respecto de las personas involucradas en tales actividades.

E) El debido proceso es un concepto complejo, puesto que aparece integrado por múltiples garantías constitucionales y legales. No son solo las que aparecen en el artículo 29 de la Constitución, ni solo las que aparecen en los artículos 14 del Pacto y 8 de la Convención. A lo largo del texto Superior existen plurales garantías que de manera necesaria hacen parte del debido proceso, lo complementan, o le sirven de apoyo instrumental.

El debido proceso es un concepto abstracto que no se viola por si solo, sino que es indispensable que se vulnere una de las garantías que lo integran para poder pregonar la violación del precepto constitucional. Es así que cuando se viola el derecho a la defensa, el principio de legalidad, el de presunción de inocencia, el principio de la reformatio in pejus, el de la dignidad humana, el de la inviolabilidad de la correspondencia o de las comunicaciones por realización arbitraria de las mismas, se está violando el debido proceso; siempre es indispensable que se viole una de las garantías que lo integran para que pueda pregonarse consecuencialmente la violación de este precepto constitucional.

F) El debido proceso está integrado por garantías pertenecientes tanto al derecho penal material, como al derecho procesal penal y no como algunos creen, que el debido proceso está referido única y exclusivamente a garantías de contenido procesal.

G) El debido proceso limita la capacidad investigativa, persecutoria y punitiva del Estado, para evitar que como se pueda convertir en un instrumento de persecución y de terror (Alemania con la implantación del régimen nacional socialista, Argentina en la década de los 60, con la implantación de un régimen militar, instrumento estatal de indignidad, deshumanización y terror), e igualmente impedir en la medida de lo posible que los funcionarios que ejercen la persecución penal, abusen arbitrariamente del poder que les confiere sus investiduras, porque nunca debe olvidarse que el ejercicio del poder, es vecino de su abuso.

Al limitarse el poder punitivo del Estado y al controlarse el poder de los funcionarios que ejercen la represión, se garantizan en la medida de lo posible los derechos fundamentales de los ciudadanos, particularmente los que están sometidos a cualquier clase investigación o procesamiento.

H) El debido proceso se integra mediante normas constitucionales, del Bloque de Constitucionalidad y legales, en las cuales se constituyen o reconocen los derechos o garantías, o son reglamentadas los mismos, al consagrarse limitaciones al Estado en cuanto al tiempo, la clase de sanciones que puede imponer, el límite a las mismas, la forma en que deben realizarse las diligencias, las formas de investigación o interrogatorio prohibidas, la duración y la forma de ejecución de las penas; o se consagran derechos y garantías a favor de los sujetos procesales como el derecho a la defensa técnica y material, el derecho de probar y de contradicción probatoria y dialéctica, el derecho a interponer recursos, a solicitar copias e informaciones referentes al caso, el derecho a ser escuchado dentro de la investigación preliminar o dentro del proceso penal, etc.

I) El debido proceso es una garantía constitucional particularmente concebida en favor del sujeto pasivo de la acción penal, pero claramente extensible, en lo que no sea incompatible a todos los sujetos procesales, para garantizar la igualdad procesal.

J) El debido proceso es un concepto mutante, en cuanto a que los cambios normativos, tecnológicos, ideológicos, culturales y sociales, económicos y de orden público, casi de manera necesaria imponen modificaciones en cuanto a su contenido y alcance.

El concepto de violación domiciliaria en la época napoleónica ha sido superado por la moderna tecnología, porque del tradicional ingreso arbitrario y abusivo a domicilio ajeno, pasamos al ingreso a domicilio ajeno por la percepción por audio, o video de lo que pueda ocurrir al interior de ese domicilio.

K) El alcance, contenido y mayor o menor garantismo es diverso en cada país, puesto que responde al concepto político de Estado y de sociedad que se haya adoptado y a los fines políticos estatales o antropocentristas que el mismo se haya señalado en la línea conductora de la Constitución.

L) El debido proceso ha de aplicarse en todas las etapas pre, procesales, procesales, y de ejecución penitenciaria, como son la etapa de investigación preliminar, en la fase de juzgamiento y en la etapa de ejecución punitiva, que de manera necesaria debe comprender la fase de la detención preventiva.

J) Existen tantos conceptos de debido proceso, como ordenamientos procesales y administrativos. En tales circunstancias puede hablarse de un debido proceso constitucional, penal, laboral, civil, consti-

tucional, administrativo, policivo, disciplinario, contravencional, de familia, fiscal, etc.-

Con la idea expresada de lo que ha de entenderse por debido proceso y por algunas de sus características, ha de concluirse que el debido proceso es propio de todo tipo de ordenamientos procesales y administrativos y no es como en algún momento han pensado algunos, que se trata de una garantía propia y exclusiva del proceso penal.

Debe si reconocerse que algunas de las garantías que lo integran son propias del proceso penal y por tanto inaplicables a otro tipo de procedimientos, se hace referencia a garantías como la presunción de inocencia, el derecho a no declarar contra sí mismo, el principio de favorabilidad y otras que como ya se dijo son propias de la naturaleza del proceso penal; pero la existencia de ésta realidad no puede llevar a la errada conclusión que el concepto constitucional allí establecido del debido proceso es solo aplicable a procesos de naturaleza penal, porque primero que todo debe interpretarse en su claridad gramatical el texto constitucional del que ha de concluirse que fue voluntad del Constituyente consagrar esta garantía para que existiese en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. No a otra conclusión puede llegarse cuando el Constituyente afirma:

" ARTICULO 29. EL DEBIDO PROCESO SE APLICARÁ A TODA CLASE DE ACTUACIONES JUDICIALES Y ADMINISTRATIVAS.

De manera similar las normatividades que integran el Bloque de Constitucionalidad, con claridad disponen que el derecho al debido proceso no es exclusivo del derecho penal cuando disponen al respecto de la siguiente manera:
En el Pacto (Ley 74 de 1968):
"…….en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella O PARA LA DETERMINACIÓN DE SUS DERECHOS U OBLIGACIONES DE CARÁCTER CIVIL.- (Lo destacado no lo es en el texto).-
En la Convención (Ley 16 de 1972):
"…… , en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, O PARA LA DETERMINACIÓN DE SUS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE ORDEN CIVIL, LABORAL, FISCAL O

DE CUALQUIER OTRO CARÁCTER. (Lo destacado no lo es en el texto).

Pero como razón justificativa de nuestra afirmación no podemos quedarnos en la simple explicación literal de la estructura gramatical de la oración, porque es claro que si estamos viviendo en un verdadero Estado de Derecho y si los procesos tanto judiciales como administrativos son claramente contenciosos, es necesario concluir, que en la decisión que se tome en cualquiera de ellos resultarán afectados los derechos de alguno de los intervinientes o como colofón final se tomará una decisión de condena, donde podrían afectarse derechos de variada naturaleza.

En tales circunstancias es natural, que el Constituyente haya previsto que en todas esas actuaciones procesales y administrativas, generalmente de naturaleza contenciosa, que tienen en común, que al decidirse pueden afectarse derechos de los sujetos procesales involucrados, que los ciudadanos así comprometidos, tengan una serie mínima de derechos y garantías que puedan evitar que el Estado utilice tales mecanismos procesales como instrumentos de represión, persecución y de dominio; que controlen el poder de los funcionarios, para evitar el capricho, la corrupción o la arbitrariedad porque como ya lo dijimos, no puede olvidarse, que el ejercicio del poder – toda clase de poder, es vecino de su abuso; que el ciudadano involucrado voluntaria o involuntariamente en este tipo de procesos contenciosos no sea avasallado en su buena fe o que se afecten sus derechos con triquiñuelas, pruebas ilícitas, ardides o argucias que en ocasiones logran desafortunadamente alterar la verdad de la justicia, o que no vayan a ser menoscabados sus derechos por el siempre omnipresente error judicial, o mejor, del funcionario que tiene la competencia para decidir.-
Recuérdese que una de las garantías que hacen parte del concepto constitucional del debido proceso es el derecho ciudadano a tener acceso a la justicia , y el mismo no puede entenderse con la simplista posición de acceder materialmente a los estrados judiciales, sino que como lo ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia, ha de ser entendido desde una perspectiva dinámica que comprende el acceder, participar activamente en los procesos, tener la oportunidad de ejercer todos los derechos implícitos en un proceso como son los de postulación, probar, contradicción, defensa, interposición de recursos, legalidad de la prue-

ba, presunción de inocencia y carga de la prueba y en general todos aquellos que en la medida de lo posible y dentro de las imperfecciones de la justicia de los hombres, le garanticen al ciudadano una decisión justa y acorde con la realidad histórica de los hechos.

Si el debido proceso como se ha sostenido en precedencia constituye una limitante al poder del Estado y una valla protectora para los ciudadanos frente a la arbitrariedad, la corrupción y los errores de los funcionarios del Estado; si como se ha dicho en toda clase de actividades procesales y administrativas se pueden tomar decisiones que afecten derechos de los ciudadanos, es una realidad de un verdadero Estado de Derecho que el concepto del debido proceso y las garantías que lo integran, debe ser una constante en todos aquellas actuaciones judiciales o administrativas, porque sin que sean necesariamente sancionatorias, sus decisiones pueden afectar de manera grave los derechos ciudadanos

8- Nulidades e irregularidades

La palabra nulidad proviene del latin nullitas y de nullus_a_um, que quiere decir "que no es", que no tiene esencia de ser.

Es una forma de impugnar las decisiones judiciales que no necesita de la doble instancia para ser procedente

Los actos procesales, para ser considerados válidos, deben tener unas condiciones inherentes que los vuelven maduros y aceptables para el proceso, para que puedan cumplir con su finalidad específica dentro del mismo.

Dentro de estos actos procesales se pueden presentar dos tipos de error:

1- In procedendo, cuando el acto procesal no cumple con una secuencia lógica en su formación y, por tanto, violan el debido proceso. Estos errores se subsanan con la declaratoria de nulidad
2- In judicando, cuando el raciocinio del juez se desvía de la ley sustancial. Este error se corrige a través de los recursos.

La nulidad es un estado de alteración de un acto procesal que tiene su origen en la falta de un elemento esencial para su constitución o en la

presencia de elementos viciados que lo hacen susceptible de ser declarado no válido jurídicamente

Para ello se necesita que el acto procesal exista, pero que no se encuentre revestido de unas exigencias básicas previstas por la legislación, debido a carencia de esas condiciones o a vicios de las mismas, que lo hacen inválido en el proceso.

A diferencia de la inexistencia procesal del acto jurídico, que no necesita ser declarada por el juez, la nulidad debe ser expresada sobre el acto considerado inválido. Esto quiere decir que no hay actos nulos en sí mismos y, mientras no se anulen procesalmente, continuarán produciendo sus efectos jurídicos. Es decir, mientras la autoridad competente no los declare nulos, son de obligatorio cumplimiento

Por lo anterior, la inexistencia procesal es diferente a la nulidad. Los actos inexistentes, como no han nacido a la vida jurídica, son insubsanables. Sin embargo, en sus efectos pueden asimilarse a la nulidad absoluta, pues ambos dejan de producir efectos jurídicos. Adicionalmente, el acto inexistente afecta un acto procesal determinado, mientras que la nulidad puede invalidar todo el proceso o parte del mismo y se puede producir en cualquier momento.

La nulidad y la inexistencia no pueden coexistir en el mismo acto procesal. Cuando se presente un acto inexistente, no es posible impetrar la declaratoria de nulidad.

Ahora, la nulidad puede no materializarse por varias causas:

• Porque el acto cumplió su finalidad sin violar el derecho a la defensa
• Porque ha sido convalidado por el consentimiento de aquel a quien perjudique, dentro de las garantías constitucionales
• Porque existe otro medio para sanear la irregularidad sustancial
• Porque quien alega la nulidad no demuestra el perjuicio causado en sus garantías constitucionales. A este respecto, quien alega la nulidad debe indicar el motivo de la nulidad, la irregularidad sustancial alegada, la forma en que se lesiona la estructura del proceso, la manera en que se afectan las garantías del sujeto procesal y el acto procesal que debido a esta irregularidad queda afectada o viciada.

• Porque con la conducta del sujeto procesal coadyuva a la ejecución del acto irregular (excepto en casos de ausencia de defensa técnica)
• Cuando se alegue de manera extemporánea
• Cuando la causal de nulidad no se encuentre taxativamente expresada en la ley

Las nulidades pueden ser sustanciales y procesales.

Las primeras son aquellas que evalúan un acto jurídico al que le faltan requisitos exigidos por la ley para que tengan validez: capacidad, consentimiento, causa licita, objeto licito, formalidades expresas. Estas pueden ser absolutas y relativas

Las nulidades procesales aprecian si el procedimiento aplicado en el acto procesal cumplió con las garantías del debido proceso, el derecho a la defensa y la observación de la competencia debida

Desde otro punto de vista, las nulidades pueden ser absolutas y relativas. Las primeras violan normas de derecho penal o las afectan en su núcleo esencial y son insubsanables por el consentimiento expreso de las partes o por el paso del tiempo. Las segundas o relativas, se refieren a las regulaciones del proceso y son efectivas cuando son reclamadas por el sujeto procesal, pero pueden ser saneadas y el acto convalidado…"

"… La última consideración hace referencia al análisis del informe de conclusiones, cuya presencia previa antes de tomar decisión del pliego de cargos ó de preclusión, ofrece a los magistrados un tiempo prudencial para pensar y decidir antes de tomar una decisión. Esta puede favorecer la suerte del investigado o empeorarla, pero con conocimiento de causa y con la debida anterioridad…"

Esta posición del Tribunal Nacional, ha sido ratificada posteriormente mediante las decisiones adoptadas en otros procesos:

a) Providencia No. 28-2010 proceso 1264 del tribunal de ética médica de Antioquia. Magistrado Ponente. DR. Germán Peña Quiñones.
b) Providencia No. 32-2010 adoptada en la sesión 1058 del 14 de septiembre de 2010, dentro del proceso radicado 1.315 del tribunal de Ética Médica de Antioquia.

c) Providencia No. 73-2010 adoptada en sala plena sesión 1.054 de fecha 17 de agosto de 2010, M.P. Fernando Guzmán Mora dentro del proceso radicado 1.313 del Tribunal de Ética Médica de Antioquia
d) Providencia No. 80-2010, del 31 de agosto de 2010 dentro del proceso 1.318 del tribunal de Ética Médica de Antioquia;
e) Providencia No. 81-2010 del 31 de agosto de 2010 dentro del proceso radicado 1.235 del Tribunal de Ética Médica de Antioquia.
f) Providencia No. 74-13 de 2013, Magistrada Ponente Dra. Lilian Torregrosa. REF: Proceso No. 764, Tribunal Seccional de Ética Médica del Norte de Santander.

El Tribunal Nacional observa que evidentemente no existe en este expediente el Informe de conclusiones, por lo que necesariamente debe proceder a anular el auto de calificación de la primera instancia y sería del caso que el Tribunal de Norte de Santander procediera nuevamente a calificar el mérito del sumario, partiendo previamente de su requisito de procedibilidad, que en este caso es el informe de conclusiones del magistrado instructor.

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

RESUELVA

Artículo Primero - Declarar la nulidad de lo actuado en el presente proceso a partir de la declaración de preclusión de la investigación. **Artículo Segundo** - Devolver el expediente al tribunal de origen para lo de competencia. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado- Presidente (E.), Salvamento de Voto; LILIAN TORREGROSA ALMONACID, Magistrada Ponente; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaría.

SALVAMENTO DE VOTO

Bogotá, febrero once (11) del año dos mil catorce (2014)

REF: Proceso No. 775, Tribunal Seccional de Ética Médica del Norte de Santander
Contra: Dra. S. del R.S. del Hospital Regional del Norte del Municipio de Tibú.
Denunciante: Sra. I.A.N.R.
Asunto: Apelación

Con el aprecio y respeto debidos a los Honorables Magistrados, me permito presentar Salvamento de Voto en el caso que se estudia, por considerar que la ausencia del documento escrito en papel que registre el informe de conclusiones del Magistrado Instructor a que aluden los artículos 75, 78, 79 y 80 de la Ley 23 de 1981, no constituye causal de nulidad para un proceso ético-disciplinario médico, por las razones que paso a exponer y considerar enseguida:

Es necesario empezar por aclarar que no se discute la existencia del informe de conclusiones, sino sólo la del papel en el cual el magistrado instructor lo lleva a la Sala Plena para su discusión. El informe de conclusiones debe existir siempre, como lo disponen los citados artículos de la Ley 23 de 1981, y es evidente que ha existido si la Sala Plena del tribunal ha tomado una decisión y la ha plasmado en la correspondiente pieza procesal, bien para inhibirse de abrir investigación formal o para plantear al disciplinado un pliego de cargos; a ninguna Sala Plena se le ocurriría tomar decisión si no mediara el informe que sobre la investigación y sus resultados rinde el magistrado instructor, de manera que la existencia de decisión de Sala Plena prueba de modo fehaciente que el informe de conclusiones fue presentado, conocido y analizado.

Para presentar su informe, el magistrado instructor podrá llevar y así lo hará en la gran mayoría de los casos- un escrito que contenga sus datos y argumentos; tal escrito tiene la función de memorando, de ayuda para la memoria con la cual evita el magistrado posibles olvidos o equivocaciones en los datos o en el análisis que de ellos hace para proponer a la Sala Plena una decisión. Cumplida la presentación y transcrito el informe de

conclusiones en un fallo de la Sala Plena, que se escribe y se convierte en pieza procesal sujeta a las notificaciones de ley, el memorando pierde toda su función y utilidad, literalmente desaparece del proceso por inutilidad completa. Ese memorando de acuerdo con la ley a nadie se debe notificar ni dar a conocer, su existencia física dentro del expediente nada cambia ni modifica, su ausencia del expediente por absoluta deducción lógica a nadie perjudica puesto que nadie puede hacer uso alguno de él. Pretender que su ausencia es irregularidad causante de nulidad, linda con el absurdo.

En ninguna de las ordenanzas procesales que existen en nuestro país se ordena o determina que el proyecto presentado por el magistrado ponente deba ser agregado al expediente. Y tal determinación no existe en nuestros ordenamientos procesales porque es claro que si el proyecto presentado por el ponente es aceptado por los otros integrantes de la Sala, dejará de ser proyecto y en su integridad pasará a convertirse en decisión. Si por el contrario, el proyecto presentado es derrotado por mayoría, el proceso debe pasar al estudio de otro magistrado y el inicial ponente deberá salvar el voto, precisando en el mismo las razones del disenso.

Con lo anterior, lo que queremos demostrar es que con esta particular exigencia de la Ley 23 no se está salvaguardiando ningún derecho de los partícipes del proceso disciplinario y que si Y tal determinación no existe en nuestros ordenamientos procesales porque es claro que si el proyecto presentado por el ponente es aceptado por los otros integrantes de la Sala, dejará de ser proyecto y en su integridad pasará a convertirse en decisión. Si por el contrario, el proyecto presentado es derrotado por mayoría, el proceso debe pasar al estudio de otro magistrado y el inicial ponente deberá salvar el voto, precisando en el mismo las razones del disenso.

Como hipótesis de discusión dialéctica, aceptaríamos la trascendencia de insertar dentro del proceso el informe de conclusiones, si el mismo pudiera ser objeto de controversia por la defensa, porque es obvio, que en tales condiciones al no insertarse dentro del proceso, se estaría negando a la defensa una oportunidad de ejercer el derecho a la defensa. Pero bien se sabe que esta hipótesis de la discusión dialéctica que se ha planteado no existe en la realidad, y por tanto ha de concluirse que el hecho de no insertarse dentro del proceso, no significa que con tal omisión se esté ocasionado un perjuicio al disciplinado.

Es imposible que una Corporación pueda tomar una determinación sin la existencia de un proyecto previo, elaborado por uno de sus miembros y es absolutamente válido concluir, que si la decisión corporativa es aprobada de manera unánime, ello indica que el proyecto presentado o el informe de conclusiones fue acogido en su integridad y que de proyecto o informe pasó a convertirse en decisión aprobada unánimemente por la Sala.

No se puede desconocer que el principio de trascendencia de las nulidades es importante, porque ni nuestro Constituyente, ni nuestro legislador nos ha introducido procesalmente hablando dentro de un ritualismo absurdo e innecesario; en el artículo 29 de la Constitución vigente se impone que se deben respetar las formas propias de cada juicio[4], pero allí no se está creando una exigencia constitucional para que se respeten las formas procesales por sí mismas, sino que se está creando un mecanismo de protección, en el que las formas o ritos procesales se convierten en una especie de escudo protector de los derechos y garantías de los ciudadanos que intervienen en el proceso. En tales condiciones de conformidad con la interpretación de esta norma, se desconoce la misma cuando se incumple una determinada ritualidad procesal y con ella se conculca un derecho o garantía fundamental de uno cualquiera de los sujetos procesales. Y esta interpretación será concordante con el otro principio constitucionalmente establecido según el cual, en la administración de justicia debe prevalecer el derecho sustancial[5],

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

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

porque es evidente que a nadie le importa que se incumplan determinadas formalidades si con tal incumplimiento no se le está ocasionando perjuicio a nadie; por el contrario, cuando se omiten las formalidades y por tal incumplimiento se le ocasiona perjuicio a alguno de los participantes, todos estaremos de acuerdo que en este caso la informalidad si debe generar la invalidez del proceso.

Que el garantismo y no el ritualismo vano y estéril, es el objetivo político que guía a nuestro Constituyente se demuestra con la siguiente hipótesis. Dos padres de familia, en casos distintos, ven que sus hijos son procesados delictivamente. El uno es un sindicalista, rejugado en las luchas sociales y con una cierta formación jurídica. El otro, es un campesino analfabeta, formado dentro de unos precarios principios de respeto a la ley y obediencia a la autoridad. Al ser llamados a declarar en el proceso donde están involucrados sus respectivos hijos, a ninguno de los dos se les pone de presente el rito o formalidad, según el cual, se les debe preguntar por el grado de parentesco que puedan tener con el sindicado y si la respuesta fuere afirmativa, el deber que surge para el funcionario de ponerle de presente el principio constitucional y legal según el cual nadie está obligado a declarar contra si mismo, ni contra sus parientes dentro de determinados grados de parentesco de consanguinidad, afinidad y civil.

En tales circunstancias, al ser interrogados sobre el comportamiento de sus hijos, el sindicalista niega cualquier participación delictiva de su descendiente y por el contrario se dedica a destacar las cualidades familiares y sociales y su extraordinario comportamiento como hijo, trabajador y ciudadanos, enseñado a respetar la ley de manera integral. Por su parte el padre campesino, se considera obligado a decir la verdad y reconoce todo los comportamientos ilícitos de su hijo.

En ambos casos no se observó el rito procesal de poner en conocimiento de los declarantes la ausencia de obligación o deber de declarar en contra de los parientes, pero en el caso del padre sindicalista la declaración será válida, porque con ella no hubo perjuicio, es decir no fue trascendente en el procedimiento adelantado contra su hijo; por el contrario la declaración del padre campesino la declaración deberá ser anulada, porque en este caso el incumplimiento del rito o formalidad fue trascedente, puesto que al no habérsele puesto de presente la norma que no lo obligaba a declarar, lo llevó a deponer en contra de su propio hijo.

En esta ejemplo hipotético se evidencia entonces que el imperativo constitucional no es el obedecimiento de las formas porque sí, sino para proteger derechos y garantías fundamentales y por tanto, si con la inobservancia no hay perjuicio, es obvio que no podrá pensarse en considerarla como fuente de nulidad.

No tiene este magistrado la menor duda de que el hecho de no haberse allegado el papel que contiene el informe de conclusiones, constituye una mera informalidad, que no le ocasionó perjuicio procesal a nadie y por tanto la omisión aludida deberá quedarse como una simple irregularidad que no puede generar la nulidad pretendida.
De la Honorable Sala Plena, su servidor.

FDO. JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado.

Bogotá, Febrero veinticinco (25) del año dos mil catorce (2014)

SALA PLENA SESIÓN No. 1212 DEL VEINTICINCO (25) DE FEBRERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE (2014)

REF: Proceso No. 474 del Tribunal de Ética Médica del Tolima
Contra: Dr. O.E.T.C.
Demandante: Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima
(Sala Jurisdiccional disciplinaria)

Magistrado Ponente: Dra. Lilian Torregrosa Almonacid
Providencia No.21-2014

VISTOS

Mediante providencia del 29 de octubre de 2013 el Tribunal de Ética Médica del Tolima decidió formular pliego de cargos al Dr. O.E.T.C., por posible transgresión a la ética médica en la atención del señor A.E.B.R. (artículos 15, 34, 50 y 51 de la Ley 23 de 1981, concordantes con los artículos 4 a 11, 28 y 29 de la Resolución número 1995 de 1999).

El abogado del médico implicado solicitó la declaratoria de nulidad del pliego de cargos, solicitud que fue negada en Sala Plena del 28 de noviembre de 2013 y suscitó la interposición, por parte de la defensa, de los recursos de reposición y apelación contra dicha disposición.

El recurso de reposición fue negado después de ser considerado en sala del 19 de diciembre de 2013, por lo que el Tribunal Seccional de Ética Médica envió las diligencias a esta corporación donde fue puesto para reparto y correspondió por sorteo a la Magistrada Dr. Lilian Torregrosa Almonacid.

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

HECHOS

El Tribunal de Ética Médica del Tolima recibió, el 21 de julio de 2010, oficio proveniente del Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima (Sala Jurisdiccional Disciplinaria), en el que se solicitó investigar la conducta médica del Dr. O.E.T.C. en los siguientes términos *" Pruebas etapa de juicio: 1. Compulsar copias ante la Fiscalía y el Tribunal de Ética Médica a efecto se investigue la conducta "delito por determinar" del doctor O.E.T. quien expidió cinco incapacidades, sin causa aparente, a favor del abogado A.E.B.R. para no concurrir a las audiencias previstas dentro del disciplinario de la referencia. Anexar copias de las excusas…"*

El tribunal seccional aceptó la queja y abrió averiguación preliminar, en el curso de la cual oyó en declaración sin juramento al doctor O.E.T.C. y recibió el testimonio del abogado Á.E.B.R. Estudió material documental probatorio aportado por el Consejo Superior de la Judicatura del Tolima dentro del cual se encontraban la historia clínica y las incapacidades elaboradas en papel membreteado, con firma y sello del médico general señalado, emitidas a nombre del señor B.R. con fechas de:

1.23 de junio de 2008
2.9 de septiembre de 2008
3.8 de mayo de 2009

Con base en el acervo probatorio reunido, el tribunal consideró que había mérito para plantear pliego de cargos al doctor O.E.T.C. por presunta violación a los artículos 15, 34, 50 y 51 de la Ley 23 de 1981, concordantes con los artículos 4 a 11, 28 y 29 de la Resolución número 1995 de 1999.

El abogado del médico implicado solicitó la declaratoria de nulidad del pliego de cargos, petición que fue negada en Sala Plena del 28 de noviembre de 2013. El quejoso presentó por escrito su inconformidad con la decisión de primera instancia e interpuso recursos de reposición y de apelación.

El Tribunal Seccional negó el primer recurso y concedió la apelación impetrada, por lo cual envió las diligencias a este Tribunal Nacional para lo de competencia.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

Debe anotarse que los hechos que motivaron la apertura de la presente investigación, solicitada por el Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima (Sala Jurisdiccional disciplinaria) como parte de la investigación disciplinaria que dicha Corporación adelantó contra el abogado A.E.B.R.; sucedieron durante los años 2008 y 2009, periodo de tiempo en que según las pruebas documentales aportadas dentro del expediente, el Dr. O.E.T.C. expidió tres (3) incapacidades al señor B.R.

Observa entonces con extrañeza esta superioridad, como la defensa pretende negar la existencia de la última incapacidad que dentro del presente caso se cuestiona, la cual claramente fue expedida el 8 de mayo de 2009 , es decir cuatro años y 5 meses antes de la providencia impugnada; y basa su pretensión de declaratoria de nulidad, en el tiempo transcurrido a partir de las dos primeras incapacidades.

Sobre este particular se ha manifestado esta corporación en decisiones previas donde claramente expone como el tiempo transcurrido para que se pueda decretar el fenómeno de la prescripción, deberá serlo a partir de "la realización del último acto, en caso de faltas permanentes o continuadas". En providencia No. 70-12, con ponencia del Magistrado doctor Fernando Guzmán Mora, respecto al fenómeno de la prescripción se plantea lo siguiente:

"….1. EL FENOMENO DE LA PRESCRIPCION

Este Tribunal Nacional de Ética médica, en reiteradas jurisprudencias ha dicho:

> *En efecto, por no tener la Ley 23 de 1981 disposiciones referentes a la prescripción, es necesario acudir a lo que disponga el Código de Procedimiento Penal, según taxativa norma contenida en el artículo 82 de dicha Ley y en el 47 del decreto reglamentario 3380 de 1981.[1] Pero el Código de Procedimiento Penal tampoco tiene disposiciones relativas*

[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.

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.

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.-..." (lo subrayado no lo es en el texto original)

De acuerdo con lo anterior, considera esta Sala que no asiste la razón a la defensa cuando pretende limitar la actuación del Dr. O.E.T.C. a la expedición de las dos primeras incapacidades durante el año 2008 (en los meses de junio y septiembre) y por consiguiente fundamenta su solicitud de nuli-

[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.

dad, en el tiempo transcurrido entre la elaboración de dichos documentos y la formulación del pliego de cargos (5 años y 1 mes).

Por el contrario, debido a que ha transcurrido un tiempo menor a cinco años a partir de la última incapacidad cuestionada dentro de la investigación y expedida como resultado de la relación médico-paciente entre el doctor O.E.T.C. y el Señor B.R. y solo al culminar este período obraría el fenómeno de la prescripción; es claro que la acción disciplinaria sigue vigente por lo que esta superioridad procederá a confirmar enteramente la decisión del Tribunal de Ética Médica del Tolima.

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

RESUELVE

Artículo Primero - Confirmar la decisión del Tribunal de Ética Médica del Tolima en cuanto no declaró la nulidad del pliego de cargos formulado al Dr. O.E.T.C. dentro del Proceso No. 474 de este Tribunal Seccional. **Artículo Segundo** - Contra esta providencia no procede recurso alguno. **Artículo Tercero** - Devolver el expediente al tribunal de origen para lo de competencia.**COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado -Presidente (E.); LILIAN TORREGROSA ALMONACID, Magistrada Ponente; FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaría.

Bogotá, Septiembre treinta (30) del año dos mil catorce (2014).

SALA PLENA SESIÓN No. 1243 DEL TREINTA (30) DE SEPTIEMBRE DEL AÑO DOS MIL CATORCE 2014)

REF: Proceso No.2012- 312 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Nariño y Putumayo
Denunciante: Dra. J.R.G,
Contra Dr. H.E.G.S.

Magistrado Ponente: Dr. Francisco Javier Henao Pérez
Providencia No. 91-2014

VISTOS

El Tribunal de Ética Médica de Nariño y Putumayo resuelve en sesión del 17 de Febrero de 2014: "Formular cargos en contra del Doctor H.E.G.S. y fija fecha y hora para la audiencia de descargos.

La audiencia de descargos se realiza el día 25 de Marzo de 2014, sin la asistencia del médico Dr. H.E.G.S., que fue representado por su abogado Dr. Cesar Eduardo Martínez Guerrero.

Providencia del 28 de Julio de 2104, sala Plena Nº 286 del tribunal de Ética Médica de Nariño y Putumayo en donde: "No se aceptan los descargos presentados, por lo tanto no se concede la nulidad y se fija una sanción de 1 mes de suspensión en el ejercicio de la Medicina al Dr. H.E.G.S..

Recurso de Apelación presentado con fecha 12 de Agosto de 2014, en el que se solicita como petición principal la REVOCACION del fallo proferido por Tribunal De Ética de Nariño y Putumayo, por parte del Tribunal Nacional De Ética Médica : "Por no existir ningún elemento material probatorio legalmente allegado al proceso ético disciplinario que así lo

acredite". (Sic) folio 294. Petición Subsidiaria "En la eventualidad de que el Honorable Tribunal no acceda a mi pretensión principal y si con base en las pruebas legalmente allegadas encuentra acreditados los cargos, solicito de la manera más respetuosa se detalle en que medios de prueba sustenta su decisión y al momento de tasar la sanción, se imponga la Amonestación privada, estipulada en el Art 48 de la norma procedimental. (Sic) Folio 249.

El recurso de Apelación es concedido y enviado al Tribunal Nacional de Ética Médica. Correspondió por sorteo al Magistrado Francisco Javier Henao Pérez.

HECHOS

De acuerdo con el relato de la queja, y de su propia declaración, el doctor H.E.G.S. agredió física y verbalmente, dentro de las instalaciones del hospital Clarita Santos de Sandoná, a su colega J.R.G, con quien compartía el año de medicatura rural, pero además era su compañera sentimental desde hacía varios años, cuando esta se encontraba trabajando en un tumo nocturno correspondiente a la noche del 11 y 12 de Abril de 2012, causándole lesiones físicas que fueron valoradas por el instituto de medicina legal (folios 1, 2, 3,4), generando una incapacidad de 8 días a partir de la evaluación, que a su vez ocurrió 14 días después de los hechos. (Folio 194).

RAZONES POR LAS QUE SE SOLICITA LA REVOCACIÓN

1."Nulidad Saneable":
Porque hay 13 elementos en el pliego de cargos y 16 elementos en el fallo. Efectivamente las tres pruebas más que se tienen en cuenta son:

a) "pruebas que se aportan en la diligencia de descargos presentada por el apoderado, en donde se anexa copia de las diligencias adelantadas por la fiscalía 27 de Sandoná, por el delito de lesiones personales y material fotográfico de las instalaciones del centro de salud" (sic) folio 275. b) Hoja de Vida de la Dra. J.R.G, y c) Diligencias de Testimonio de los señores Jaime Gómez Ceballos, Carlos Bastidas Lagos, Jaime Gerardo Chamorro, Luis Antonio Maya del 16 de Abril de 2013.

2. Coherencia entre pruebas y pliego de cargos, por la misma razón anterior y porque además se retiran 11 pruebas aportadas por la defensa.

3. Los pronunciamientos emitidos por el investigado no son medios de prueba
4. Toma elementos del proceso penal y los vale en el proceso Ético.
5. La ampliación de la queja se hizo sin el abogado del acusado.

EL Tribunal De Ética de Nariño y Putumayo se ha expresado frente a estas inconformidades:

1. "este despacho ha sido muy diligente en el análisis pormenorizado de cada una de las actuaciones que de manera legal han sido allegadas al expediente, tanto las de cargo, como aquellas presentadas por la defensa, es precisamente de este análisis que se llega a la conclusión de que a pesar del decreto de nulidad del primer pliego de cargos, subsiste la posibilidad de volver a endilgarlos con todo el acervo probatorio que se encuentra en el expediente." (Folio 278).

2. "A contrario sensu, de lo manifestado por el señor apoderado, este despacho ha sido muy diligente en el análisis pormenorizado de cada una de las actuaciones que de manera legal han sido allegadas al expediente, tanto las de cargo como aquellas presentadas por la defensa, es precisamente de este análisis que se llega a la conclusión de que a pesar del decreto de nulidad del primer pliego de cargos, subsiste la posibilidad de volver a endilgarlos con todo el acervo probatorio que se encuentra en el expediente. No solamente se tuvo en cuenta el oficio suscrito por el Gerente del Hospital Clarita Santos de Sandona, que erradamente se dice corresponde al Municipio de la Unión, sino que además se encuentra la hoja de vida que corresponde al investigado y que ha sido aportada de manera legal al proceso, a fin de determinar su vinculación con dicho Hospital, de igual manera se encuentran tanto el registro de la Universidad Nacional de Colombia, como las respectivas calificaciones, estas últimas irrelevantes para el caso que se investiga. Es de simple cuidado, que se observe la totalidad del expediente para darse cuenta que no se ha ahorrado esfuerzo alguno por parte de este despacho para conocer la verdad formal de los hechos. De manera adicional y por principio de preservación del debido proceso, ha existido la diligencia absoluta en cuanto tiene que ver con preservar las garantías"(sic) (Folio 278).

3. El Tribunal de Nariño si los considera. "Se Demuestra con absoluta certeza, en el decir de quejosa e investigado, que el día 11 de Abril a

altas horas de la noche el Investigado Dr. G. se encontraba departiendo e ingiriendo alcohol con un grupo de amigos y bajo pretexto, salió al Hospital Clarita Santos, lugar donde labora como médico general a buscar a su pareja sentimental Dra. J.R.G., quien se encontraba de turno y atendiendo en el servicio de urgencias a varios pacientes, de igual manera se encuentra probado por el decir de los mismos que existió agresión tanto física como de palabra por parte del investigado hacia la Dra. J.R.G., en el cuarto dedicado al descanso de los médicos."

4. Los elementos del proceso penal especialmente la denuncia ante las autoridades competentes, la terminación por ocurrencia de conciliación y la certificación del tratamiento psiquiátrico. Son pruebas de la ocurrencia de los hechos.

5. Nulidad porque la ampliación de la queja se hizo sin presencia del abogado, del defendido. Esto no corresponde a lo archivado en el expediente dado que la ampliación de la queja fue el 27 septiembre 2012, la versión libre del acusado el 13 de Noviembre 2012 y la diligencia de descargos el 25 de Marzo del 2014. Es claro que la secuencia de las mencionadas diligencias permitió al Dr. H.E.G.S. asistir en compañía de su abogado tanto a la audiencia de versión libre como a la posterior de descargos.

CONSIDERA EL TRIBUNAL NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA:

Lo fundamental en este caso es comprobar si hubo o no violación a los artículos 29 y 45 de la ley 23 de 1981 de ética médica. Que dicen:

Artículo 29: La lealtad y la consideración mutuas constituyen el fundamento esencial de las relaciones entre los médicos.

ARTICULO 45. El médico funcionario guardará por sus colegas y personal paramédico subalterno, la consideración, aprecio y respeto que se merecen, teniendo en cuenta su categoría profesional, sin menoscabo del cumplimiento de sus deberes como superior.
Por lo tanto la demostración de los hechos es indispensable.

De lo consignado en el expediente se concluye sin ningún asomo de duda que los hechos relatados el día 11 de noviembre efectivamente tuvieron

lugar. No solo por el testimonio del propio acusado, Dr. H.E.G.S., sino por los documentos de la fiscalía relativos a la conciliación del hecho (folios 208, 209, y 210), el cumplimiento por parte del Dr. G., de asistir a psicoterapia como parte del acuerdo para la conciliación, y el informe del Psicólogo Dr. G.U.R. quien describe y acepta los hechos en que estuvo involucrado su paciente. (Folios 48, 49 y50)

Según ARTÍCULO 248. Del Código de procedimiento penal: Son medios de prueba: la inspección, la peritación, los documentos, el testimonio, la confesión. Los indicios se tendrán en cuenta al momento de realizar la apreciación de las pruebas siguiendo las normas de la sana crítica.

Dado que tanto la quejosa como el médico acusado coinciden en afirmar que esto ocurrió. El testimonio libre y espontáneo tomado al Dr. H.E.G.S. Es completamente valido y aceptado puesto que se obtuvo con todas las garantías del debido proceso como son:

a). Declaración ante una autoridad competente.
b). En presencia de un abogado defensor
c). Con la debida advertencia de que no está obligado a declarar en su contra.

Ante esto su testimonio cobra toda la validez procesal tal como lo expresa el Articulo 324 del Código Penal Que dice: "VERSION 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."

Por su parte la fiscalía general de la nación aclara:

La forma en que el artículo 282 del código de procedimiento Penal regula el acto de investigación denominado *interrogatorio al indiciado*, pone de manifiesto un aspecto trascendental para comprender en qué momento se activa el derecho a no autoincriminarse. En efecto, dicha norma dispone

que esta actuación sea procedente cuando el fiscal o la policía judicial, *"tuviere motivos fundados de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que una persona es autora o partícipe de la conducta que se investiga"*. Sin embargo, como es posible que el autor de la conducta punible sea entrevistado como un testigo cualquiera, porque el órgano encargado de la persecución penal aún no cuenta con información alguna para concluir sobre su calidad de presunto autor, en este evento. La información no puede catalogarse como ilícitamente obtenida y por tanto (y este aspecto resulta ser el más relevante), las evidencias obtenidas a partir de la información brindada bajo estas condiciones no tienen vocación de ser excluidas.

(Ver sentencia 23251 del 13 de septiembre de 2006, MP Álvaro Orlando Pérez Pinzón, donde la Corte Suprema de Justicia fija importantes reglas para determinar en qué eventos es admisible, para los efectos que consagra el ordenamiento procesal penal, lo expresado por las personas capturadas y en general, por los presuntos responsables de una conducta punible.)

No comparte entonces este Tribunal Nacional la apreciación de la defensa en el sentido de que el testimonio del investigado no constituye un medio de prueba (folio 292), y por el contrario le da plena validez, como también lo ha expresado el tribunal seccional de Nariño y Putumayo.

La mención a los elementos del proceso penal es simplemente una prueba más para comprobar la veracidad de los hechos, en ella se relatan nuevamente, se aceptan por ambas partes y se llega a una conciliación previo el compromiso y la demostración por parte del Dr. H.E.G.S. de su tratamiento psicoterapéutico, para lo que existe un documento firmado por el Propio psicólogo Dr. G.U.R.

En ningún momento son utilizados para establecer la sentencia o la magnitud de la sanción, eso corresponde a las autoridades Penales, y Civiles, pero no a los tribunales de Ética. Ya que una cosa es la responsabilidad penal (lesiones personales) y otra cosa es la responsabilidad Ética (relaciones con los colegas y con el Hospital).

Si bien es cierto que el Tribunal De Ética de Nariño y Putumayo no menciona algunas de las pruebas solicitadas por la defensa, y por lo tanto no las tiene en cuenta para los considerandos, no es menos cierto que son pruebas

totalmente superfluas e innecesarias, y que no tienen ninguna relevancia en los hechos investigados. Dichas pruebas están conformadas por fotografías del Hospital, fotografía de la habitación de los médicos, fotografía de un corredor del hospital, fotografía del servicio de urgencias, fotografías de los dos médicos implicados en este proceso, posando juntos, escritos de amor, carta de los padres de la quejosa, certificado de notas, y acta de grado del Dr. H.E.G.S.. Testimonio de testigos, empleados del hospital, relatando las buenas relaciones del Dr .H.E.G.S. con sus colegas y con los pacientes. Pruebas todas estas que a juicio del Tribunal Nacional lo único que hacen es desviar la atención del hecho en mención y tratar de probar la idoneidad profesional y la actitud de médico y colega del Dr. H.E.G.S., pero que no son procedentes en este proceso disciplinario ya que claramente, se trata de un hecho concreto y no de" calificar una hoja de vida"

Tampoco es de aceptación la intención de desviar el proceso hacia situaciones sentimentales o de relación de pareja, "Tormentosas y con altibajos "(sic) de aproximadamente 4 años de duración, como si esto autorizara los hechos de violencia sucedidos.

Rechaza enfáticamente este Tribunal Nacional de Ética Médica cualquier situación de Violencia, y fundamentalmente si se presenta entre dos médicos, con el agravante de que además ocurre dentro del recinto de un Hospital.

PETICIÓN DE NULIDAD

Porque la ampliación de la queja se hizo sin presencia del abogado defensor.

Esto no corresponde a lo archivado en el expediente dado que la ampliación de la queja fue el 27 septiembre 2012, la versión libre del acusado el 13 de Noviembre 2012, la primera formulación de cargos el día 13 de enero de 2013. Es claro que la secuencia de las mencionadas diligencias permitió al Dr. H.E.G.S. asistir en compañía de su abogado tanto a la audiencia de versión libre como a la posterior de descargos.

Mal haría el Tribunal de Ética de Nariño y Putumayo en citar al "Abogado del Acusado" cuando apenas se están recogiendo los elementos necesarios para establecer si hay méritos o no para formular un pliego de cargos en contra de alguna persona. Y precisamente estos son la queja y a juicio

del tribunal la ampliación de la misma. Al igual que la versión libre rendida por el Dr. H.E.G.S.

Más aun el Tribunal Nacional de Ética Médica en sentencia del 29 de Octubre de 2013, "ampara el derecho del médico acusado al debido proceso" ordenando la nulidad de dos declaraciones testimoniales en las cuales se encuentran omisiones que constituyen causales de nulidad, y resuelve confirmar la decisión del Tribunal seccional de Nariño y putumayo, mediante la cual se decreta la nulidad del pliego de cargos aprobado en sala plena del 14 de Enero de 2013. Y agrega el tribunal Nacional: "como las irregularidades solo afectan dos pruebas testimoniales, se dejan como vigentes las demás pruebas recaudadas para las decisiones que se puedan tomar en el futuro" (Folio 244).Considerando estos elementos es que el día 17 de Febrero de 2014 se formula el pliego de cargos en contra del Dr. H.E.G.S., siguiendo el orden cronológico del debido proceso. Dentro de este nuevo pliego se incluyen la queja y la ampliación de la queja, que pueden ser objeto de descargos.

Por tanto considera este Tribunal Nacional de Ética Médica que el material probatorio es suficiente, adecuado, legalmente obtenido y por lo tanto legalmente válido. Y que no hay razón para poner en duda su veracidad, autenticidad o legalidad y que por el contrario, el tribunal de Nariño fue lo suficientemente diligente y en recolectar pruebas, algunas de ellas sin relevancia pero en aras de mantener el debido proceso.

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 el fallo de sala plena No. 286 del Tribunal Seccional de Nariño y Putumayo fechado el 28 de Julio de 2014, mediante el cual se decide NO DECRETAR LA NULIDAD del pliego de cargos aprobado en Sala plena No. 237 del 17 de Febrero de 2014 por las consideraciones expuestas en la presente sentencia.**Artículo Segundo** - No decretar LA REVOCATORIA al fallo proferido, por considerar que existen suficientes y conclusivos elementos probatorios. **Artículo Tercero** - Confirmar la sanción impuesta al Dr. H.E.G.S. con cédula de ciudadanía No. 1.020.723.389 de Bogotá consistente en UN (1) MES DE SUSPENSIÓN

EN EL EJERCICIO DE LA MEDICINA, por violación a los artículos 29 y 45 de la ley 23 de 1981. **Artículo Cuarto** - Devolver el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. **Artículo Quinto -** Contra esta providencia no existe recurso alguno. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. FERNANDO GUZMÁN MORA Magistrado- Presidente; FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ; Magistrado Ponente, FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado; GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaría.

Bogotá, noviembre veinticinco (25) del año dos mil catorce (2014)

SALA PLENA SESIÓN No. 1251 DEL VEINITICINCO(25) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL CATORCE (2014).

REF: Proceso: No. 5156-LA Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá
Contra: Doctor F.S.P.
Denunciante: Sra. E.Z.P.R.
Asunto: Apelación

Providencia No. 105-2014
Magistrado Ponente: Dr. Juan Mendoza Vega

VISTOS

El Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá, en Sala Plena del 1 de Octubre de 2014, dentro del proceso 5156, negó la reposición de su decisión del 3 de Septiembre de 2014 y concedió la apelación subsidiaria, por lo que remitió las diligencias a este Tribunal Nacional de Ética Médica para lo de competencia. Recibidos los cuadernos que contiene tales diligencias el 10 de Noviembre de 2014, el caso fue puesto para reparto en Sala Plena del 11 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 14 de Julio de 2011 se recibió en el Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá la queja presentada por la señora E.Z.P.R. contra el médico F.S.P. ; realizada la averiguación preliminar, el tribunal de primera instancia consideró que había mérito para abrir investigación formal contra el médico acusado, y así lo hizo el 15 de Agosto de 2012; dentro de la investigación escuchó en versión libre al doctor F.S.P. , quien fue asistido

por su defensor, el abogado Pedro Joaquín Velandia Pérez; el día 11 de Junio de 2014, tras estudiar el informe de conclusiones presentado por el magistrado instructor, se planteó pliego de cargos contra el doctor F.S.P. por presuntas faltas contra los artículos 1º numeral 4, 4, 10, 15, 29, 33, 34, 35 y 56 de la Ley 23 de 1981 y se lo llamó a diligencia de descargos; la providencia respectiva fue notificada personalmente al abogado Velandia Pérez el 4 de Julio de 2014. El 18 de Julio de 2014, el abogado Velandia Pérez presentó escrito de recusación contra la doctora María de la Paz Duque de Guzmán, magistrada del tribunal seccional, con el argumento de que hechos ocurridos en el año 2012 en la ciudad de Villavicencio habrían puesto a la doctora Duque de Guzmán dentro de las causales de recusación previstas en los numerales 4 y 5 del artículo 56 de la Ley 906 de 2004.

En decisión del 23 de Julio de 2014, el tribunal seccional rechazó de plano la recusación interpuesta. En escrito recibido por el tribunal seccional el 8 de Agosto de 2014, el abogado Pedro Joaquín Velandia Pérez solicitó la nulidad del auto fechado el 23 de Julio; esta solicitud fue negada por decisión del 3 de Septiembre de 2014, decisión que a su vez fue recurrida en reposición y apelación subsidiaria por el abogado defensor; el Tribunal Seccional resolvió el 1º de Octubre de 2014 confirmar su decisión del 3 de Septiembre y concedió el recurso de apelación interpuesto de manera subsidiaria, el cual se resuelve por la presente providencia.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

Para valorar la solicitud de nulidad cuya negativa es recurrida por la defensa del médico disciplinado, se hace necesario analizar las razones sobre las cuales se edificó tal solicitud de nulidad, para mostrar si ella era procedente y por lo mismo el negarla causaba al proceso el daño suficiente para viciarlo de nulidad.

En su momento, arguyó el defensor del doctor F.S.P. que su prohijado, en el año 2012 en la ciudad de Villavicencio, habría tenido con la doctora María de la Paz Duque de Guzmán, hoy magistrada del Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá, algunas situaciones en las cuales se habría evidenciado enemistad entre los dos, porque la doctora habría informado a las directivas de una institución asistencial de la capital mencionada que el doctor S. no era persona idónea para realizar procedimientos de cirugía plástica y estética, pidiendo en su condición de especialista en Cirugía

Plástica que no se le permitiera continuar realizando esa clase de actos médicos en la institución asistencial; agregó el abogado defensor que eso era también equivalente a haber dado opinión seria en contra del doctor F.S.P. en el asunto que motivó el proceso 5156 que se adelanta contra él, por lo que existía impedimento que la magistrada habría debido manifestar. Así las cosas, afirmó el recurrente que la intervención de la doctora Duque de Guzmán viciaba gravemente de nulidad el pliego de cargos planteado contra su prohijado, por lo que además de recusar a la magistrada solicitaba la nulidad del proceso a partir de la formulación de dicho pliego de cargos.
Examinados por este Tribunal Nacional los documentos presentados como sustentación de los argumentos de la defensa, ellos muestran que en realidad la doctora Duque de Guzmán, cuando no era todavía magistrada y se desempeñaba solamente como especialista en Cirugía Plástica en la ciudad de Villavicencio, no dio opiniones sobre ninguna actuación concreta del doctor F.S.P. , pues se limitó a informar a personal directivo de una institución asistencial el hecho de que el doctor S. no tenía la especialidad de cirujano plástico, lo que este Tribunal Nacional considera el cumplimiento de un deber ético en defensa de la calidad de la atención y de los pacientes que la requieren, a quienes no se debe dejar en manos de personas sin la idoneidad que garantice su vida y la calidad de los procedimientos a que sean sometidos. Además, ninguna señal de enemistad grave, que pudiera conformar motivo de impedimento para la magistrada, se vislumbra en los mencionados documentos, pues las deducciones de las dos personas que bajo juramento declararon ante notario sobre lo ocurrido en la ciudad de Villavicencio “un día” o “una vez” en el año 2012, son solamente interpretaciones personales de las declarantes pero no contienen verdadera demostración de actos de enemistad entre los doctores María de la Paz Duque y Francisco Sales. No había entonces lugar la recusación por no haberse declarado impedida, ya que no existían las causales de impedimento endilgadas.

Al no ser de recibo la recusación, la negativa a concederla por parte del tribunal seccional no vicia en modo alguno el proceso, por lo que tampoco había lugar la declaración de nulidad a partir del pliego de cargos, como lo pretende la defensa. Es claro entonces que, en el proceso 5156 cuyo disciplinado es el doctor F.J.S.P., el Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá ha procedido con estricto respeto por todos los aspectos del debido proceso y será necesario confirmar la providencia recurrida, desestimando las pretensiones de la apelación.

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

RESUELVA

Artículo Primero - Confirmar, como en efecto confirma, la decisión del Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá en el proceso 5156, fechada el 3 de Septiembre de 2014, por la cual se negó la solicitud de nulidad de lo actuado a partir de la formulación de pliego de cargos, por las razones expresadas en la parte motiva de esta providencia. **Artículo Segundo** - Devolver el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. Artículo Tercero - Contra la presente providencia no procede recurso alguno. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. FRANCISCO PARDO VARGAS, Magistrado- Presidente (E.); JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado Ponente; GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado; FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaría.

Bogotá, veinticinco (25) Noviembre del año dos mil catorce (2014)

SALA PLENA SESIÓN No.1251 DEL VEINTICINCO (25) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL CATORCE (2014)

REF: Proceso No. 526 del Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima
Denunciante: Alcaldía de Ibagué y otros
Contra el doctor P.F.S.C.

Magistrado Ponente: Dr. Germán Gamarra Hernández
Providencia No. 107-2014

VISTOS.

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima mediante providencia del 3 de Julio de 2014 declara que existen méritos para abrir pliego de cargos contra el Dr. P.F.S.C.. El abogado defensor del disciplinado, Manuel José Alvarez Didyme-dome, solicitó por medio de memorial del 12 de Septiembre de 2014, presentado en la secretaría de dicha corporación, que se decretara la nulidad del informe evaluativo rendido por el Honorable Magistrado Instructor alegando violación del derecho a la defensa.

Mediante providencia del 2 de Octubre de 2014 el Tribunal Seccional niega la solicitud de nulidad por lo que el 8 de Octubre del mismo año, el médico implicado interpone recurso de reposición y apelación contra dicha decisión. El 23 de Octubre de 2014 el Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima confirma en todas sus partes la providencia del 2 de Octubre de 2014 y concede el recurso de apelación ante el Tribunal Nacional de Ética Médica.

El expediente, un (1) cuaderno que contiene 183 folios, fue recibido en este Tribunal Nacional el 4 de Noviembre de 2014 y puesto el asunto para reparto en Sala Plena el 11 de Noviembre, correspondió por sorteo al Magistrado Germán Gamarra Hernández.

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

HECHOS

La Alcaldía Municipal de Ibagué – Secretaría de Salud Municipal, mediante oficio recibido por el Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima, el día 29 de Abril de 2011, pone en conocimiento la queja proveniente de la Policía Nacional donde se plantea una situación de posible negligencia médica en la atención prestada al menor J.S.C.D., hijo de la señora Y.D.C., por los hechos ocurridos en el Centro de Salud el Topacio de la Unidad de Salud de Ibagué E.S.E, según informa el señor intendente Fernando Gualdrón Moreno, comandante del cuadrante tres Jardín – Zona Norte, expresada en los siguientes términos:

"Respetuosamente me dirijo a ustedes con el fin de poner en conocimiento la novedad presentada el día 29 de marzo de 2011 en el centro de salud del barrio Topacio donde al llevar al niño de 17 meses de nacido que se encontraba enfermo le fue negada la asistencia médica y aún así los primeros auxilios, como se relata a continuación:

Siendo las 16:00 horas realizábamos patrullaje en el sector del barrio Topacio, fuimos informados por un ciudadano de que en el centro de salud de Topacio el médico de turno no quiso atender a una señora la cual traía a un niño de 17 meses de nacido, en ese momento al acercarnos sale del centro de salud hacia la calle pidiendo auxilio la señora Y.D.C. con cédula de ciudadanía…. de Ibagué, residente …. madre del menor J.S.C.D. de 17 meses de nacido Registro Civil No…….Fecha de Nacimiento 28-10-2009 ya que el niño se encontraba en mal estado de salud manifestando que hace unos pocos minutos ingresó con el niño y el médico lo observó y le manifestó que el niño presentaba convulsiones a lo que el no podía hacer nada y le manifestó que se lo llevara para el Hospital, por lo anterior procedimos a entrevistarnos con el médico de turno en compañía de la señora y el menor en sus brazos preguntándole que por qué no le prestaba los primeros auxilios al bebé a lo cual el médico de turno nos manifestaba que el no podía hacer nada por el niño mostrando con esta actitud negligencia del servicio, falta de compromiso y omisión ante un caso de urgencia donde prima la vida de un ser humano y aún mas grave la salud el bienestar la vida de un bebé, violando uno de los principales derechos de los niños que indica que se debe tener especial énfasis en la prestación de atención

primaria y preventiva de la salud educación sanitaria reducción de las tasas de mortalidad infantil. Así mismo tomó un video del caso del cual se anexa. Por lo tanto se procedió a de inmediato a trasladar al menor en un taxi para llevarlo al Centro de Salud USI de la octava etapa del Jordán donde le prestaron la debida atención médica oportuna. Se le solicitaron los datos al médico de turno de la tarde que se encontraba en el Centro de Salud del Topacio quién se negó a suministrar datos. Se informa la novedad a la Secretaría de Salud Municipal."

El 6 de Mayo del 2011, el Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima ordena investigación preliminar ético-disciplinaria, correspondiendo como instructor al magistrado Raúl Antonio Hurtado Valle, con el fin de determinar si ha existido o no violación a la Ley 23 de 1981.

Para el perfeccionamiento de la investigación se ordenaron y se tuvieron en cuenta pruebas documentales, testimoniales y se llamó a diligencia de versión libre y espontánea al doctor P.F.S.C., rendida ante el tribunal el 22 de Enero de 2013.

En auto de fecha Diciembre 3 de 2012, como consecuencia del nombramiento como magistrado del tribunal del Dr. Oscar Gustavo Chamat García, se le asigna para que actúe como nuevo magistrado en lo que resta del presente disciplinario.

Mediante providencia del 3 de Julio de 2014, el Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima declara que existen méritos para elevar cargos contra el doctor P.F.S.C. por presunta violación de la Ley de Ética Médica – Ley 23 de 1981. El abogado defensor del disciplinado, mediante memorial del 12 de Septiembre de 2014, presentado en la secretaría de dicha corporación, solicita que se decrete la nulidad del informe evaluativo rendido por el Honorable Magistrado Instructor, alegando violación del derecho a la defensa.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

En la solicitud de nulidad, el abogado defensor **Manuel José Alvarez Didyme-dome** plantea que el magistrado instructor del caso violó el derecho al debido proceso en lo que a la defensa se refiere, al recomendar el inicio de una investigación a partir de una queja presentada por un agente de la policía "con base apenas en la participación parcial de los hechos y

apoyado en una grabación ilícitamente lograda mediante el uso de un teléfono celular, vertida luego a un CD o disco compacto, editado y manipulado con no clara intención". Manifiesta el abogado defensor que a la fecha de presentar la nulidad, el denunciante no ha ratificado sus afirmaciones ni ha indicado la forma en que logró la citada filmación y que la ilicitud de tales piezas procesales es tal que se les debe restar valor probatorio, al punto de aplicarles **la regla de exclusión procesal,** por violar el principio tutelar del debido proceso.

Adicionalmente, el defensor anota que el magistrado instructor incurrió en **grave defecto procedimental**, al haber dejado de practicar varias de las pruebas testimoniales solicitadas por la defensa que hubieran aportado elementos sustanciales al proceso.

La Sala Plena del Tribunal Seccional de Ética Médica del Tolima considera que la solicitud de nulidad presentada por el abogado defensor ataca el informe evaluativo del magistrado instructor, que corresponde a un análisis o apreciación de los elementos probatorios recaudados durante la etapa de investigación preliminar, que lo llevan a la convicción de recomendar a la Sala, la posibilidad de abrir investigación en contra del médico disciplinado; adicionalmente, anota el tribunal, que el informe evaluativo no tiene carácter de decisión y constituye una apreciación y valoración del acervo probatorio recaudado, que analizado al interior de la Sala como cuerpo colegiado, es quién en últimas decide mediante providencia, la apertura de investigación formal, cuando considera que existe un acto contrario a la ética médica por parte de un presunto transgresor claramente identificado.

Con relación a la **ilicitud probatoria** del video aportado por uno de los quejosos, se hace referencia a la jurisprudencia existente en donde se determinan las causas de ilicitud probatoria y en las que no se encuadra la grabación del video presentado como prueba, en el presente caso. Se hace énfasis en que la grabación no constituyó el fundamento del informe evaluativo, presentado por el magistrado instructor ni de la elevación de cargos contra el médico disciplinado. Las imágenes observadas en el video corresponden a la segunda parte del evento, cuando el menor es llevado de nuevo al Centro de Salud el Topacio, demostrando que las convulsiones persistían, situación además corroborada por la historia clínica de ingreso del paciente a la USI del barrio Jordán VIII de la ciudad de Ibagué, donde finalmente fue atendido el paciente por presentar convulsiones generalizadas.

La Sala Plena del Tribunal Seccional manifiesta que la decisión de apertura de investigación y elevación de cargos contra el médico P.F.S.C. fue el resultado de un análisis juicioso y ponderación de la totalidad de los medios probatorios oportunamente aducidos al proceso.

El Tribunal Seccional no acepta la vulneración al debido proceso planteada por la defensa del disciplinado en su escrito de solicitud de nulidad, precisando que el investigado ha contado con una defensa técnica que lo ha asesorado en el discurrir procesal desde el momento de su vinculación formal en el momento de la versión libre y espontánea, diligencia celebrada en compañía de su abogado de confianza a quién se le reconoció personería para actuar dentro del proceso y en la cual tuvo participación activa. En la citada diligencia, el magistrado instructor puso de presente al investigado y a su apoderado, el contenido del video de una de las quejas que dieron origen a la investigación preliminar, de la cual simplemente reconocieron su existencia y sugirieron ediciones y cortes que no fundamentaron en más que sus afirmaciones. Se decretaron los testimonios de las personas propuestas por la defensa en esa oportunidad, como se evidencia en los folios 78, 79, 80, 81 y 82 del cuaderno principal de la presente investigación y se entregó al abogado defensor los citatorios correspondientes, quién sin excusa razonable a pesar del requerimiento del despacho para que justificara el aplazamiento en la recepción de sus testigos, guardó silencio, limitándose a desistir de la práctica del testimonio de la señora M.R. (folio 100).

Se demuestra que se garantizó, por parte del magistrado instructor, las oportunidades procesales para el ejercicio del derecho de defensa y contradicción, poniendo de presente las pruebas que en su momento obraban en el proceso, otorgando la oportunidad para la solicitud de pruebas, admitiendo la recepción de testimonios solicitados, notificando la negación del rechazado, concediendo los recursos procesales correspondientes para impugnar la negación o falta de decreto de pruebas y facilitando los medios para la citación de los testigos y requiriéndolo para que justificara el aplazamiento de las diligencias programadas.

El proceso ético-disciplinario, contenido en la Ley 23 de 1981, está compuesto de varias etapas procesales en las cuales el investigado y su defensa gozan de las herramientas para solicitar, controvertir, alegar e impugnar las decisiones del juzgador. Al elevarse pliego de cargos, se entra en la etapa del juicio en la que se posibilita una nueva fase probatoria donde la defensa puede solicitar o aportar nuevos elementos de convicción, tendientes a desvirtuar los cargos elevados al disciplinado, haciendo que el estado

actual del proceso no sea la última oportunidad para ejercer los derechos de defensa y contradicción.

Este Tribunal Nacional de Ética Médica está de acuerdo con lo planteado por el Tribunal Seccional y considera que la nulidad se encuentra instituida en la norma procesal, como el último mecanismo para corregir una actuación viciada por faltas que vulneran las garantías de los sujetos procesados; propende la nulidad, por el encausamiento posterior del proceso, retrotrayendo la actuación al momento previo al surgimiento del yerro, para de esta forma subsanar los vicios que la afectan.

El Honorable Magistrado Fernando Guzmán Mora, al abordar el análisis de nulidades procesales, sostiene que:

"Las nulidades procesales son mecanismos reparadores de actos procesales que son violatorios del debido proceso o que han desconocido el derecho de defensa en forma grave. La nulidad es la última forma de reparar esos errores".

Es bien sabido que las nulidades también son utilizadas con fines de retardar los procesos, por lo que esta Corporación, no puede menos que recordarle al impugnante-solicitante, que las maniobras dilatorias constituyen una infracción a los deberes de los abogados que intervienen en los procesos judiciales.

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

RESUELVA

Artículo Primero - DENEGAR la solicitud de nulidad impetrada por la defensa. **Artículo Segundo** - Devolver el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. **Artículo Tercero** - Contra esta providencia no procede recurso alguno. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. FRANCISCO PARDO VARGAS Magistrado- Presidente; GERMÁN GAMARRA HERNÁNDEZ, Magistrado Ponente; FRANCISCO JAVIER HENAO PÉREZ, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico; MARTHA LUCÍA BOTERO CASTRO, Secretaría.

Bogotá, Noviembre veintidós (22) del año dos mil once (2011)

SALA PLENA SESION No.1112 DEL VEINTIDOS (22) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL ONCE (2011)

REF: Proceso No. 1219 del Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia
Contra: Doctores J.D.D., A.A., V.S. Y A.T.B.
Denunciante: Señora B.A.S.M.
Asunto: Solicitud recurso de nulidad

Magistrado Ponente: Dr. Germán Peña Quiñones
Providencia No. 110-2011

VISTOS

El 26 de abril de 2011 el Tribunal de Ética Médica de Antioquia resolvió formular pliego de cargos a los Drs. A.T.B., J.D.DE LA C. D., V.DEL S. S.V. y A.F.A.B. por vulneración del artículo 10 de la Ley 23 de 1981.

El 27 de septiembre de 2011 comparecieron ante el Tribunal Seccional la Dra. V. DEL S.S.V. acompañada del Dr. Sergio Yepes Restrepo, el Dr. Nelson Alzate y el Dr. Rafael Cardona para audiencia de descargos y la abogada secretaria del Tribunal informó a la Sala en Pleno que el 22 de septiembre se había recibido solicitud de aplazamiento por parte del Dr. Nelson J. Alzate, defensor de los Drs. A.F.A. y J.D.DE LA C.D.. La Sala Plena responde a esa solicitud de aplazamiento que no es procedente por lo que no se aplaza la diligencia de descargos y se lleva a cabo y se le notifica a los presentes por estrados a lo cual, el defensor de los Drs. A.F.A. Y J. DE LA C.D. manifiesta que interpone el recurso de reposición como principal y como subsidiario el de apelación y adicionalmente solicita subsidariamente a los recursos interpuestos, se decrete la nulidad del proceso por violación del debido proceso. La Sala confirmó no aplazar la diligencia de descargos y concedió el recurso de apelación y decidió no decretar la nulidad de la actuación procesal, notificó por estrados a los presentes y

decidió remitir el proceso en el efecto suspensivo al Tribunal Nacional de Ética Médica. El Dr. Alzate defensor de los Drs. J. DE LA C.D. Y A.F.A. ante la negativa de decretar la nulidad solicitada interpuso el recurso de reposición y en subsidio de apelación. La sala negó el recurso de reposición sobre la decisión de no conceder la nulidad y confirma la decisión de no decretar la nulidad y concedió el recurso de apelación en efecto suspensivo y ordenó remitir copia del proceso al Tribunal Nacional de Ética Médica. El Expediente fue recibido en el Tribunal Nacional de Ética Médica el 21 de octubre de 2011 y repartido en Sala Plena del 26 de octubre, le correspondió al Magistrado Germán Peña Quiñones.

Cumplidos los términos la Sala se pronuncia de acuerdo con los siguientes:

HECHOS

En escrito fechado el 4 de Julio de 2007 la señora B.A.S.M. presentó al Tribunal Seccional de Ética Médica de Antioquia queja por presuntas fallas en la atención médica, a partir del 17 de Marzo de 2007, cuando la quejosa acudió con fuerte dolor abdominal al Hospital Zamora de Bello donde inicialmente fue recibida por el Dr. J.D.D.B. a quién informó que cuando la intervinieron para no tener más embarazos, le dijeron que tenía un quiste en el ovario derecho y el médico le dijo que iba a ordenar unos exámenes de laboratorio. Posteriormente la Dra. V.DEL S.S. recibió el turno y la dejó en observación, le dijo que tenía el colon irritado y le dio de alta. Regresó a consulta nuevamente el 2 de junio, de nuevo con fuerte dolor y fue atendida por el Dr. A.T.B. quién le aplicó líquidos endovenosos y analgésicos y como el dolor persistía, la remitió al Hospital de Caldas, donde fue atendida por el Dr. A.F.A.B., quién le dijo que no tenía signos de apendicitis y le ordenó un analgésico y dejó en la historia el diagnóstico de colitis y que como continuó con dolor fue a urgencias del Hospital SAN VICENTE DE PAUL, donde fue recibida por el Dr. N.D.R., quién la operó y le encontró hemoperitoneo, necrosis de la trompa y ovario derecho y encontró un tumor que fue diagnosticado como teratoma quístico torcido del ovario derecho.

LA ACTUACIÓN

El Tribunal Seccional aceptó la queja el 18 de Julio de 2007 y ordenó abrir investigación, en el curso de la cual recibió ratificación y ampliación juramentada de la queja y citó para versiones libres a los médicos menciona-

dos; el doctor A.F.A.B. respondió con fecha Noviembre de 2007 otorgando poder como defensor suyo al abogado NELSON JOANNY ALZATE GÓMEZ, quien inmediatamente manifestó su disposición a participar en las pruebas que se decretaran dentro del proceso e indicó su dirección para las notificaciones respectivas. El 12 de diciembre de 2007 el Dr. A.F.A. presentó declaración injurada.

El 9 de abril de 2008 rindió su declaración injurada el Dr. J.D. DE LA C.D. en compañía de su abogado, el Dr. NELSON JOANY ALZATE GOMEZ y el 16 de abril de 2008 la de la Dra. V. DEL S.S..V., acompañada de su abogado el Dr. SERGIO YEPES RESTREPO.

Se posesionó a la estudiante de derecho ELIZABETH AGUDELO HENAO como defensora de oficio del Dr. A.T.B. a quién se declaró persona ausente.

El 25 de agosto de 2009 el Tribunal Seccional precluyó la investigación a favor del Dr. A.T.B. (Folio 64) y formuló pliego de cargos contra los Drs. J.D. DE LA C. D., V.DEL S.S. y A.F.A. por presunta violación al artículo 10 de la Ley 23 de 1981, y fijó fecha para las diligencias de descargos. Tras varias solicitudes de aplazamiento de la diligencia de descargos, el abogado NELSON J. ALZATE en escrito fechado en Enero de 2010 y recibido en el Tribunal Seccional el 22 de enero de 2010 solicitó la nulidad de todo lo actuado por presunta violación al debido proceso, alegando como factores de tal violación el de no haberse realizado "imputación fáctica ni jurídica" porque no se había señalado a sus defendidos "cuál es la supuesta infracción de la norma de conducta establecida en la ley 23 de 1981", nulidad que fue negada por decisión del 2 de Febrero de 2010. El abogado defensor interpuso recursos de reposición y en subsidio apelación contra esa negativa y en su alegato agregó como vulneración al debido proceso "no ponerse en conocimiento al disciplinado las conclusiones del profesional o Magistrado instructor"; el Tribunal Seccional por decisión del 13 de Abril negó la reposición y concedió la apelación, que fue a su vez negada por el Tribunal Nacional de Ética Médica en la providencia 45-2010 por considerar que no eran de recibo los argumentos del recurrente y que, concretamente en cuanto al documento de conclusiones previo al pliego de cargos; de acuerdo con la interpretación que se hizo en el Tribunal Nacional de Ética Médica de los argumentos, se consideró que la ausencia del mismo como copia en papel dentro del proceso en nada perjudicaba al disciplina-

do ni le impedía su derecho legítimo a la defensa porque el hecho de que existiera una decisión de Sala Plena en la cual se mencionara el nombre del magistrado ponente y se adoptara la decisión por él propuesta, era prueba suficiente de que había existido y presentado tal informe. Vuelto el proceso al Tribunal de primera instancia el 24 de agosto de 2010 y fijada nueva fecha para descargos, el abogado defensor presentó en estrados solicitud de aplazamiento y nueva solicitud de nulidad con el argumento de que el Tribunal Nacional ha cambiado su jurisprudencia respecto a la existencia material del informe de conclusiones dentro del proceso, por lo que en aras del derecho a la igualdad procesal considera que se le debe conceder la nulidad a partir del pliego de formulación de cargos; en la misma diligencia, el Dr. Nelson Alzate, apoderado de los Drs. D. Y A. solicitó como pruebas las declaraciones de los Drs. C.J.V.H. y J.D.M.M.. El Tribunal Seccional negó en estrados la reposición, consideró que el asunto del informe de conclusiones ya tiene decisión del Tribunal Nacional y es por tanto "cosa juzgada", pero concedió la apelación y envió el proceso a esta superioridad, donde fue recibido el 30 de Agosto y correspondió al Magistrado Germán Peña Quiñones. El 28 de septiembre de 2010, el Tribunal Nacional de Ética Médica en Sala Plena decidió por mayoría declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del informe de conclusiones y el expediente fue devuelto al Tribunal Seccional, donde el informe de conclusiones del Magistrado Instructor, Dr. Gustavo Casas Vásquez, en el que recomienda formular cargos a los Drs. J.D. DE LA C.D., V. DEL S.S..V. y A.F.A.B. se anexó el 29 de octubre de 2010 "en el proceso radicado bajo el número 1.219, en la sesión de Sala Plena número 724 de fecha 12 de mayo de 2009 y discutido en la sesión número 725 de fecha 15 de mayo del mismo año".

Se dejó constancia secretarial el 23 de marzo de 2011 que el informe de conclusiones "que le antecede a la presente fue presentado por el Magistrado Instructor **GUSTAVO CASAS VÁSQUEZ**, en sesión de Sala Plena llevada a cabo el día 15 de marzo del año en curso y discutido en Sala Plena pero realizada el día 22 del mismo mes y año".

El 26 de abril de 2011 el tribunal de Ética Médica de Antioquia resolvió formular pliego de cargos a los Drs. A.T.B., J.D. DE LA C.D., V. DEL S.S..V. y A.F.A.B. por vulneración del artículo 10 de la Ley 23 de 1981, con salvamento de voto del Magistrado Instructor, Dr. Gustavo Casas Vásquez quién consideró que no encontraba méritos para formularle cargos al Dr. A.T.B.

El 22 de septiembre de 2011 se recibió en el Tribunal Seccional solicitud de aplazamiento de la diligencia de descargos hasta llevar a cabo la práctica de pruebas hecha por el Dr. Nelson J. Alzate Gómez en su calidad de apoderado de los Drs. A.F.A.B. y J.D. DE LA C. D. que había hecho con anterioridad y no se habían realizado.

El 27 de septiembre de 2011 comparecieron ante el Tribunal Seccional la Dra. V. DEL S.S..V. acompañada del Dr. Sergio Yepes Restrepo, el Dr. Nelson Alzate y el Dr. Rafael Cardona apoderado del Dr. T.B. para audiencia de descargos y la abogada secretaria del Tribunal informó a la Sala en Pleno que el 22 de septiembre se había recibido solicitud de aplazamiento por parte del Dr. Nelson J. Alzate, defensor de los Drs. A.F.A. y J.D. DE LA C.D. justificada en que se hallaba pendiente practicar las pruebas solicitadas oportunamente y la Sala Plena responde a esa solicitud de aplazamiento mencionando que el Tribunal Nacional mediante providencia de 28 de septiembre de 2010 había decretado nulidad de todo lo actuado a partir del informe de conclusiones hasta dicha providencia y que a partir de los folios 225 y subsiguientes no obra dentro del proceso solicitud probatoria pendiente de practicarse hecha por alguno de los médicos investigados o de sus defensores y por esta razón la solicitud hecha por el Dr. Alzate no es procedente por lo que no se aplaza la diligencia de descargos y se lleva a cabo y se le notifica a los presentes por estrados a lo cual, el defensor de los Drs. A.F.A. y J. DE LA C.D. manifiesta que interpone el recurso de reposición como principal y como subsidiario el de apelación y adicionalmente solicita subsidaria a los recursos interpuestos, se decrete la nulidad del proceso por violación del debido proceso por ir en contravía de las ritualidades propias de cada juicio, tal como lo establece el artículo 29 de la Constitución Nacional y el Artículo 457 de la Ley 906 de 2004. La Sala confirmó no aplazar la diligencia de descargos y concedió el recurso de apelación y decidió no decretar la nulidad de la actuación procesal, notificó por estrados a los presentes y decidió remitir el proceso en el efecto suspensivo al Tribunal Nacional de Ética Médica. El Dr. Alzate defensor de los Drs. J. DE LA C.D. y A.F.A. ante la negativa de decretar la nulidad solicitada interpuso el recurso de reposición y en subsidio de apelación. La sala negó el recurso de reposición sobre la decisión de no conceder la nulidad y confirma la decisión de no decretar la nulidad y concedió el recurso de apelación en efecto suspensivo y ordenó remitir copia del proceso al Tribunal Nacional de Ética Médica.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

Basa su inconformidad el Dr. Nelson Alzate y Apoderado de los Drs. A.F.A. Y J.D.DE LA C. D. en el hecho que había solicitado aplazamiento de la diligencia de descargos porque estaba pendiente practicar las pruebas solicitadas oportunamente y la Sala Plena del Tribunal Seccional le respondió a esa solicitud de aplazamiento con el argumento que el Tribunal Nacional mediante providencia de 28 de septiembre de 2010 había decretado nulidad de todo lo actuado a partir del informe de conclusiones hasta dicha providencia y que a partir de los folios 225 y subsiguientes no obraba dentro del proceso solicitud probatoria pendiente de practicarse hecha por alguno de los médicos investigados o de sus defensores y por esta razón la solicitud hecha por el Dr. Alzate no fue considerada procedente por lo que no se aplazó la diligencia de descargos y se llevó a cabo y se le notificó a los presentes por estrados.

En la diligencia de descargos del 24 de agosto de 2010 el DR. Nelson Alzate solicitó unas pruebas, que fueron decretadas en dicha audiencia, pero debe tenerse en cuenta que las mismas hacen referencia a la formulación de cargos que con anterioridad se le había formulado a su defendido el 25 de agosto de 2009.

Con posterioridad a tal diligencia esta Corporación Nacional decretó la nulidad (28 de septiembre de 2010) de todo lo actuado a partir del informe de conclusiones, nulidad que de manera necesaria comprendía la audiencia de descargos antes mencionada y de todo lo que en ella sucedió y de todo lo que en ella se resolvió. Es elemental concluir que si la diligencia de descargos se realiza como consecuencia de un auto de formulación de cargos, al ser anulada esta decisión, de manera necesaria y consecuencial queda anulada la diligencia de descargos, porque mal podría pensarse en la existencia de una diligencia de descargos, cuando la formulación de cargos no existe jurídicamente. Es tanto como si en el proceso ordinario se declarase la nulidad de la resolución de acusación y se pretendiese la validez de la audiencia de juzgamiento que tiene como fundamento existencial aquella acusación.

Al haberse decretado la nulidad de la primera formulación de cargos y al haberse sobrevenido una nueva formulación de cargos (26 de abril de 2011), al realizarse una nueva diligencia de descargos (27 de septiembre

de 2011) la defensa ha debido hacer una nueva solicitud de pruebas o por lo menos manifestar que reiteraba la necesidad de practicar las pruebas que con anterioridad había solicitado.

Al no proceder de la anterior manera, es evidente que en éste caso no existe solicitud de pruebas pendientes por ordenar, ni por practicar, precisamente por lo que antes se ha precisado.

El Tribunal Nacional de Ética Médica está de acuerdo con la interpretación dada por el Tribunal Seccional, ya que esta superioridad decretó la nulidad de todo lo actuado a partir del informe de conclusiones y por lo tanto declaró nulo lo actuado a partir de la providencia del Tribunal Seccional del 25 de agosto de 2009 en cual el Tribunal de Ética Médica de Antioquia precluyó la investigación a favor del Dr. A.T.B. (Folio 64) y formuló pliego de cargos contra los Drs. J.D.DE LA C. D., V.DEL S.S. y A.F.A. por presunta violación al artículo 10 de la Ley 23 de 1981, y fijó fecha para las diligencias de descargos, tal como lo sostuvo la Sala Plena del Tribunal Seccional en la Audiencia de descargos del 27 de septiembre de 2011 y por lo tanto el Tribunal Nacional concuerda con la apreciación del Tribunal Seccional en que a partir de la presentación del informe de conclusiones, el 15 de marzo de 2011 (folio 225) no se encuentra ninguna solicitud de pruebas por parte de la defensa de los médicos disciplinados y se aceptan los argumentos del Tribunal Seccional para decidir que la solicitud de aplazamiento no era procedente y por lo tanto considera que no hubo violación del debido proceso y no encuentra causal para decretar nulidad.

ARTICULO 29. *El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*

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

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

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Tampoco encuentra el Tribunal Nacional que se haya violado el artículo 457 de la Ley 906 de 2004, ya que el apoderado de los médicos encartados ha tenido durante todo el proceso todas las garantías para "ejercer de manera efectiva material y técnica" la defensa de los intereses de sus prohijados.

ARTÍCULO 457. *NULIDAD POR VIOLACIÓN A GARANTÍAS FUNDAMENTALES. Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales.*

El defensor de los Drs. A.F.A. Y J. DE LA C.D. manifestó que interpone el recurso de reposición como principal y como subsidiario el de apelación y adicionalmente solicita subsidaria a los recursos interpuestos, se decrete la nulidad del proceso por violación del debido proceso por ir en contravía de las ritualidades propias de cada juicio, tal como lo establece el artículo 29 de la Constitución Nacional y el Artículo 457 de la Ley 906 de 2004 argumentando para solicitar la reposición con fundamento en un argumento "esbozado en reiteradas oportunidades por todos y cada uno de los magistrados que hacen parte de esta sala en el sentido que las pruebas solicitadas o practicadas en ningún momento pueden ser tenidas como inválidas" que incurre en un error la Sala a través de su secretaria abogada al manifestar que con haberse decretado la nulidad de las actuaciones procesales se deja sin efecto un acto o una providencia de la Sala "que en ningún momento este apoderado impugnó o solicitó fuera decretada nula, es decir se pronunció este despecho(sic), esta respetada sala frente a una solicitud de nulidad relacionada con temas netamente procesales mas no probatorios". Y que en folio 199 se ve que las pruebas fueron decretadas por el despacho…. Sin que fueran practicadas.

Ante al argumento del apoderado de los médicos disciplinados en el sentido que con "haberse decretado la nulidad de las actuaciones procesales se deja sin efecto un auto o una providencia de la sala que "en ningún momento este apoderado impugnó o solicitó fuera declarada nula" y que la nulidad decretada se relacionaba con temas procesales y no probatorios, la Sala del Tribunal Seccional negó el recurso de reposición basada en la Providencia del Tribunal Nacional del 28 de septiembre de 2010 que estableció claramente que la irregularidad sustancial generada por la falta de anexar el informe de conclusiones en el proceso generaba invalidez de todas las actuaciones procesales realizadas con posterioridad al informe de

conclusiones y que las pruebas solicitadas por el apoderado de los médicos era anterior, por lo que concedió el recurso de apelación.

En cuanto a la solicitud subsidiaria de Nulidad, el Tribunal Seccional decidió que no era procedente por cuanto no se ha vulnerado el derecho a la defensa y no existen pruebas pendientes de practicarse por la misma razón y decidió no decretar la nulidad y remitir el expediente en efecto suspensivo al Tribunal Nacional.

El Apoderado de los médicos disciplinados consideró que al no permitírsele por la Sala sustentar el recurso de apelación, se produce una vez más una violación del derecho de defensa y del debido proceso "toda vez que el mismo no está rituado dentro de las formas propias establecidas por el estatuto procesal penal o la Ley 906 de 2004 lo cual a todas luces va en contravía de los tratados internacionales firmados por Colombia, a lo establecido por el legislador en dicha norma y adicionalmente contrario al artículo 29 de la Constitución Nacional". Y en cuanto a la negativa de nulidad interpuso el recurso de reposición y de apelación como subsidiario.

En tales condiciones, el Tribunal Nacional de Ética Médica, en uso de las funciones que le atribuye la Ley

RESUELVA

Artículo Primero - NO DECRETAR LA NULIDAD solicitada, por las razones antes expuestas. **Artículo Segundo** - Devolver el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia. **Artículo Tercero** - Contra esta decisión no procede recurso alguno. **COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

FDO. FERNANDO GUZMÁN MORA, Magistrado- Presidente; GERMÁN PEÑA QUIÑONES, Magistrado Ponente; LUIS ALBERTO BLANCO RUBIO, Magistrado; EFRAÍM OTERO RUÍZ, Magistrado; JUAN MENDOZA VEGA, Magistrado; EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Asesor Jurídico.

ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL NEGOCIO JURIDICO

FERNANDO GUZMÁN MORA, MD, MSCi
Médico. Universidad del Rosario
Especialista en Anatomopatología. Universidad del Rosario
Especialista en Cirugía General. Universidad Javeriana
Especialista en Cirugía Cardiovascular. U of Newcastle upon Tyne
Especialista en Administración en Salud. Universidad Santo Tomás
Abogado. Magna Cum Laude. Universidad Militar Nueva Granada
Magister en Derecho Penal. Universidad Libre Bogotá
Especialista en Bioética. Universidad El Bosque
Aspirante a Maestría en Bioética. Universidad El Bosque
Expresidente Nacional. Federación Médica Colombiana
Magistrado y Presidente. Tribunal Nacional de Etica Medica
Vicepresidente. Colegio Médico de Cundinamarca (FMC)
Asesor Medico Jurídico. Hospital Militar Central
Profesor Titular de Cirugía. Universidad del Rosario
Profesor de Cirugía. AH. UMNG
Catedrático de Derecho Médico. Universidad del Rosario

CN MED® SARA EDITH MORENO MAZO, MD, MSCi
Medica. Universidad Militar Nueva Granada
Especialista en Oftalmología. Universidad Militar Nueva Granada
Subespecialista en Glaucomatóloga. U Militar Nueva Granada
Capitán de Navío. Armada Nacional de Colombia
Especialista en Docencia Universitaria. U Militar Nueva Granada
Especialista en Bioética. Universidad El Bosque
MSc en Bioética. Universidad El Bosque
Especialista en Alta Gerencia. Universidad Sergio Arboleda
Magister en Bioética. U El Bosque
Oftalmóloga. Hospital de San José. FUCS

Es el acto jurídico en cuya realización la voluntad se encamina a producir efectos en derecho. Ejemplo: Contrato. Es la manifestación de voluntad que tiene por fin crear, extinguir o modificar efectos jurídicos lícitos o

ilícitos. El negocio jurídico es lícito cuando está dentro de los parámetros que nos da la ley, las buenas costumbres y el orden público.

La declaración de voluntad es la conducta humana exteriorizada que permite asegurar la presencia de un deseo específico. La ley supone que esta declaración coincide con la voluntad interna. La forma de expresarla es cualquier medio de lenguaje humano.

La voluntad es EXPRESA o directa cuando así se enuncia en forma clara (Ej: art 2373 CCC, la fianza no se presume). De esta manera posee dos características: Es Directa (se relaciona en forma específica con el negocio jurídico de que se trate) y Positiva (es afirmación neta y caracterizada.

Es TACITA o indirecta, cuando se deduce de los hechos (Ej: art 1713 CCC, al entregar el acreedor el título de una obligación al deudor, por el mismo hecho condona la deuda). El silencio es una forma de voluntad tácita

Elementos del negocio jurídico

• CAPACIDAD. Es la capacidad de goce. No existen negocios jurídicos efectuados por quienes no sean personas, como los animales.

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

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

• CONSENTIMIENTO. Es la manifestación o exteriorización de la voluntad. Para que se configure este elemento deben cumplirse varias etapas

---- ETAPA INTERNA. Se forma la idea (quiero comprar un carro nuevo. Esta etapa no le interesa al derecho
---- ETAPA EXTERNA. Puede ser a persona determinada (oferta) o a indeterminada (policitación)

- OBJETO
- CAUSA
- SOLEMNIDADES
- AUSENCIA DE LESION ENORME

A ELEMENTOS ESENCIALES. Para que el negocio nazca a la vida jurídica

- CAPACIDAD.

La capacidad de los sujetos para poder llevar a cabo un hecho de responsabilidad legal o imputabilidad, se fundamenta en el uso completo de las facultades intelectuales, el criterio suficiente para juzgar los riesgos y alternativas, así como la integridad de las funciones mentales para comunicar esta decisión. De acuerdo al Articulo 1503 del Código Civil:

"Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellos que la ley declara incapaces". Y el articulo 1504: "...dementes, impúberes sordomudos que no pueden darse a entender por escrito (Absolutos); menores y adultos disipados que se hallen en Interdicción..."

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

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

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

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.
Ejemplo: Un muchacho de 15 años se gana una lotería. Con eso no puede comprar una casa. Debe hacerlo el padre o representante legal
Ver lo concerniente a docimasia pulmonar hidrostática

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.

TIPOS DE INCAPACIDAD

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 y Relativa.

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.

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, serian validos. 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 valido, 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 lucido, 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. Sólo podía contraer matrimonio.

Pero se considero que violaba el principio de igualdad y en acción de tutela se determino que el sordomudo que podía dar a entender su voluntad debía aceptarse 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 valido

Art. 557.- La curaduría del sordomudo que ha llegado a la pubertad, puede ser testamentaria, legítima o dativa.

Art. 559.- Los frutos de los bienes del sordomudo y, en caso necesario, y con autorización judicial, los capitales, se emplearán especialmente en aliviar su condición y en procurarle la educación conveniente.

Art. 560.- Cesará la curaduría cuando el sordomudo se haya hecho capaz de entender y de ser entendido por escrito, si él mismo lo solicitare, y tuviere suficiente inteligencia para la administración de sus bienes; sobre lo cual tomará el juez o prefecto los informes competentes.

Art. 546.- Modificado. Decreto 2820 de 1974, Art. 53. Cuando el hijo sufra de incapacidad mental grave permanente, deberán sus padres, o uno de ellos, promover el proceso de interdicción, un año antes de cumplir aquél la mayor edad, para que la curaduría produzca efectos a partir de ésta, y seguir cuidando del hijo aun después de designado curador.

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

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 JURIDICAS

B- PARTICULARES.
Art. 1852-1853-1854

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

La doctrina los ha clasificado así:

I• Por vínculos familiares
II• En virtud del cargo que se ocupa
III• Por vínculos legales o convencionales
IV•Por seguridad interés del Estado Colombiano

I- POR VINCULOS FAMILIARES:

1.ENTRE CÓNYUGES NO DIVORCIADOS:

La prohibición es que no se pueden celebrar ventas entre cónyuges no divorciados de cuerpos.

En 1.932 aparece la ley 28/32: nulidad absoluta de cualquier negocio sobre bienes inmuebles, celebrado entre cónyuges no separados de cuerpos.

Hasta antes de la declaratoria de inexequibilidad, si la venta se refería a bienes inmuebles y eran no separados de cuerpos se aplicaba la prohibición de la ley 28/32 (la sanción era de nulidad absoluta) y si era sobre bienes muebles se aplicaba el artículo del código civil 1852.

A partir de la ley 28/32 solo podrían celebrar ventas válidas sobre inmuebles los cónyuges divorciados, es decir a partir de 1.976 (ley 1 del 76 consagra el divorcio en materia de matrimonio civil) y para los matrimonios religiosos a partir de 1.992 (ley 25 de 1.992 que consagra la cesación de efectos civiles para los matrimonios religiosos).
La norma fue declarada inexequible por la Corte Constitucional (10 de Febrero de 1.999).
Artículo 1852, Artículo 3 ley 28/32 y artículo 906 del C.Co. El fundamento es la violación del principio de la buena fe:

- Para proteger a la mujer
- Para proteger a terceros.

La norma presumía la mala fe en los negocios, que tenían el ánimo de defraudar a los terceros. Cuando lo que se debe presumir es la buena fe.

El principio Constitucional de la buena fe solo está consagrado en las relaciones de los particulares con el Estado y no en las relaciones de los particulares entre sí. Esto explica entonces que el Principio de la buena fe en el Derecho Privado no está consagrado constitucionalmente

La Constitución consagra otra serie de Principios, cuales son los económicos y la norma lo que busca es proteger la seguridad en las transacciones entre particulares, es decir protege una economía sana, libre de fraudes.

Que las personas para contratar estén seguros de que están amparados por la ley. Los Principios económicos son colectivos, prima la garantía y seguridad económica, frente a una eventual mala fe.

2. ENTRE PADRES E HIJOS DE FAMILIA:

Hijo e familia; el que está sometido a la patria potestad (conjunto de facultades y aptitudes que tienen los padres respecto a los hijos no emancipados).

Estas aptitudes consisten o abarcan dentro del concepto de patria potestad que:

- Los padres pueden representar a sus hijos en virtud de esta patria potestad
- Tienen la administración de los bienes de sus hijos y
- Pueden usufructuar los bienes de sus hijos.

Cuando se emancipa un hijo:

- Cuando contrae matrimonio
- Cuando cumple la mayoría de edad

En la medida en que el padre celebre negocios con el hijo no emancipado, este negocio conlleva a una NULIDAD ABSOLUTA.

Hoy la patria potestad está en cabeza del padre y de la madre.

Ejemplo: Juan tiene un hijo, no lo reconoció jurídicamente (Voluntariamente el mecanismo es la suscripción del Registro Civil, en el testamento o por escritura pública y por manifestación ante el Juez así no haya sido el motivo de audiencia).

Pedro le vende un bien a Pedrito que no se ha emancipado, pero que no ha reconocido. La venta es válida porque legalmente no es su hijo, así lo reconozca después.

Cuando el Hijo reconocido así no se haya emancipado, puede celebrar venta o negocio jurídico con su padre válido? Solo hay un caso cuando el

negocio se desarrolla utilizando su pecunio profesional, el caso del hijo que trabaja y la ley dice que una persona puede utilizar libremente su pecunio profesional. Cuando el hijo adquiere el bien con su pecunio profesional la venta es válida.

II- EN RAZON DEL CARGO QUE OCUPA:

Artículo 1853: " Se prohíbe a los administradores de establecimientos públicos vender parte alguna de los bienes que administran, y cuya enajenación no está comprendida en sus facultades administrativas ordinarias; salvo el caso de expresa autorización de la autoridad competente".

A los administradores de establecimientos públicos:

- Vender parte alguna de los bienes que administra o enajenarlos, siempre que no estén dentro de sus funciones.

Qué son Establecimientos Públicos: es un ente público, del Estado, autónomo en virtud de la descentralización administrativa.

Se puede extender esa prohibición a cualquier organismo del Estado, llámese Empresa de Economía Mixta, Empresa Social del Estado, Empresa Industrial y Comercial del Estado, etc.?

Las sanciones para que se puedan aplicar no tienen que estar expresamente establecidas en la ley?

Se extiende a cualquier administrador de cualquier entidad del Estado, porque para la época del Código Civil, no existían las otras entidades que cuya estructura se dio bajo la reforma de 1.968. Lo que dice el código civil no se escribe bajo la estructura de lo que es hoy un Establecimiento Público, sino que era cualquier entidad del Estado.

Hoy se mantiene la prohibición.

Qué pasa si un administrador enajena un bien del Estado, sin tener la facultad? Genera una nulidad relativa (porque el órgano competente puede autorizar la venta).

Régimen de Inhabilidades establecida por la ley 80 de 1.993: Ley que rige la Contratación Administrativa. Tiene la función de proteger los bienes del Estado.

En virtud de posiciones laborales, sociales, familiares; que impide que un Representante de una entidad pública se atenga a un régimen especial de inhabilidades e incompatibilidades.
En razón del cargo también hay una inhabilidad de tipo procesal. Las personas que han intervenido en un Proceso sea como:

- Jueces
- Auxiliares de la Justicia
- Abogados

No podrán adquirir los bienes que hayan sido objeto del litigio.

Lo que se busca es claridad total en el Proceso de administración de justicia. Pero una vez terminado el proceso la venta puede ser válida, aunque sobre esto hay bastante discusión.

Hay una excepción a esto que es la llamada ejecución coactiva.

La Ejecución Coactiva es cuando el Estado y las Entidades del Estado, pueden iniciar procesos de cobro coactivo en virtud de cuentas que se le deben. Es decir que la misma entidad es Juez y Parte. Es una excepción obvia que le da agilidad al cobro coactivo. Siendo parte y juez se le adjudica el bien sobre el cual recae el litigio.

Las Incapacidades que se derivan del proceso generan una nulidad absoluta, a excepción de la Jurisdicción coactiva que es perfectamente válida.

La Jurisdicción Coactiva es Única Instancia.

III- INCAPACIDADES LEGALES O CONVENCIONALES:

- <u>GUARDADORES EN GENERAL: CURADORES Y TUTORES:</u>

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.

Para bienes inmuebles: no pueden adquirir los guardadores los bienes de sus pupilos. La venta hecha por ese guardador sobre bienes inmuebles acarrea una nulidad Absoluta.

Para bienes muebles: pueden adquirir los bienes de sus pupilos pero en virtud de autorización de otros tutores o curadores o por intermedio de autorización judicial. La venta hecha por el guardador sobre bienes muebles sin autorización, acarrea una nulidad Relativa porque posteriormente se puede autorizar o ratificar por otros curadores o tutores o por el Juez.

• 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.

El mandatario puede compra los bienes que le han sido dados en encargo por el mandante para disfrutarlo? Ni los bienes muebles ni los inmuebles. Pero el mandante puede autorizar esta compra, es decir en caso tal puede haber una nulidad relativa.

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

El albacea puede comprar los bienes objeto de su administración con la autorización del testador o de sus herederos. Hay una nulidad Relativa en estos actos.
Sindico, es la persona que administra los bienes del comerciante que se va a la quiebra. Desparece por la liquidación obligatoria y el síndico es reemplazado por el liquidador. Hay también procesos concursales (se reúnen los acreedores para que se llegue a un acuerdo y entre todos deciden como se va a administrar la empresa).

Pueden adquirir los bienes que se les han encargado? Sí, si los demás acreedores me autorizan lo puede hacer, sino autorizan hay una Nulidad relativa.

El Código de Civil es contradictorio aplica el mismo criterio a los mandatarios, a los síndicos y a los albaceas. Sin embargo, cuando normas especiales, la ley habla de albaceazgo lo asimila para todos sus efectos a los guardadores. En virtud de esto la Corte ha dicho frente al albacea, como sustancialmente se le aplican los mismos efectos que los guardadores; este solo puede celebrar negocios jurídicos válidos sobre bienes muebles, si está autorizado por el Juez o los herederos, y nunca puede celebrar negocios jurídicos sobre bienes inmuebles o sea que habrá una nulidad absoluta. Si el que autoriza es el testador en concepto del profesor, es válida la venta sobre bienes inmuebles.

4. POR CONVENIENCIA DEL ESTADO COLOMBIANO:

• Los Gobiernos extranjeros que quieren establecer sede diplomática en territorio colombiano pueden comprar bienes inmuebles para ello. Pero solo con ese fin siempre y cuando haya reciprocidad. Si no es así hay una Nulidad Absoluta.
• Se establece que los bienes limítrofes que hayan tenido el carácter de baldíos solo podrán ser adjudicados y enajenados a nacionales por nacimiento. De lo contrario se genera Nulidad Absoluta. Solo para bienes que hayan tenido el carácter de baldíos, o sea que los otros si pueden ser de extranjeros.

CONSENTIMIENTO

Es la manifestación o exteriorización de la voluntad. Para que se configure este elemento deben cumplirse varias etapas

---- ETAPA INTERNA. Se forma la idea (quiero comprar un carro nuevo. Esta etapa no le interesa al derecho
---- ETAPA EXTERNA. Puede ser a persona determinada (oferta) o a indeterminada (policitación)

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

Voluntad, según Kant, es el modo de querer de aquellos seres racionales que, cuando desean un determinado fin, desean también los medios opor-

tunos 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 (Articulo 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 medico. 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 medico, 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 antineoplasicas de efectos secundarios tan desagradables como la perdida del cabello, la postración física del individuo y la aparición de síntomas gastrointestinales intensos a corto plazo.

La base del consentimiento es la voluntad de la persona de participar en el negocio jurídico, siendo esencial una buena información

Esto también esta consagrado en el Código Civil (Art 1510): "...El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra..."
Y en el articulo 1511: "...El error de hecho vicia asimismo el consentimiento, cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre el que versa el acto o contrato es diverso de lo que se cree..."

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

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

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"

VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

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.

La existencia futura está condicionada por la existencia. Ejemplo: Tal cría futura siempre y cuando nazca vivo, esto quiere decir que le quitamos el alea.

Concepto de la venta de la esperanza.

3.Desde el punto de vista de la licitud: Se relaciona con la moral y las buenas costumbres y orden público.

Todos los actos jurídicos son lícitos, solo son ilícitos cuando vayan en contra de la moral, las buenas costumbres y el orden público.

Cuando podríamos decir que un acto jurídico es ilícito:

- Cuando viola principios morales.
- Cuando están en contra del orden público
- Cuando chocan con una norma constitucional.
- Cuando está prohibido por la ley
- A los curadores de los incapaces se les prohíbe comprar los bienes de este.
- Se prohíbe la compraventa entre padres e hijos.
- Se prohíbe a los jueces, secretarios, sustanciadores comprar los bienes que se vendan por su ministerio.
- Las cosas absolutamente incomerciables.

Todo lo que contrarié la posibilidad, la determinación y la licitud se considera ilícito.

EL ERROR

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

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

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

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

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

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

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

FUERZA O VIOLENCIA

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

La fuerza moral es la coacción o amenazas que ejerce una parte o un tercero contra la otra parte bien sea contra la persona, contra sus ascendientes

o descendientes, contra sus bienes que infundan un injusto temor a un mal grave, irreparable e ilegítimo.

Se clasifica en:

a. Fuerza dirimente: Fuerza suficiente, para que la persona que haya sufrido la fuerza, celebre el contrato.
b. Fuerza indiferente: No alcanza a ser suficiente para obligar a contratar.

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

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

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

1. Que produzca un injusto temor a un mal irreparable y grave.
2. Que sea determinante del acto jurídico.
3. Que provenga de una de las partes o de un tercero. (el dolo solo puede provenir de la parte.
4. Que recaiga sobre la persona del otro contratante, sus ascendientes o descendientes, sobre sus bienes (o que tenga algo afectivo)
5. Que sea ilegítima (que sea contraria a la a ley o el derecho).

Cuando se presenta esa fuerza indiferente?

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

DOLO: Error provocado, engaño provocado.

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

todo con la intención positiva de inferir injuria ala persona o a los bienes de otro.

Elementos del dolo: Existen dos clases de elementos:

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

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

Desde el punto de vista de orden subjetivo: Intención positiva de engañar.

Losa romanos decían que habían dos clases de dolo:

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

Clases de Dolo:

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

REQUISITOS DEL DOLO PARA QUE SEA VICIO DEL CONSENTIMIENTO:

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

• OBJETO. Es el bien o el servicio sobre el cual recae el contrato. En contrato de mandato es el servicio de representación. Para que hay objeto este debe cumplir dos requisitos:

a Que exista o que se espera que exista. (ejemplo la compra de un a cosecha. Si el bien no existe o no hay posibilidad física de que exista, no se puede celebrar

b Que el objeto esté determinado. Y se puede determinar a través de sus condiciones individuales (cuerpo cierto: el vehiculo marca tal, motor tal, etc) o a través de su genero (me obligo a transmitir la propiedad sobre un caballo de paso sin especificar uno especifico. Es entregar un individuo determinado que hace parte de un grupo determinado). Qué es un género? No es valido decir que se obliga a entregar un animal, simplemente como genero. Este es un concepto demasiado amplio y conlleva indeterminación. Filosóficamente hay un grupo mayoritario que se conoce como genero. Dentro de este hay clases. Dentro de las clases hay subclases. Y dentro de este se encuentra el individuo. Pero el genero simplemente como tal es indeterminado. La HCSJ dice que la concepción jurídica de genero equivale a lo que filosóficamente son las clases. Es decir la subdivisión del genero. Esto tiene implicaciones, porque si desaparece el objeto especifico, se pierde el objeto. Pero si el compromiso era entregar simplemente un perro labrador, puedo pagar con cualquier otro de la misma especie. Por eso no extingue la obligación el que se destruya el bien con que se iba a pagar.

En caso de cuerpo cierto, al destruirse se generan dos efectos. Si se destruye por culpa de alguna de las partes. Si el deudor es culpable deberá indemnizar. Pero si se pierde por caso fortuito o fuerza mayor, aparece la teoría del riesgo. Se destruye el cuerpo cierto para el

En materia civil la cosa perece para el acreedor salvo mora determinante del deudor. En mercantil desaparece para el deudor salvo mora determinante del acreedor. Mora es una situación jurídica que se genera por el incumplimiento. Mora determinante es la mora que incidió en la destrucción de la cosa. Ejemplo en materia civil. Un deudor debe entregar un apartamento hoy a las tres de la tarde. Y no lo hace porque no quiere.

> Aquí hay mora del deudor. Esa noche viene un terremoto. Perece la cosa para el acreedor, quien debe pagar el precio del apartamento, salvo que haya mora del deudor. Si hubiera entregado a tiempo el bien de todos modos se hubiera destruido. La mora no incidió sobre la destrucción del bien. Frente a un carro, se debe entregar hoy alas tres y no se hace. Viene el terremoto y destruye el carro. En principio debería pagar el acreedor porque se pierde la cosa. Pero como la mora fue determinante de la perdida, la perdida la sufre el deudor.
> En materia mercantil sufre la perdida de la cosa el deudor y el acreedor si se encuentra en mora, sufre la perdida.

Art. 1502

Objeto debe ser licito.

Art. 1517: Toda declaración de voluntad debe una o más cosas que se trate de dar, hacer o no hacer. Se refiere a las prestaciones.

El objeto de la obligación que es dar, hacer o no hacer.

El objeto del contrato que es crear obligaciones.

El código confunde en sus definiciones el objeto con la naturaleza de la obligación

Si el objeto del contrato es la misma prestación de dar, se confunde

Si el objeto del contrato es la misma cosa sobre la cual recae el concierto de voluntades, todas las cosas serian objetos y objetos lícitos. Pero las cosas pueden volverse ilícitas a pesar de ser licitas por naturaleza, cuando se les da una utilización diferente a la moral y las buenas costumbres.

Una persona le paga a otra una cantidad de dinero para que NO cometa un homicidio. Esta se compromete a no cometer ese homicidio. Analicemos las prestaciones del contrato: Pagar una suma de dinero porque nos e cometa un crimen es licito. Pero si se compara con el orden publico, esta chocando contra el orden público porque nadie esta obligado a pagarle a otro algo para que no cometa un delito. Entonces las prestaciones son lícitas pero el acto jurídico es ilícito

Esto para entender lo referente al objeto del contrato

Entonces lo que se debe tener en cuenta gira alrededor de lo que se denominan como requisitos del objeto.

Art. 1518: No solo las cosas que existan pueden ser objeto de una declaración de voluntad sino les se espera que existan.

Art. 1523: Hay objeto ilícito en todos los contratos prohibidos por la ley.

Objeto lícito es el que va de acuerdo con la moral y las buenas costumbres.

El 1518 dice que no solamente las cosas que existan son susceptibles de un declaración sino las que puedan tener existencia futura y puedan estar en el comercio

Cuales son los requisitos del objeto del acto jurídico.

Desde el punto de vista de su posibilidad: Art. 1518. Desde el punto de vista física y moral. Cuando un acto es físicamente imposible. La posibilidad hace relación a los siguientes items: Que exista el objeto (Aquí el objeto es la misma cosa sobre la cual convergen las partes para contratar).

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

Físicamente posible: Cuando no choca contra las leyes de la naturaleza. El objeto de un contrato es imposible cuando contraviene esas leyes naturales. Así, en los contratos que generan obligaciones de dar (Dinero, entregar una cosa), cuándo chocaran contra las leyes de la naturaleza cuando se compromete a entregar un ser inexistente (Ejemplo: un sirena de quince años, un dragón rosado, etc)

En las obligaciones de hacer (Realizar hechos). Choca contra las leyes de la naturaleza cuando me comprometo a cosas imposibles (Ejemplo: Tocas con el dedo índice la luna

En las obligaciones de no hacer: Me obligo a que mi corazón se pare durante una hora. O cuando me comprometo a no respirar durante un día)

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.

Además el objeto debe existir. Pero si no existe, la norma es elástica cuando dice que puede tener posibilidad de existir y que sea posible su existencia, es susceptible de contratar. Pero la ley dice que para que el acto jurídico valga esta cosa debe existir de todos modos para que produzca los efectos jurídicos del caso.

Entre los comerciantes este item de posibilidad de existencia marca una pauta porque el comercio se mueve en forma dinámica. Por eso los comerciantes negocian sobre lo que va a existir. Por eso se contratan cosas como fabricación de productos (una tonelada de botones que aun no he producido).

Frente a esto debe analizarse la posibilidad bajo dos premisos. No es lo mismo cosas futuras y cosas esperadas. Las futuras (Recordar contratos onerosos en conmutativo y aleatorio. El de compraventa es conmutativo 100% pero excepcionalmente se presenta la condición de aleatorio como la venta futura, como la cosecha futura y la cría de semovientes. Pero si se dice que estas cosas se negocian siempre y cuando se cumpla la condición de nacimiento y de cosecha. Porque el contrato puro y simple es el que no tiene ninguna condición, como contratar lo que se pesca en una semana, sin importar el número o cantidad. O el producto de la caza. Si no se caza nada, de malas para el comprador. Es aleatorio. Es la venta de la esperanza.)

Respecto de la imposibilidad esta debe ser absoluta (Erga omnes. Para todo el mundo) y permanente (No se puede subsanar con el transcurso del tiempo)

Cuando se encuentra una prestación a la que ningún ser humano sea posible realizar, es imposible. Y se puede declarar la nulidad del contrato.

Pero si la imposibilidad es relativa, quiere decir que puede ser insaneable para determinada persona pero no para todos. La relatividad es la contraposición de lo absoluto.

La imposibilidad relativa no impide el cumplimiento de la obligación.

Ejemplo: un estudiante de derecho o un abogado no puede contratar un puente sobre el río Magdalena. Y si se incumple no se puede alegar imposibilidad porque el juez le diría que se obligó a cumplir. Y el hecho de no tener los conocimientos no impide el cumplimiento de la obligación, porque debió asesorarse de quienes sí sabían. Y el contratante puede subcontratar.

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. El objeto debe ser determinado o determinable.

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.

La existencia futura está condicionada por la existencia. Ejemplo: Tal cría futura siempre y cuando nazca vivo, esto quiere decir que le quitamos el alea.

Concepto de la venta de la esperanza.

En obligaciones de dar
En obligaciones de hacer
En obligaciones de no hacer

Obligaciones en cosas de cuerpo cierto. Se exige la plena identificación de las especies para que no se confundan con otras. Así, si me compromete a entregar un carro, especifico la marca,. El año. El numero del chasis, etc. El objeto es plenamente determinado e inconfundible.

Obligaciones de género. Pero el código también es vago porque dice que la determinación del objeto se puede hacer teniendo en cuenta su género próximo. Pasa entonces de la obligación de cuerpo cierto a genero. Así, el

objeto del contrato es una vaca y se puede determinar teniendo en cuenta su genero. Genero mamíferos rumiantes. Si se aplica lo que dice la norma, puede decirse que el objeto de ese contrato es un mamífero rumiante y por lo tanto puede pagarse con un perro, que es también mamífero rumiante. Cuando se trata de obligaciones de genero, debe identificarse con todas las características para poder convertirlas en especie o cuerpo cierto. Para convertirlas así en obligaciones de especie o de cuerpo cierto.

Desde el punto de vista de la licitud: Se relaciona con la moral y la buenas costumbres y orden público.

Pero podrá determinarse un objeto cuando se contrata llevar una contabilidad? Puede determinarse. Sí. Porque no se especifica el tiempo (A no ser que se diga que lo haga trabajando dos horas diarias).

Ejemplo: La prestaciones suministrar alimento para mantener un cabalo por ocho días. Se puede determinar porque hay gente que sabe exactamente qué cantidad y qué clase de alimento para el caballo especifico y por el tiempo que se determine. Se dan los datos suficientes para poder cumplir con la prestación.

Marco legal de la licitud y la ilicitud.

Articulo 16 del CC

Normas irrenunciables. No podrán derogarse por convenios particulares normas donde están involucradas el orden y las buenas costumbres.

No me puedo sustraer a mis obligaciones como padre en alimentos. Porque si lo hago, me entablan una demanda por contravenir el orden publico.

Ley 1 de 1975 art 19 en materia de familia dice: no podrán pactar los futuros contrayentes en las capitulaciones matrimoniales la renuncia a las separación y liquidación de bienes. Esto significa que ese acto solemne de denunciar los bienes para separarlos antes del contrato matrimonial no puede incluir el que ninguno de los dos bajo cualquier pretexto pueda renunciar a la liquidación.

Otro ejemplo: la lesión enorme es de orden publico y es por tanto irrenunciable. Y si se renuncia a ella, se tendrá por no escrita la cláusula o contrato.

Todos los actos jurídicos son lícitos, solo son ilícitos cuando vayan en contra de la moral, las buenas costumbres y el orden público.

Cuando podríamos decir que un acto jurídico es ilícito:
Cuando viola principios morales.
Cuando están en contra del orden público
Cuando chocan con una norma constitucional.
Cuando está prohibido por la ley
A los curadores de los incapaces se les prohíbe comprar los bienes de este.
Se prohíbe la compraventa entre padres e hijos.
Se prohíbe a los jueces, secretarios, sustanciadores comprar los bienes que se vendan por su ministerio.
Las cosas absolutamente incomerciables.
Todo lo que contraríe la posibilidad, la determinación y la licitud se considera ilícito.

Frente al orden publico, este es el status más alto. Las leyes de orden publico están por encima de las de carácter privado.

Cuando el objeto que no reúne los requisitos de posibilidad, determinación y licitud, conlleva la nulidad del acto jurídico

• CAUSA. Es el motivo o fin perseguido por las partes al celebrar el negocio. Se analiza bajo la concepción finalista: la causa final. Lo que se busca. Las causas pueden próxima o cercana (lo primero que buscan las partes. Si vendo algo busco que me paguen el precio la una y la otra, la propiedad sobre el bien). Es decir, la causa próxima es que se cumplan las obligaciones. Es la misma para todos los que compran o venden. La causa remota o lejana es diferente para todos. Obedece al para qué quiero comprar o vender. Implica un aspecto subjetivo de la destinación de la prestación recibida una vez se cumpla.

Teoría causa de la causa. Es importante en todo negocio jurídico. Siempre debe observarse la causa

Los anticausalistas no la tienen en cuenta porque esto es subjetiva. Neocausalistas dicen que la causa es relevante en la medida en que sea conocida por ambas partes al ser exteriorizada. Si se queda en el fuero interno no tiene importancia. Pero su se manifiesta una causa ilícita se afecta el negocio jurídico.

LA CAUSA COMO REQUISITO DE VALIDEZ DEL CONTRATO ART. 1502 C.C.

El artículo 1524 C.C. establece que la causa debe ser licita, real, sin necesidad de expresarla (no citada por los contratantes).

La causa es el móvil o fin que mueve a los contratantes a celebrar el contrato.

INEXISTENCIA DE LA CAUSA
Cuando se paga algo que se debe.

CAUSA ILICITA
Cuando se tiene una causa ilícita en un contrato y las partes lo sabían acreencia y conciencia, en este se pierde la acción de repetir contra el otro contratante.

CORRIENTES DE LA CAUSA COMO REQUISITO DE VALIDEZ

1. La causa sí existe como requisito de validez del contrato: Causalistas. Escuela Clásica: Sus principales exponentes son Potier. Sostienen que la causa de uno de los contratantes es la causa del otro contratante, en los contratos bilaterales o sinalagmáticos. Coloca como ejemplo el contrato de compraventa.
Obligación del vendedor: Tradición de la cosa.
Obligación del comprador: Pagar el precio.
En los contratos reales (se perfecciona la entrega de la cosa, como el de mutuo o depósito) la causa de uno de los contratantes, es la causa del otro contratante (entrega del mutuante es la causa de restituir del mutuario).
En los contratos gratuitos o de beneficencia, la mera liberalidad o ánimo de donación es causa suficiente para la validez del contrato.

2. Los anticausalistas: Niegan la existencia de la causa como requisito de validez del contrato. Para ellos, la causa no es necesaria porque se confunde con el objeto del contrato, en relación con los contratos bilaterales. En los contratos reales, tampoco la causa es necesaria, porque al no haber entrega de la cosa, no existe el contrato. En los contratos gratuitos, la mera liberalidad no es causa suficiente para la validez del contrato.

3.Escuela Moderna: Se identifican con los anticausalista, pero consideran que la causa si es requisito de validez del contrato, buscando el motivo o elemento subjetivo que llevó al contratante a celebrar el contrato. La respuesta del por qué el contratante celebró el contrato, es la causa del mismo, y le corresponde al juez determinar las causas que movieron a las partes a celebrar el contrato.

CAUSA ILICITA DE UN CONTRATO.
Aquella que contraviene la moral, las buenas costumbres y el orden público.

• SOLEMNIDADES. Ad sustantiam actus son aquellas que la ley exige para cumplir el negocio jurídico. En negocio real o consensual no se requiere formalidad. En los solemnes sí. Y si no se cumple con el requisito no nace a la vida jurídica. Ejemplo, compraventa de bien inmueble o de derechos herenciales, que necesitan escritura. ejemplos de negocio. Ejemplos: Negocios dispositivos sobre bienes inmuebles. El justo titulo es el que es translaticio de dominio. Si hay justo titulo y buena fe en caso de prescripción se tiene en cuenta la prescripción ordinaria.

• AUSENCIA DE LESION ENORME. Es un vicio objetivo en un contrato por violación del principio de equidad. No opera en todos los actos o negocios jurídicos. Solamente en aquellos que la ley la consagra.

DEBER GENERAL DE CUIDADO

FERNANDO GUZMAN MORA, MD, MSCi
Medico. Universidad del Rosario
Especialista en Anatomopatología. Universidad del Rosario
Especialista en Cirugía General. Universidad Javeriana
Especialista en Cirugía Cardiovascular. U of Newcastle upon Tyne
Especialista en Administración en Salud. Universidad Santo Tomás
Abogado. Magna Cum Laude. Universidad Militar Nueva Granada
Magister en Derecho Penal. Universidad Libre Bogotá
Especialista en Bioética. Universidad El Bosque
Aspirante a Maestría en Bioética. Universidad El Bosque
Expresidente Nacional. Federación Médica Colombiana
Magistrado y Presidente. Tribunal Nacional de Etica Médica
Vicepresidente. Colegio Medico de Cundinamarca (FMC)
Asesor Medico Jurídico. Hospital Militar Central
Profesor Titular de Cirugía. Universidad del Rosario
Profesor de Cirugía. AH. UMNG
Catedrático de Derecho Médico. Universidad del Rosario

CN MED® SARA EDITH MORENO MAZO, MD, MSCi
Medica. Universidad Militar Nueva Granada
Especialista en Oftalmología. Universidad Militar Nueva Granada
Subespecialista en Glaucomatóloga. U Militar Nueva Granada
Capitán de Navío. Armada Nacional de Colombia
Especialista en Docencia Universitaria. U Militar Nueva Granada
Especialista en Bioética. Universidad El Bosque
MSc en Bioética. Universidad El Bosque
Especialista en Alta Gerencia. Universidad Sergio Arboleda
Magister en Bioética. U El Bosque
Oftalmóloga. Hospital de San José. FUCS

INTRODUCCION

La vida en sociedad, por sus conocidas características, obliga a las personas a lo que se denomina deber general de cuidado, para frenar actos y conductas que atenten contra el derecho ajeno. Según E. Montealegre (1988), el deber de cuidado se basa en tres aspectos: la Ley, la experiencia vital y los juicios comparativos.

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

1- La Ley 14 de 1962, que define el ejercicio de la medicina y la cirugía en los términos antes citados.
2- La Ley 23 de 1981, o Código Colombiano de Ética Médica, que a su vez se encuentra reglamentado por el Decreto 3380 de 1981.
3- Una multitud de sentencias de las máximas autoridades jurídicas del país, entre las que recientemente destacan la sentencia C- 377 de la Corte Constitucional, con la ponencia del Profesor Jorge Arango Mejía, que en Agosto 25 de 1994 expresa: "[...] decir que el ejercicio de la medicina por parte de los empíricos no implica un riesgo social, constituye no solamente un contrasentido evidente, sino la pretensión de aplicar a la profesión médica lo previsto por la Constitución para 'ocupaciones, artes y oficios que no requieren formación académica' y cuyo ejercicio - por lo mismo - es libre."

Y la que hace referencia a los títulos de idoneidad profesional (Sentencia T- 408 de 1992, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández G): "[...] la carencia de título o la falta de los documentos que acreditan legalmente la idoneidad para ejercer una profesión, facultan - y aun obligan- a la autoridad a impedir ese ejercicio para hacer cierta la prevalencia del interés general."

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

"[...] Es evidente que en la mayoría de las intervenciones quirúrgicas y los tratamientos médicos existe una cierta incertidumbre en cuanto a sus resultados y un riesgo que puede ocasionar un daño que deberá soportar el paciente, pues de ellos no puede hacerse responsable a quienes los realicen o lleven a cabo, puesto que mal podría pensarse que ellos estén garantizando el riesgo o el éxito de la intervención o del tratamiento.

Pero lo que sí debe ser cierto y quedar claro es que cuando tales intervenciones o tratamientos no se acomodan a los requisitos de diligencia y cuidado que para el caso y en cada época recomiendan la ciencia de la medicina y el arte de la cirugía, es apenas natural que si el juez encuentra de las pruebas aportadas que esos requisitos faltaron y se produjo el daño, debe inferirse que tuvo como causa esa falta de acomodamiento." Consejo de Estado. Expediente 5902. 24 de Octubre de 1990. Magistrado ponente: Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.

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

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

En muchos casos se trata de médicos graduados que, prevalidos de esta autorización general del Estado colombiano, incursionan por caminos 'alternativos' en donde falta el piso firme con que la ciencia ha enladrillado el conocimiento. Por estos terrenos movedizos, muchas personas están hoy andando el poco camino que les queda luego de un desahucio médico.

No es cuestión de descalificar ninguna forma de saber. No se niega la posibilidad de otro conocimiento. No se discute la existencia o efectividad ocasional de dichas formas de sanar. Se defiende el derecho del enfermo de no ser abusado; se predica la necesidad de una ética afincada en el supremo valor de la honestidad médico-científica, para no vender milagros, para no garantizar resultados, para no decir con el fin de conseguir, mientras interiormente se sabe que ese decir es falso e improbable.

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

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

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

La única excepción es el estado de necesidad. Si un médico rural se encuentra en una localidad remota sin apoyo de ningún tipo, los casos de urgencia que no se puedan remitir los debe atender como pueda, intentando salvar la vida de sus pacientes. Si se comete un error por impericia, la ley debe tener en consideración las circunstancias en que se cometió el error, pues, al fin y al cabo, la salud es responsabilidad directa del Estado, que no

puede enviar los especialistas ni los medios de atención mínima a todos los sitios en donde se necesitan y, en un esfuerzo por 'llevar salud' a regiones abandonadas del país, coloca en esos sitios a médicos recién graduados, sin la suficiente experiencia ni la dotación necesaria, haciéndolos responsables de la salud de comunidades enteras.

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

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

Ya se dijo que la Ley 23 de 1981 menciona la realidad de las especialidades médicas en su artículo 7: "Cuando no se trate de casos de urgencia, el médico podrá excusarse de asistir a un enfermo o interrumpir la prestación de sus servicios, en razón de los siguientes motivos:

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

El mismo deber de cuidado implica a su vez un conocimiento a fondo del paciente, de sus condiciones individuales, de sus circunstancias agravantes y de las mejores opciones terapéuticas a su enfermedad o dolencia.

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

Debe tenerse en cuenta que la consulta médica no puede ser realizada contra reloj o bajo la presión burocrática de una mal entendida eficiencia. Solamente

invirtiendo el tiempo necesario en cada enfermo se podrán conocer los elementos mínimos para diagnosticar, decidir, aconsejar una conducta y pronosticar, sin lucubraciones o especulaciones que afecten al enfermo en forma injustificada.

"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." (artículo 11)

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

En esto se encuentra implícito un acto de censura contra la denominada 'charlatanería', esa conducta anómala que incluye a aquellas personas que, teniendo el título profesional, utilizan métodos no ortodoxos o 'secretos' para tratar enfermedades y curarlas en un término determinado.

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

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

Y aunque algunos abogados han expresado que la medicina puede incluirse dentro de las actividades clasificadas por la ley como 'peligrosas', consideramos que tales opiniones van en contra del criterio jurisprudencial de nuestras altas cortes, como se mencionó en el Capítulo1.

El Consejo de Estado ha negado que el ejercicio de la actividad médica constituya una actividad peligrosa. "[...] si bien el ejercicio de la medicina en sí no puede calificarse como una actividad peligrosa, sí puede representar un

gran riesgo para los pacientes por los imponderables que la rodean, por lo que significa para la integridad física y mental de las personas usuarias del servicio." (Sala Contencioso Administrativa. Sección III. Agosto 24/92. Magistrado Dr. Carlos Betancurt).

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

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

"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 psíquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente." (Ley 23 de 1981, artículo 15)

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

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

En el derecho civil se predica el deber de ejecutar los contratos con buena fe y "[...] por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa,

sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella." (artículo 1603 del Código Civil Colombiano) Este principio regula toda la actividad médica contractual. Extracontractualmente también se impone el deber de obrar con diligencia y cuidado; quien ocasione un daño derivado de su comportamiento, está obligado a repararlo. (artículo 2341 del Código Civil Colombiano) El derecho penal ha prescrito: "cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo." (artículo 21 del Código Penal Colombiano)

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

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

En el ámbito penal debe distinguirse entre el deber general de cuidado y el específico deber de garantía que el médico adquiere en determinados casos; porque el precepto 21 del Código Penal, arriba citado, no aplica sino en aquellos casos en que, como lo ha sistematizado Jorgen Baumann, esta conducta concreta se ha comprometido por mandato de la ley, por el negocio jurídico, por una relación precedente o por una relación concreta de vida.

Un padre tiene, por disposición de la ley, la posición de garante de la vida y la salud de su hijo; es claro. No lo es tanto, por el contrario, el caso de un médico respecto del paciente con quien se ha contratado un tratamiento o una operación concreta.

En estos eventos tendrá que actuar para impedir el resultado dañoso que puede derivarse de esa precisa actividad contratada, sin perderse de vista,

eso sí, que esa actividad es, por regla general, 'de medio' y no 'de resultado'. Otro daño, que el paciente pueda sufrir pero que no esté específicamente cubierto por la actividad médica contratada, no puede imputarse al médico como falta a su deber de garantía

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

Dice la mencionada norma: "[...] el que omita prestar ayuda a persona herida o en peligro de muerte o de grave daño a su integridad personal, incurrirá en arresto de uno a seis meses. Si de la falta de auxilio se siguiere la muerte, la sanción se aumentará hasta en la mitad. Si el contraventor es médico, farmacéutico o practicante de la medicina, o agente de la autoridad, la pena se aumentará en otro tanto."

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

DEBER DE CUIDADO Y MEDICINA DEFENSIVA

La 'medicina defensiva', se define como una alteración en la forma de práctica médica, inducida por amenaza o posibilidad de demanda, que intenta prevenirse de las quejas de los particulares, dejando bases de defensa en casos de una acción legal. Esta medicina defensiva lleva a dos consecuencias: el aumento en los costos de la atención por el incremento en la solicitud de exámenes paraclínicos e interconsultas, y la negativa de los médicos a involucrarse en procedimientos que impliquen alto riesgo. Los efectos que esta práctica tiene sobre los costos generales del sistema de salud son muy graves.

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

ampararse en una serie de exámenes complementarios que confirmen las impresiones clínicas.

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

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

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

Esa ciencia maravillosa y ese Estado garantizador son los muros que aprisionan al médico y lo impostan como parte suya, obligándole a producir resultados y a indemnizar daños, olvidando que el médico es persona, y que como tal, tiene conciencia y voluntad; y que, en consecuencia, su comportamiento será responsable únicamente cuando proceda con culpabilidad; cuando obre contra los dictados de lo socialmente permitido o aceptado, cuando sobrepase imprudente o negligentemente las barreras del 'riesgo permitido'.

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

QUE ES BIOETICA?
ACERCA DE UN TEXTO DE GILBERT HOTTOIS

FERNANDO GUZMÁN MORA, MD, MSCi
Médico. Universidad del Rosario
Especialista en Anatomopatología. Universidad del Rosario
Especialista en Cirugía General. Universidad Javeriana
Especialista en Cirugía Cardiovascular. U of Newcastle upon Tyne
Especialista en Administración en Salud. Universidad Santo Tomas
Abogado. Magna Cum Laude. Universidad Militar Nueva Granada
Magister en Derecho Penal. Universidad Libre Bogota
Especialista en Bioética. Universidad El Bosque
Aspirante a Maestría en Bioética. Universidad El Bosque
Expresidente Nacional. Federación Medica Colombiana
Magistrado y Presidente. Tribunal Nacional de Etica Medica
Vicepresidente. Colegio Medico de Cundinamarca (FMC)
Asesor Medico Jurídico. Hospital Militar Central
Profesor Titular de Cirugía. Universidad del Rosario
Profesor de Cirugía. AH. UMNG
Catedrático de Derecho Médico. Universidad del Rosario

CN MED® SARA EDITH MORENO MAZO, MD, MSCi
Medica. Universidad Militar Nueva Granada
Especialista en Oftalmología. Universidad Militar Nueva Granada
Subespecialista en Glaucomatologia. U Militar Nueva Granada
Capitán de Navío. Armada Nacional de Colombia
Especialista en Docencia Universitaria. U Militar Nueva Granada
Especialista en Bioética. Universidad El Bosque
MSc en Bioética. Universidad El Bosque
Especialista en Alta Gerencia. Universidad Sergio Arboleda
Magister en Bioética. U El Bosque
Oftalmóloga. Hospital de San José. FUCS

Introducción.

Hottois sostiene cuatro fundamentos para definir la bioética:

- El impacto de la investigación científica y técnica sobre la humanidad
- Los aspectos multidisciplinarios de la bioética
- La complejidad de las sociedades en el momento de llegar a acuerdos bioéticos
- Los métodos utilizados por la bioética en la solución de problemas

PLANTEAMIENTOS

Los aspectos metodológicos, debido a la complejidad e indeterminación de los problemas a tratar, abarcan algunos aspectos trascendentales como:

a- Tener en cuenta la complejidad en sus aspectos de participación de muchas disciplinas humanas y científicas, así como el pluralismo de las sociedades humanas en si mismo. En el primer aspecto el respeto a la metodología de cada disciplina involucrada en el estudio de los problemas que van presentándose. Y en lo que respecta al respeto del pluralismo, el llegar a acuerdos con los diferentes sujetos que van a participar en las soluciones planteadas.

b- El desarrollo continuo de la investigación tecnocientifica que no se detiene y de las sociedades, que en la medida en que van presentándose los problemas los deben observar desde varios puntos de vista, los cuales también son evolutivos en la medida en que van apareciendo nuevos descubrimientos y nuevas situaciones como consecuencia de estos.

c- A esto debe sumarse el paso “retardado” de los mecanismos regulatorios humanos, como el derecho, la moral y la respuesta de las instituciones directamente impactadas por esos avances y sus ulteriores consecuencias.

Pero para poder lograr esto no debe olvidarse la complejidad de cada problema a estudiar y la participación pluridisciplinaria de los análisis y las soluciones planteadas.

Sin embargo, Hottois recuerda que la humanidad siempre ha permanecido en un estado de evolución natural e histórica, la cual también se ha alterado por la presencia de tres factores nuevos: la velocidad de los descubrimientos, la profundidad de los mismos y la conciencia que sus efectos ha producido en la ideología social e individual.

Y las estructuras consideradas estables anteriormente, deben ser transformadas o cambiadas por nuevos sistemas de análisis que excluyan el fundamentalismo y el esencialismo de las sociedades cerradas y estáticas.

En lo que respecta a la constitución de comités de bioética, Hottois recomienda lo siguiente:

I- Que sean pluralistas y multidisciplinarios, que busquen en suma la tolerancia y la igualdad en medio del respeto a la diferencia.
II- La distinción entre disciplinas denominadas genéricas: la ciencia, la ética, la moral, el derecho y la política.

a- En el plano científico debe partirse de la clarificación del estado del arte del tema a tratar para determinar lo que es posible hacer, lo que es probable realizar y lo que pertenece solo a la especulación.

b- En lo que concierne a la ética, debe recordarse que su objetivo tiene un alcance mas universal que el de la moral, pues mientras la primera trata de encontrar principios aplicables de manera universal, la moral se ocupa del respeto a normas de comportamiento de comunidades especificas, las cuales pueden diferir profundamente unas de otras.

c- Acompañarse del derecho en los aspectos que toquen el problema bioético planteado, pues la norma es también específica para cada comunidad o país. Buscar normas de acatamiento universal es muy difícil, pues equivaldría a mezclar conceptos culturales y jurídicos diferentes, los cuales no son unánimes.

d- Tener en cuenta los aspectos políticos involucrados, pero sin comprometer las ideologías individuales de cada miembro del comité de bioética. Los expertos implicados en estos comités no son necesariamente elegidos de manera democrática y sus pensamientos no tienen

por qué coincidir de manera absoluta. Y debe separarse por lo tanto la ética de la política, teniendo además en cuenta que la "razón" de la mayoría no es necesariamente la razón verdadera

e- Luego de analizar el problema presentar recomendaciones en tiempos concretos, basados en consensos y disensos del grupo. Pero no debe llegarse al extremo de lo que denomina el "disenso perezoso", que consiste en simplemente exponer varias ideas diferentes sin buscar necesariamente un acuerdo. Tampoco debe establecerse un "consenso forzado", en donde generalmente prima la decisión política. Debe buscarse un consenso pluralista de tipo consensual, el cual se basa en el pragmatismo, que descarta los puntos en donde un acuerdo es simplemente imposible y formular los puntos de consenso y discutir sobre ellos de manera muy concreta, preservando la libertad de pensamiento y creencias. Adicionalmente debe plantearse la posibilidad permanente de reabrir el debate

f-Adicionalmente, es claro en rechazar cualquier tipo de discriminación en nombre del saber filosófico, pues la filosofía también depende de tradiciones religiosas, jurídicas, medicas e históricas. La filosofía no tiene el monopolio de la ética. Por lo tanto, al filosofo se le puede pedir una posición de vigilante lógico y metodológico en el debate planteado

La filosofía moral deberá además apelar a varios recursos entre los cuales se cuentan los planteamientos de universalismo, multiplicidad, critica del discurso, concreción de puntos de consenso y conflicto

Tendrá en cuenta una teoría nacida de su propio seno: el Principialismo, que brinda principios éticos mínimos que orientan la toma de decisiones y se pueden resumir en: autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia.

La autonomía (PA) enuncia que el paciente es persona libre de decidir sobre mismo. Su opuesto es el paternalismo autoritarista. Sin embargo, no se trata de admitir cualquier decisión del paciente sin razón suficiente. Debe acudirse a la instrucción e información para poder cultivar su autonomía.

La Beneficencia (PB) aprecia el objetivo del bien perseguido de acuerdo con el deseo del enfermo. También se opone al paternalismo.

La No Maleficencia (PNM) aunque habla de evitar hacer el daño, tiene en cuenta también la ética particular del médico.

El principio de Justicia (PJ) hace referencia a los aspectos distributivos de la misma y varia entre tendencias liberales, utilitaristas y socialistas.

Pero además no excluye otros principios, entre los que menciona los de dignidad, sacralidad de la vida, cientificidad, seguridad, proporcionalidad, vulnerabilidad, precaución y desarrollo sostenible, entre otros.

Adicionalmente habla de otros recursos tradicionales que enriquecen la bioética, entre los cuales incluye el Neoaristotelismo, con su planteamiento de dos niveles de realidad (la necesaria y la cambiante) que reafirman el concepto de prudencia en el actuar; el Kantismo con sus enunciados de autonomía y dignidad de la persona, que apoyan el criterio del deber; la Casuística, la mas débil de todas, que puede llevar al relativismo y a la anarquía moral, pero cuyo aporte principal es la aceptación del pluralismo; la narrativa, que coloca en un estado de compartir el sufrimiento y las emociones del otro; al feminismo, que preconiza el cuidado del otro; al utilitarismo británico, que tiene en cuenta el concepto del mayor bien para el mayor numero de personas; y a la teoría de los derechos humanos, de universal aceptación, pero cuya aplicabilidad ha resultado en situaciones conflictivas en los últimos años

Conclusiones.

La bioética se encuentra en continua formación, lo cual la hace mas interesante y enriquecedora pues incorpora disciplinas y herramientas de variada procedencia

Sin embargo, su abordaje puede ser muy difícil, por lo que se requieren lineamientos metodológicos concretos.

APLICACIÓN Y ANÁLISIS

1-SOBRE LA REGULACIÓN DE LA CONDUCTA HUMANA

Los seres humanos, desafortunadamente, no actúan en forma correcta por amor filial, ni por solidaridad de especie, ni por comunidad de creencias en

un mismo Dios. Las conductas de la raza humana se han atemperado y encausado gracias a la norma que obliga, que ordena y que amenaza cuando no se obedece. Es decir, las personas actúan con respeto a sus semejantes por miedo al castigo, en cualquiera de sus esferas. Por miedo a la pena que impone la 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.

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

2- SOBRE LA NORMA RECTORA DE LA SOCIEDAD A TRAVES DE LOS SIGLOS

Si la sociedad se hubiera regido por el criterio moral de cada uno de sus individuos, es probable que no habría soportado el paso de los siglos.

Porque cada persona tiene conceptos morales diferentes, puntos de vistas diferentes, experiencias opuestas, afectos contradictorios, etc.
Lo único que unifica la conducta de las personas, obviamente por medios coercitivos, es la fuerza del Derecho. Sus normas obligan. No son de cumplimiento condicional o subjetivo. No hay alternativa en si se cumplen o no. Todo el mundo las cumple y se somete a las consecuencias de transgredirlas. La ley, creación de la raza humana, como lo ha sido la sociedad, la cultura

y las instituciones sociales de diferente índole, es una invención del hombre a través de la historia, para elegir aquellos principios y normas que permitan vivir en comunidad y que beneficien mas ampliamente al mayor numero de personas.

Por lo tanto, esa creación del espíritu humano que se llama ley, es la que ha determinado lo que es bueno o aceptable y lo que es malo o reprobable en la conducta humana, cuando esta repercute de manera objetiva sobre la comunidad

Y una de las formas en que la ley se ha manifestado es a través del reconocimiento de los derechos que tienen los seres humanos por el simple hecho de pertenecer a la raza humano

Por lo anterior, los denominados derechos fundamentales han sido inventados, creados, asignados y obligados a respetar por la sociedad, por disposición de la misma ley. No simplemente porque el ser humano como tal exige el respeto a una serie de derechos que le son inherentes porque vengan impresos en cada persona. No. Lo que pasa es que la ley ha asignado esos derechos a nivel mundial y ha educado a las comunidades en el respeto a los mismos, so pena de trasgredir la ley atenerse al castigo que esto conlleva

Por todo lo anterior, lo importante es que la norma se ajuste a las exigencias del contrato social de los países. Y estas exigencias se basan en hechos reales, en costumbres, en análisis científicos y en conocimiento de cada sociedad en particular y de la raza humana en general.

Y la norma debe ser acordada, valida, aceptada y lógica en su estructura. Es decir, acorde con el deseo social de los representantes de la comunidad y obediente a los principios del aparato jurídico de cada país.

3- SOBRE LA FILOSOFÍA Y LA ÉTICA

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

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

4- SOBRE EL CONCEPTO DE ETICA Y SU DIFERENCIA CON LA MORAL

La Etica es rama integrante y esencial del conocimiento filosófico.

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

La ética es ciencia en el sentido amplio de la palabra. Su objeto es la conducta humana

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

n) Tiene un cuerpo teórico que se basa en la razón juzgando a través de criterios morales
n) Su objetivo es la conducta humana analizada a través de los deberes, la virtudes y los valores
n) Su norte de juzgamiento es el deber ser
n) Busca principios universales de la moral

n) Orienta la conducta acorde con las normas de convivencia social
n) Es inherente a todo acto humano

BIBLIOGRAFÍA

1- HOTTOIS, Gilbert . ¿Que es la bioética?. Paris, Librairie philosophique J. Vrin. Editorial Kimpres. Ltda. 2007, pp 5-61.
2- Guzmán M, Franco E, Saavedra E. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA ÉTICO MÉDICA. Universidad Libre. Bogotá. 2007
3- Elser, Alvin. Derecho penal, medicina y genética, Ed. Idemsa, Lima, Perú 1998
4- F Abel, C Cañón. La mediación de la filosofía en la construcción de la Ética, Universidad Pontificia Comillas, Madrid. 1998
5- Habermas J. Escritos sobre moralidad y eticidad; Ed, Paidós, Barcelona, España. 1991
6- Hottois G. El paradigma bioético: una ética para la tecnociencia, Ed. Anthropos, Barcelona, España. 1991
7- Kant I. Lecciones de ética, trad. Roberto González Aramayo, edición canónica, Ed. Grijalbo, Barcelona, España. 1992
8- Sen A. Bienestar, justicia y mercado, Ed. Paidós, Barcelona, España. 1998